



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº 10380.012696/2003-02
Recurso nº 138.084 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 204-02.731
Sessão de 16 de agosto de 2007
Recorrente YPIOCA AGROINDUSTRIAL LTDA.
Recorrida DRJ em Fortaleza/CE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 1998

COFINS. DECADÊNCIA.

O prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituição de créditos da Cofins é aquele estabelecido pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, cuja aplicação não cabe aos julgadores administrativos afastar sob a alegação de ser inconstitucional.

COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPROVAÇÃO.

Cabe ao contribuinte comprovar o regime de substituição tributária do ICMS que possibilita a exclusão deste tributo da base de cálculo da Cofins. Sem que se comprove tal situação, inviável a exclusão do imposto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Airton Adelar Hack (Relator) que dava provimento parcial ao recurso para acolher a decadência parcial do lançamento. Designado o Conselheiro Júlio César Alves Ramos para redigir o voto vencedor.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS
Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire,
Rodrigo Bernardes de Carvalho, Leonardo Siade Manzan e Mauro Wasilewski (Suplente)
Ausente justificadamente a Conselheira Nayra Bastos Manatta.

11

Relatório

Trata-se de processo derivado de auto de infração que constituiu de ofício crédito tributário referente à Cofins nos meses de janeiro de 1998 a dezembro de 1998. A infração teria ocorrido porque a Recorrente excluiu da base de cálculo o que classifica como retorno de manifesto (CFOP 1.99) assim como o ICMS incidente sobre vendas. O auto de infração afirma que o retorno de manifesto não foi comprovado e o ICMS não deve ser excluído da base de cálculo do tributo em questão.

O auto de infração foi emitido em 05 de dezembro de 2003. O contribuinte foi notificado do seu teor por carta com AR em 16 de dezembro de 2003 (fl. 457).

Contra o auto apresentou impugnação, alegando a decadência do direito de constituir o crédito tributário e a regularidade da apuração da base de cálculo.

A DRJ entendeu que deveria excluir do auto de infração os valores lançados sobre o retorno de manifesto (CFOP 1.99), mantendo o restante da autuação.

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário, onde requer o reconhecimento da decadência do crédito quanto aos meses de janeiro de 1998 a novembro de 1998. Requer também a insubsistência do auto quanto aos valores lançados sobre o ICMS excluído da base de cálculo.

O Recurso é tempestivo, tendo sido encaminhado para este Conselho para julgamento

É o Relatório

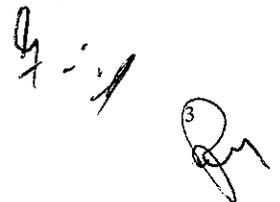
Voto Vencido

Conselheiro AIRTON ADELAR HACK, Relator

1. DA DECADÊNCIA DOS MESES DE JANEIRO DE 1998 A NOVEMBRO DE 1998

A decisão recorrida utiliza o art. 45 da Lei nº 8.212/91 para apontar que o prazo de decadência do direito de constituir o crédito tributário referente à Cofins é de dez anos. Entendo, todavia, inaplicável o referido dispositivo, devendo prevalecer a disposição do Código Tributário Nacional.

A Constituição Federal determinou que as normas gerais de direito tributário devem ser veiculadas por lei complementar. A decadência do direito de constituir o crédito configura-se em verdadeira norma geral de direito tributário, uma vez que trata-se de hipótese de extinção do crédito tributário (e, por conseqüência, da obrigação tributária), devendo ser regulada por lei complementar. A Constituição Federal sobre o assunto é bastante explícita:



Art. 146. Cabe à lei complementar

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Desta forma, o art. 45 da Lei nº 8.212/91 deve ser afastado, já que trata-se de mera lei ordinária. Apenas lei complementar teria o condão de definir validamente novo prazo de decadência.

Assim, a norma aplicável para definição do prazo de decadência é o Código Tributário Nacional. Esta norma elenca a decadência como hipótese de extinção do crédito (art. 156, V). Sobre a decadência nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, assim dispõe o CTN:

Art 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(.)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

Sobre o prazo, assim já entendeu também a Câmara Superior de Recursos Fiscais:

Número do Recurso. 103-129507

Turma. PRIMEIRA TURMA

Número do Processo. 13558.000655/2001-12

Tipo do Recurso. RECURSO DE DIVERGÊNCIA

Matéria. COFINS

Recorrente. FAZENDA NACIONAL

Interessado(a). MAGAZINE FALCÃO LTDA.

Data da Sessão. 14/03/2005 15:30:00

Relator(a). Carlos Alberto Gonçalves Nunes

Acórdão. CSRF/01-05 203

Decisão. NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão. Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Marcos Vinícius Neder de Lima, Mário Junqueira Franco Júnior e Manoel Antônio Gadelha Dias que deram provimento ao recurso

Ementa: COFINS - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - 1) A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) tem a natureza de tributo sujeito à homologação, uma vez que compete ao contribuinte a obrigação de pagar a contribuição, independentemente de qualquer ação da autoridade administrativa, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinando a matéria tributável, calculando e, por fim, pagando o montante devido, se desse procedimento houver contribuição a ser paga. É isso porque ao cabo dessa apuração o resultado poderia ser deficitário, nulo ou superavitário (CTN, art. 150, § 4º). 2) – A COFINS, dada sua natureza tributária, está sujeita ao prazo decadencial estabelecido no Código Tributário Nacional, lei complementar competente para, nos termos do artigo 146, III, "b", da Constituição Federal, dispor sobre a decadência tributária

()

Recurso especial negado

Desta forma, cinco anos contados a partir do fato gerador, o lançamento efetuado pelo contribuinte torna-se definitivo, extinguindo-se o crédito, conforme coloca o art. 150, § 4º do CTN.

O termo final do prazo decadencial de cinco anos se dá apenas quando o contribuinte é notificado do auto de infração, conforme já decidiu o Conselho de Contribuintes:

Número do Recurso: 116881

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10140.001382/95-73

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: BAURUENSE SERVIÇOS GERAIS S/C

Recorrida/Interessado: DRJ-SÃO PAULO/SP

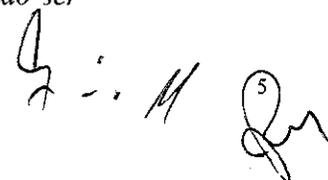
Data da Sessão: 14/07/1999 00:00:00

Relator: Sandra Maria Faroni

Decisão: Acórdão 101-92743

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão. Por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso para cancelar a decadência no ano de 1990, devendo ser



apreciado o mérito pela autoridade de 1º grau. Declarou-se impedido de votar o Conselheiro Celso Alves Feitosa.

Ementa. DECADÊNCIA. O termo final para verificação da decadência é a data em que se considera o contribuinte regularmente notificado do lançamento. Se tal ocorreu dentro do quinquênio, ainda que o processo tenha sido extraviado e reconstituído, não há que se falar em decadência.

(. .)

Recurso de ofício provido em parte

No caso em questão, o contribuinte foi notificado do lançamento em 16 de dezembro de 2003. Contando-se cinco anos para trás, verifica-se que todos o crédito tributário referente aos tributos com fato gerador antes do mês de dezembro de 1998 encontram-se extintos por terem sido atingidos pela decadência do direito do Fisco de constituir o crédito. Houve, para tais créditos, a homologação tácita do lançamento efetuado, extinguindo-se definitivamente o crédito.

Desta forma, há de ser reconhecida a decadência do direito de constituir o crédito quanto aos créditos referentes aos meses de janeiro de 1998 a novembro de 1998.

2. DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO

Quanto ao mérito, referente apenas ao mês de dezembro de 1998, não alcançado pela decadência, não merece prosperar o recurso da Recorrente.

A Recorrente alega poder excluir da base de cálculo da Cofins o ICMS por ser contribuinte substituta deste imposto.

Ocorre que não logra comprovar tal situação, fazendo apenas a alegação dela. As diligências e atos da fiscalização tampouco permitem comprovar a situação.

Desta forma, não há como excluir o ICMS da base de cálculo do tributo ora discutido. Assim já decidiu o Conselho de Contribuintes em caso de PIS, análogo a este:

Número do Recurso: 118464

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10283 011937/00-72

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: PIS

Recorrente: PETRO AMAZON PETRÓLEO DA AMAZÔNIA LTDA

Recorrida/Interessado: DRJ-MANAUS/AM

Data da Sessão: 25/02/2003 14:30:00

Relator: Mauro Wasilewski

7.4
6

Decisão ACÓRDÃO 203-08692

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão. Por unanimidade de votos: I) rejeitou-se a preliminar de inconstitucionalidade; e, II) no mérito, negou-se provimento ao recurso

Ementa. PIS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - NÃO COMPROVAÇÃO - Descabe modificar o lançamento quando o contribuinte não logra demonstrar que o Fisco incluiu na base de cálculo a parcela de ICMS relativa à substituição tributária. Recurso negado

Desta forma, o ICMS compõem a base de cálculo do tributo, conforme se verifica na decisão abaixo:

Número do Recurso: 131010

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 10120 005779/2001-36

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: COFINS

Recorrente: TECAR AUTOMÓVEIS E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-BRASÍLIA/DF

Data da Sessão: 28/03/2006 14:00:00

Relator: Dalton Cesar Cordeiro de Miranda

Decisão: ACÓRDÃO 202-16994

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão. Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.

Ementa. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS.

O ICMS compõe o faturamento da empresa, não existindo previsão legal que possibilite sua exclusão legal da base de cálculo para a Cofins, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº REsp 152 736/SP, com acórdão publicado no DJU, Seção I, de 16/02/98

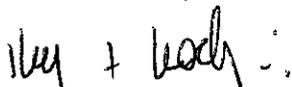
(.)

Assim, deve ser mantido o auto de infração quanto ao mês de dezembro de 1998, considerando-se indevida a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

3. DISPOSITIVO

Isso posto, voto no sentido de conhecer o recurso e I-) acatar a preliminar de decadência, declarando extinto o crédito tributário referente aos meses de janeiro de 1998 a novembro de 1998 e II-) no mérito, quanto ao mês de dezembro de 1998, manter a decisão recorrida, considerando-se indevida a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2007.



AIRTON ADELAR HACK

Voto Vencedor

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Redator Designado

Fui designado para redigir o acórdão da Câmara quanto à matéria atinente ao prazo decadencial da Cofins. O i. relator acolhia a pretensão da empresa de considerar tal prazo na forma definida no Código Tributário Nacional, e não naquela prevista na Lei 8.212 para as contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Em que pese os robustos argumentos apresentados pelo Conselheiro, encontro intransponível óbice à sua aplicação nas normas regimentais que balisam a atuação dos membros desta Casa.

Refiro-me especialmente àquela exarada no art. 22A do vigente regimento desta Casa, baixado pela Portaria nº 55/998. Aí se dispõe:

Art 22A No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo.

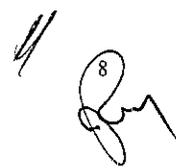
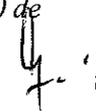
I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal,

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002,

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.



Como é bem sabido o dispositivo acima foi introduzido pela Portaria Ministerial nº 103/2002, exatamente para eliminar as infundáveis discussões acerca da possibilidade de os julgadores administrativos adentrarem o exame da constitucionalidade de atos legais e normativos regularmente editados e em vigor.

Embora o douto conselheiro não tenha afirmado ser o art. 45 da Lei nº 8.212/91 inconstitucional, não encontro outra justificativa para sobrepor a ele a norma do CTN senão a vedação constitucional ao tratamento da decadência por lei ordinária.

É que o tantas vezes repetido “princípio da hierarquia das leis”, segundo o qual lei ordinária nunca poderia modificar dispositivo de lei complementar já foi exemplarmente repellido pelo STF.

Em diversos julgados ali proferidos restou assentado que o que se tem de observar é a disciplina estabelecida pela Constituição Federal para a matéria que está sendo regulada. Se a ela o texto maior reservou a Lei Complementar, somente esse veículo legislativo pode ser adotado. Qualquer alteração que se intente por meio de veículo legislativo impróprio padecerá de inconstitucionalidade.

Acontece que essa inconstitucionalidade somente pode ser declarada, originariamente, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como se sabe, da aplicação do princípio da unicidade de jurisdição adotado pelo Constituinte de 1988 e inserto no Texto Magno em seu art. 5º, inciso XXXV.

Os atos legais se submetem a controles de constitucionalidade tanto no âmbito do Poder Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça) como do próprio Poder Executivo, ao sancioná-los (art. 66 da Carta Magna). Destarte, a edição e sanção pelo Presidente da República de um dado ato legal significa que para estes dois Poderes da República (autônomos, independentes, mas harmônicos, segundo o art. 2º da CF) nada há nele que se choque com disposições constitucionais.

E na forma do art. 97, do Texto constitucional:

Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público

Com isso, a ele cabe a palavra final sobre o dizer o direito. Às instâncias administrativas cumpre dar fiel cumprimento às leis regularmente editadas e em vigor. Gozam elas da presunção de constitucionalidade, que só é elidida quando aquele soberano Poder profere decisão, válida para todos os contribuintes e vinculante de todos os aplicadores do direito.

É nesse exato sentido que a matéria se encontra regulamentada pelo Decreto nº 2.346/97:

Art 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia "ex tunc", produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art 1º-A. Concedida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal, ficará também suspensa a aplicação dos atos normativos regulamentadores da disposição questionada. (Artigo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Parágrafo único. Na hipótese do caput, relativamente a matéria tributária, aplica-se o disposto no art. 151, inciso IV, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, às normas regulamentares e complementares (Parágrafo incluído pelo Decreto nº 3.001, de 26.3.1999)

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados,
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União,
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua

constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

A enumeração é, em meu ver, exaustiva e implica que somente após decisão do STF em ação direta de inconstitucionalidade (hoje também em ação declaratória de constitucionalidade) que inequívoca e definitivamente declare a inconstitucionalidade de um dado texto legal, podem os órgãos administrativos deixar de aplicá-lo. Fora isso, somente após edição de Resolução do Senado Federal que afaste do mundo jurídico norma que tenha sido, reiteradamente, declarada inconstitucional pelo STF em ações individuais.

É essa a fundamentação do art. do Regimento acima citado. De todo modo, é certo que, até o momento, tudo o que há são algumas decisões proferidas em ações individuais, não em reuniões plenárias, e cujos efeitos ainda não foram estendidos aos demais contribuintes por meio da Resolução do Senado de que cuida o art. 52, X da Constituição Federal.

Por esses motivos é que se firmou jurisprudência nesta Casa no sentido de que o art. 45 da Lei nº 8.212/91 não pode deixar de ser aplicado às contribuições que se destinem ao financiamento da Seguridade Social nos termos do art. 195 da Carta Magna e do artigo 22 do primeiro diploma legal.

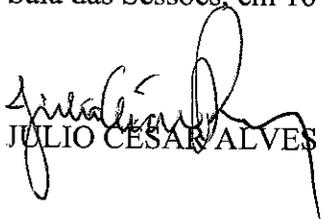
Dúvida não cabe de que a Cofins é uma delas.

Apenas se deixou de aplicá-lo ao PIS porque se entendeu que não constituía uma daquelas contribuições (ela não foi mencionada nem no art. 195 nem na Lei nº 8.212).

Com essas considerações, deve-se rejeitar a arguição de decadência em relação à Cofins, visto que todos os fatos geradores contidos no lançamento ocorreram há menos de dez anos da ciência do contribuinte.

Assim decidi, por maioria, a Câmara.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2007.


JULIO CESAR ALVES RAMOS

