



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 11065.000321/2007-51
Recurso nº 153.723 Voluntário
Matéria Auto de Infração da Cofins (Cumulatividade)
Acórdão nº 203-13.633
Sessão de 2 de dezembro de 2008
Recorrente BISON INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA.
Recorrida DRJ-PORTO ALEGRE/RS

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002

AUTO DE INFRAÇÃO. COFINS. DECADÊNCIA. CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR.

Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, é inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários da Cofins e do PIS/PASEP é a do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar da data do fato gerador. Decaído, portanto, neste caso, o lançamento referente ao mês de janeiro de 2002.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 28/02/2002 a 31/01/2004

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo. No caso, a autuada ingressara com Mandado de Segurança visando não se ver obrigada ao cumprimento da regra do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Recurso Voluntário que não se conhece.

Decadência Parcial suscitada de Ofício e Recurso Voluntário Não Conhecido.

Recurso provido.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

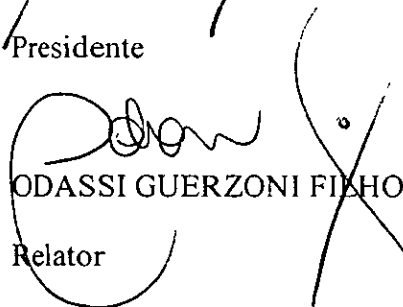
Brasília, 02/03/09

elf
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Sispes 91650

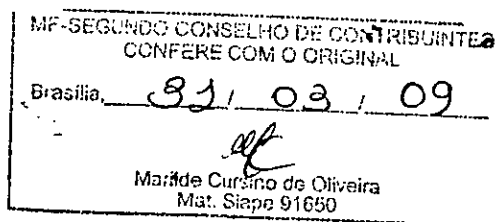
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

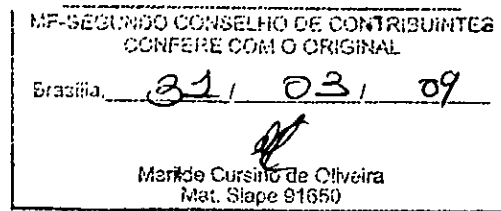
ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de decadência, suscitada de ofício, do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao fato gerador ocorrido em janeiro de 2002, na linha da Súmula 8 do STF, e, quanto às demais matérias, em não conhecer do Recurso, por estar a mesma submetida à apreciação do Judiciário. Fez sustentação oral pela Recorrente, o Dr. Haroldo Laufer OAB-RS nº 36876.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente


ODASSI GUERZONI FILHO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.





Relatório

Trata-se de auto de infração cientificado ao sujeito passivo em 12/02/2007, lavrado para a constituição de crédito tributário relativo à Cofins dos períodos de apuração de 31/01/2002 a 31/01/2004, sob o regime da cumulatividade, no valor de R\$ 511.598,86, nele incluídos a contribuição e os juros de mora.

De acordo com o autor do procedimento fiscal a infração decorreu da não inclusão, na base de cálculo de ambas as contribuições, dos valores correspondentes aos "créditos presumidos de ICMS" (subvenções) recebidos pela atuada dos estados da Bahia e do Rio Grande do Sul e por ela registrados a débito de conta do Ativo Circulante e a crédito de conta de Patrimônio Líquido (Reserva de Capital), ou seja, sem considerá-los como "receitas".

Basicamente, portanto, o Fisco apontou a infração ao disposto no artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991, bem como aos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 (regime da cumulatividade).

Na impugnação a atuada, em resumo, inicialmente, reporta a existência de uma **ação judicial**, ainda em andamento, por meio da qual buscou o afastamento da aplicação do conceito de faturamento trazido pelo citado artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, ou seja, de que somente devem sofrer a incidência do PIS/Pasep e da Cofins apenas as receitas decorrentes da venda de mercadorias e/ou de serviços. Ressalta que, não obstante a ação não tenha sido definitivamente resolvida, já obteve do TRF da 4ª Região a decisão pela inconstitucionalidade do disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, e, além disso, houve a decisão do STF no mesmo sentido.

Ad argumentandum, pondera a atuada que as subvenções que recebeu e sobre as quais o Fisco fez incidir a contribuição foram a "Probahia", cujo mecanismo consistia no creditamento de ICMS em valor correspondente à aplicação de um percentual sobre o imposto incidente nas saídas da produção de cada estabelecimento instalado no Estado, e o "Fundopem", cujo mecanismo consistia na concessão de um crédito presumido de ICMS gerado a partir do incremento na arrecadação do imposto decorrente da expansão de suas atividades, observadas uma série de exigências previamente estabelecidas¹. Assim, para a atuada, na linha de doutrina que colaciona, bem como os dispositivos da Lei nº 6.404, de 1976², e, ainda, o Acórdão nº 101-94676, de 2004, tais subvenções, denominadas como "subvenções para investimentos", não poderiam ter sido consideradas como receitas.

Novamente, a título de argumentação apenas, a atuada pondera que os créditos de ICMS por ela usufruídos nada mais são do que uma forma encontrada pelo Ente Federado de fazer valer o princípio da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988), de sorte que jamais poderão ser considerados como receitas. Explica que, para fruir dos benefícios do "Probahia", abdica de se creditar de qualquer montante do imposto quando da entrada, o que caracterizaria a aplicação do referido princípio constitucional.

¹ Cumprimento do projeto aprovado, recolhimento em dia do ICMS e atendimento das exigências ambientais.

² Artigo 182, § 1º, letra "d" e artigo 187, incisos I a VII.

E, por conta dessa opção de não se creditar do imposto quando das entradas, entende que, caso não aceitos os seus argumentos no sentido de que as subvenções para investimento não podem ser consideradas como receitas, os valores dos referidos créditos não utilizados deveriam ser considerados (reduzidos) da base de cálculo das contribuições ora exigidas, pois, do contrário, estaria sendo violado o princípio da capacidade contributiva.

A DRJ em Porto Alegre/RS, todavia, não acatou nenhum dos argumentos da Impugnante e manteve integralmente o lançamento em decisão assim ementada, *verbis*:

Acórdão DRJ N° 10-14755 de 2007

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

As subvenções integram a base de cálculo da contribuição. A base de cálculo da contribuição compreende a totalidade das receitas auferidas, independentemente da classificação contábil adotada. As subvenções, inclusive as para investimento, são receitas, pois contemplam ingressos desvinculados de exigibilidade, que não acarretam aumento do capital social ou do passivo, nem a diminuição de qualquer ativo.

Lançamento procedente.

No Recurso Voluntário, e reportando-se à ação judicial, entende a Recorrente que a matéria relacionada ao alargamento da base de cálculo da contribuição já restou definitivamente julgada, visto que o que se discute em sede de Recurso Extraordinário interposto pela União é a prescrição do direito de repetir valores anteriores à cinco anos da impetração do mandado de segurança.

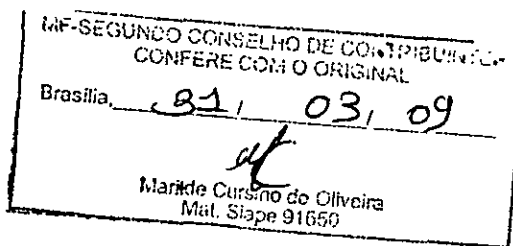
Nos Recursos Voluntários, a autuada se insurge contra os argumentos utilizados pela instância de piso, visto que, por se reportarem os mesmos ao que fora decidido em outro processo administrativo da própria empresa, porém, relativo a outros tributos (o IRPJ e a CSLL), não poderiam aqui ser aproveitados, além de trecho da decisão encerrar uma contradição; ora afirmando que as subvenções são receitas, ora negando.

Argumenta a Recorrente, para o caso de se considerar o entendimento do fiscal autuante neste caso, de que as subvenções são "receitas não operacionais", que, então, deveria se considerar também o entendimento da Cosit, manifestado na Solução de divergência nº 15, de 09/09/2003, no sentido de que as mesmas se configuram em redutores de custos ou despesas; ou seja, há aí, segundo a Recorrente, uma "confissão/contradição".

No mais, com alguma ou outra ênfase, e sempre rebatendo as argumentações utilizadas pela instância de piso, repete a fundamentação da qual se valeu para afirmar que a não utilização dos créditos de ICMS significaria a vontade do ente estatal de aplicar o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, bem como, de outra parte, que os créditos não utilizados deveriam ser excluídos da base de cálculo das contribuições ora exigidas.

É o Relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03 / 03 / 09
Márcia Cristina de Oliveira
Mat. SIAPE 91650



Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 17/01/2008, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 14/02/2008. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Decadência suscitada de ofício

Não obstante a decadência não tenha sido trazida a este Colegiado pela Recorrente, o faço de ofício por se tratar tal matéria de ordem pública.

Ocorre que, tendo sido os lançamentos cientificados à autuada em 12/02/2007, restou irremediavelmente alcançado pela decadência a exigência da Cofins do mês de apuração de janeiro de 2002, em face do transcurso de cinco anos, na esteira da Súmula Vinculante nº 08, recentemente editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo a referida Súmula, o dispositivo legal que dava sustentação ao entendimento de que o prazo decadencial para o PIS/Pasep e para a Cofins era de dez anos, qual seja, o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, foi considerado inconstitucional. Assim, para fins de definição do termo inicial do prazo decadencial, são dois os dispositivos legais a serem consultados, quais sejam, o artigo 173, inciso I, e o art. 150, § 4º, ambos do CTN.

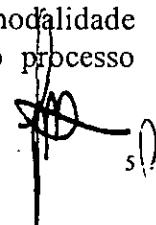
No presente caso, a regra a ser seguida é a do § 4º do artigo 150, qual seja, a de que o Fisco dispõe de cinco anos para a constituição de créditos tributários relativos a tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação, contados da ocorrência do fato gerador, sob pena da decadência do direito de fazê-lo.

Assim, deve ser excluído da exação o valor da Cofins relativo ao período de apuração de janeiro de 2002.

Ação judicial - concomitância

Não obstante, de fato, a matéria que pende de julgamento por conta do Recurso Extraordinário interposto pela União, se refira à prescrição do direito de repetir indébitos, ou seja, de matéria completamente alheia ao que se discute neste processo, e, em princípio, em nada afetaria o presente julgamento, entendo que restou perfeitamente caracterizada a concomitância de objetos.

É que, ao ingressar com um Mandado de Segurança visando obter do Poder Judiciário a garantia de não precisar se submeter ao regramento instituído pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, a ora autuada abandonou tal discussão na esfera administrativa, o que, obrigatoriamente, nos remete para a aplicação da Súmula nº 1, aprovada na Sessão Plenária do Segundo Conselho de Contribuintes em 18/09/2007, publicada no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28, segundo a qual "importa em renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo".


51


Assim, a discussão se as subvenções podem ou não ser consideradas como receitas para fins de incidência do PIS/Pasep e da Cofins restou, conforme afirmou a Recorrente, decidida em seu favor no âmbito do Poder Judiciário e será por meio daquela esfera que a autuada irá fazer prevalecer o direito obtido, não podendo, por isso mesmo, ser conhecida por este Colegiado.

Não conheço, pois, do Recurso Voluntário em face de estar presente a concomitância de objetos.

Conclusão

Em face de todo o exposto, de ofício, considero decaído o lançamento relativo à Cofins do mês de janeiro de 2002, e não conheço do Recurso Voluntário na parte em que o mesmo versa sobre a incidência ou não da Cofins sobre as subvenções recebidas do Poder Público.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2008


ODASSI GUERZONI FILHO

