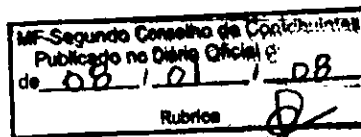




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n° 13005.000506/2005-33
Recurso n° 138.254 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão n° 201-80.505
Sessão de 15 de agosto de 2007
Recorrente CALÇADOS REIFER LTDA.
Recorrida DRJ em Santa Maria - RS



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

Ementa: COFINS. CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE COFINS.

Não há incidência de Cofins sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente

Gileno Curjão Barreto
GILENO CURJÃO BARRETO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco e Antônio Ricardo Accioly Campos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 01 / 08.
Silvino de Souza Barbosa Mat.: Siage 91745

CC02/C01 Fls. 893

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 04/09) lavrado em 21 de junho de 2005, em desfavor da contribuinte em epígrafe, por ter a Fiscalização constatado irregularidades no recolhimento da Cofins no período de apuração entre janeiro de 2001 e dezembro de 2004, exigindo-se o valor de R\$ 1.223.739,30 a título de Cofins, acrescidos de juros de mora no valor de R\$ 345.837,49, além de multa de ofício no valor de R\$ 917.804,32, totalizando R\$ 2.487.381,11.

Conforme Relatório de Ação Fiscal de fls. 10/13, a empresa deixou de incluir valores provenientes da venda de créditos de ICMS para terceiros na base de cálculo da Cofins. Expõe que, a partir da vigência da sistemática não-cumulativa, tal inclusão fica ainda mais evidente, vez que o art. 1º da Lei nº 10.833, de 2003, estabelece que a base de cálculo da Cofins é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta e que é a soma de todas as receitas auferidas.

Inconformada, em 25 de julho de 2007, a ora recorrente ofertou impugnação (fls. 781/818) ao auto de infração, alegando que, por ter atividade preponderante para a exportação, seus créditos de ICMS são superiores aos débitos desse imposto, desta forma, e de maneira lícita, transfere seus créditos acumulados de ICMS para terceiros. Alega que as operações de transferências de créditos de ICMS não implicam em receita adicionável à base de cálculo da Cofins e que se receita fosse seria receita de exportação, portanto, isenta e imune à incidência da contribuição ao PIS e da Cofins.

Argumenta também a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, não podendo ser ampliado o conceito de faturamento para toda e qualquer despesa. Aduz ainda que, a teor do art. 150, § 1º, do CTN, está extinto o direito à constituição de crédito pela Fazenda e que, conforme o art. 146, também do CTN, é vedado ao Fisco modificar o critério jurídico adotado no lançamento anterior, outrossim, o inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, veda a aplicação retroativa de nova interpretação. Por fim, menciona que, exceto nas hipóteses previstas no art. 149 do CTN, uma vez homologado o crédito tributário, resta definitivamente extinto o direito de a Fazenda efetuar o lançamento.

O Acórdão nº 18-6.295 da 2ª Turma da DRJ/STM, de 14 de novembro de 2006, entendeu, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, em Acórdão assim ementado:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

**ASSERTIVAS. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.
ILEGALIDADES. INCOSTITUCIONALIDADES.**

A apreciação de argumentações que se refiram a inobservância ou afronta a princípios constitucionais, ou de alegações de existência de inconstitucionalidades ou ilegalidades, essas contidas em leis, normas ou atos, está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

ASSERTIVAS. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

San

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 01 / 08.
Silvio Barbosa Mat.: Sape 51745

Estando os atos administrativos consubstanciadores do lançamento revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento Fiscal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO.

A mudança de critério jurídico ocorre quando o lançamento original é alterado, com base nos mesmos fatos, mas com fundamentação diversa.

COMPENSAÇÃO. RESSARCIMENTO.

A compensação, hipótese de extinção do crédito Tributário, e o ressarcimento, só poderão ser efetivados se os créditos do contribuinte em relação à Fazenda Pública se revestirem dos atributos de liquidez e certeza, o que, no caso da autuada, não ocorreu de forma integral.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

Com fundamento na legislação de regência, a base de cálculo da COFINS foi alargada, adotando-se, então, uma base universal.

COFINS. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. COMERCIALIZAÇÃO.

Por não estar inserido no rol das exclusões da base de cálculo da COFINS, conforme a legislação de regência, mantém-se a autuação dos valores resultantes de comercialização desse benefício fiscal.

AUTOS DE INFRAÇÃO. CONSECUTÓRIOS LEGAIS.

O montante de contribuição consignado em auto de infração deve ser exigido com aplicação da multa de ofício e demais consecutórios previstos na legislação de regência.

Lançamento Procedente".

Desta forma, o Acórdão em exame (fls. 827/842) explica que matérias quanto a ilegalidades ou inconstitucionalidades de leis fogem à competência da esfera administrativa, tratando-se claramente de discussão deferida ao Poder Judiciário. Também justifica a não procedência da assertiva de mudança de critério jurídico com fundamento no 146 do CTN, vez que não houve alteração no lançamento, com tributação sobre outra fundamentação diversa da anterior, sem que o fato tenha sofrido alterações.

Quanto à exclusão da venda de créditos da base de cálculo da Cofins, conclui que "as operações praticadas pela empresa devem ser incluídas na base de cálculo da COFINS, eis que aquela, nos termos da legislação de regência, é constituída pelo faturamento, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, a qual equivale à totalidade das receitas auferidas pela empresa, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718 de 1998)".

deu

8

Processo n.º 13005.000506/2005-33
Acórdão n.º 201-80.505

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 01 / 08.
Silvio Sérgio Barbosa Mat. Sispó 91745

CC02/C01 Fls. 895

Sustenta a aplicação de multa de ofício e juros de mora, vez que, como a contribuinte não procedeu ao recolhimento do montante devido, coube à autoridade competente a constituição do crédito tributário para o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Nessa modalidade, o crédito deve ser acompanhado da multa e dos consectários legais previstos na legislação que regulamenta a matéria.

Cientificada em 06/12/2006, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 848/887) em 22/12/2006, repetindo os argumentos apresentados em sua manifestação de inconformidade, onde alega, resumidamente, nulidade da decisão recorrida, por deixar de apreciar questão relevante para a procedência do pedido da recorrente, violando os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório. Reitera que a venda de créditos de ICMS não se trata de receita e que a operação efetuada pela recorrente não representa aumento de patrimônio.

Traz em exame pontos já abordados na impugnação ao auto de infração relativos à natureza da receita auferida, sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, sobre a mudança de critério jurídico, multa e juros de mora.

Por fim, requer que seja o recurso julgado procedente para anular o auto de lançamento e, caso seja julgado improcedente o recurso, que sejam excluídos os juros, a multa e a correção monetária, aplicados no auto de lançamento, com fundamento no art. 100, parágrafo único, do CTN, ou ainda que seja anulada a decisão recorrida, por violação aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório.

É o Relatório.

SSB

S

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 01 / 08.
Silvio Barbosa
Mat. Sape 91745

CC02/C01
Fls. 896

Voto

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator

O presente recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

A recorrente questiona, em sua peça recursal, a inclusão por parte da Receita Federal, dos valores relativos à transferência de créditos de ICMS na base de cálculo da Cofins, alegando que tal operação não implica em receita para a mesma, e mesmo que implicasse, seria qualificada como receita de exportação, caracterizada como isenta e imune à incidência de PIS e Cofins.

Tal inclusão resultou no auto de infração questionado neste processo, que exige, além do valor relativo a estas transferências de créditos de ICMS, a diminuição dos créditos de Cofins já ressarcidos à mesma, na sistemática da não-cumulatividade, fato este considerado equivocadamente pela requerente.

Por fim, foi alegada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98, no que tange ao conceito de faturamento, estendendo o conceito de receita bruta como a totalidade das receitas auferidas.

Passamos agora a discutir tais pontos abordados no recurso voluntário em questão.

I - INCLUSÃO DOS VALORES DA TRANSFERÊNCIA DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS

Proseguindo, vejo então que a análise de mérito no presente processo restringe-se primordialmente sobre a exigibilidade ou não de Cofins sobre os valores referentes à cessão de créditos de ICMS a terceiros.

A recorrente alega em sua peça recursal que tais transferências não se caracterizam como receita, e mesmo se receita fosse, seria proveniente de exportações, isenta de tributação por parte de PIS e Cofins.

Contudo, no que tange a esse tema controverso, tenho que razão assiste à contribuinte, posto que a cessão de créditos do ICMS trata-se de operação meramente patrimonial, não repercutindo em lançamento à conta de resultado.

É sabido que nas operações de venda de mercadorias, quando da emissão da nota fiscal, destaca-se o ICMS devido e lança-se em conta de passivo exigível. Por sua vez, em obediência ao princípio da não-cumulatividade, a contribuinte credita-se dos valores utilizados em etapas anteriores da cadeia produtiva. Quando o saldo de créditos supera os de débitos, a contribuinte apura saldo de ICMS a Recuperar para ser compensado dos débitos do imposto em períodos posteriores.

No entanto, previu o legislador hipótese de transferência de créditos acumulados de ICMS para outra pessoa jurídica - em especial quando o própria contribuinte não encontra meios para realizar seu saldo de créditos -, desde que atendidas as condições constantes no Regulamento do ICMS do Estado-Membro em questão. Assim, até por ser o ICMS um tributo estadual, inexistindo previsão legal para compensação deste com tributos federais, a contribuinte ora recorrente transferiu créditos de ICMS para seus fornecedores em operação denominada cessão de créditos.

Gu

f

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09, 01, 08.
Sívio Barbosa Mat. SIAPE 91745

CC02/C01 Fls. 897

Assim, em verdade, tal operação não transitou em contas de resultado e nem representa ingresso de receita para a contribuinte, senão mera operação patrimonial, utilizando-se de créditos de ICMS registrados em seu Ativo como meio de pagamento para com seus fornecedores, em virtude do princípio da livre convenção entre as partes, basilar do Direito Comercial, para satisfazer sua obrigação para com seus fornecedores, mediante dação em pagamento, na figura de cessão de créditos.

Ora, apenas se houvesse algum incremento nesta operação (ágio) é que se poderia cogitar de receita, ou existência de ganhos para a contribuinte, e se discutir a eventual incidência de Cofins sobre este hipotético ganho. No entanto, não é esta a hipótese dos autos, razão pela qual entendo não subsistir hipótese de incidência para a tributação dos referidos valores pela Cofins.

II - DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DA POSSIBILIDADE DE REVERSÃO - MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO

Uma vez tendo homologado as compensações e autorizado os pagamentos, a autoridade fiscal verificou que a recorrente não havia incluído em sua apuração de Cofins valores referentes à cessão de créditos de ICMS a terceiros, o que a fez rever tais restituições e diminuir os créditos já ressarcidos à contribuinte, que passaram a compor o montante principal do auto em questão.

Alega ainda a recorrente a mudança de critério jurídico por parte da autuante, ao voltar atrás nos créditos já ressarcidos à contribuinte, considerando ser vedada a aplicação retroativa de nova interpretação em processos administrativos, conforme o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99.

Considerando o entendimento de que o valor das transferências de crédito de ICMS não devem compor a base da Cofins, também não deve prosperar tal argumento da autoridade fiscalizadora, devendo ser mantido o valor original de ressarcimento e compensação dos valores originalmente postulados pela recorrente.

III - MULTA E JUROS DE MORA

No caso da multa e dos juros de mora, uma vez que estes estão vinculados ao valor original da causa, valor este que não merece prosperar, pelos motivos já discutidos, não vejo como obrigações cabíveis ao caso, justamente por se tratarem de obrigações diretamente ligadas e dependentes do valor principal, já descartado, conforme supracitado neste acórdão.


IV - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98

Com relação à alegação feita pela recorrente em sua peça, em princípio, não seria cabível à esfera administrativa apreciar arguição de inconstitucionalidade, por transbordar os limites de sua competência, uma vez que, com a exceção de raríssimos casos, como o do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal, onde caberia ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, exercendo assim um controle de constitucionalidade, cabe sempre ao Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, aplicar o controle de constitucionalidade das leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, é pacífico o entendimento deste Colegiado acerca deste tema, ilustrado na ementa abaixo transcrita:

"NORMAS PROCESSUAIS - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe à esfera administrativa apreciar argüição de inconstitucionalidade, por transbordar os limites

Sou

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 01 / 08.
 Silvío Sérgio Barbosa Mat.: Sjape 91745

de sua competência. Preliminar rejeitada. COFINS - JUROS DE MORA - SELIC - O cálculo de juros de mora incidentes sobre tributos foi estabelecido por lei, cuja validade não pode ser contestada na via administrativa. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - Não pode ser apreciado em processo contencioso oriundo de auto de infração. Recurso não provido." (Acórdão nº 203-07.228, relativo ao Processo nº 13802.000892/96-06, Terceira Câmara) (grifo nosso)

Outrossim, recentemente, o STJ, em voto do Ministro Zavascki no REsp nº 828.106/SP, reconheceu que:

"1. A competência atribuída pelo art. 105, III, da Constituição Federal ao STJ restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, sendo inviável a apreciação, por esta Corte, de dispositivos das constituições.

2. O conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração da alegada divergência na forma dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, isto é, com o cotejo analítico dos julgados, indicando-se as circunstâncias de fato e de direito que os assemelham ou identificam. Na hipótese dos autos, inexistente cotejo analítico entre os julgados 3. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282/STF.

4. 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia' (Súmula 284/STF).

5. O § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG, sessão de 09.11.2005). A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

6. Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF.

7. Recurso especial a que se dá parcial provimento."





Processo n.º 13005.000506/2005-33
Acórdão n.º 201-80.505

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 01 / 08.
<i>SSB</i> Sílvia Cristina Barbosa Mat.: SIAPE 91745

CC02/C01 Fls. 899

Entendimento que entendo ser perfeitamente aplicável ao caso concreto. Dispor de forma contrária significaria submeter a contribuinte e a Fazenda Pública ao dispêndio desnecessário de recursos humanos e financeiros, escassos por excelência. Esforço vão e inútil, cujo resultado seria apenas obstaculizar a inclusão no ordenamento jurídico do que julgado fora pelo Egrégio Supremo.

V - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto por dar provimento ao presente recurso voluntário.

É o voto.

Sala das Sessões, em 15 de agosto de 2007.


GILENO GURJÃO BARRETO

SSB