



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 25 / 08 / 2000
C	<i>Adilson</i>
	Rubrica

Processo : 10380.013059/97-63

Acórdão : 201-73.492

Sessão : 25 de janeiro de 2000

Recurso : 109.460

Recorrente : DISTRIBUIDORA DE CEREAIS XIMENES LTDA.

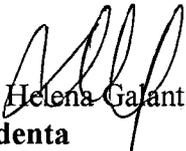
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

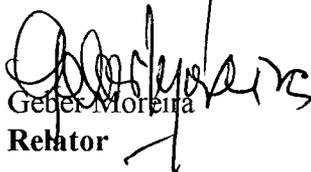
COFINS – As pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da Lei Complementar nº 70/91 são obrigadas ao recolhimento da COFINS em decorrência da prestação de serviços, cujo valor será calculado na forma disciplinada no referido diploma legal. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: DISTRIBUIDORA DE CEREAIS XIMENES LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Valdemar Ludvig.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2000


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Geber Moreira
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Serafim Fernandes Corrêa, Ana Neyle Olímpio Holanda, Sérgio Gomes Velloso, Roberto Velloso (Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/cf/ovrs



Processo : 10380.013059/97-63
Acórdão : 201-73.492
Recurso : 109.460
Recorrente : DISTRIBUIDORA DE CEREAIS XIMENES LTDA.

RELATÓRIO

Contra Distribuidora de Cereais Ximenes Ltda. foi lavrado Auto de Infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, fls. 01/16, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado, no valor total de R\$ 1.242.140,81, incluindo encargos legais, em decorrência da falta de recolhimento da contribuição, apurado através de verificações feitas nos Livros de apuração do ICMS, Demonstrativo da Base de Cálculo fornecido pelo contribuinte e relatórios contábeis da empresa, conforme Demonstrativo de fls.112.

Inconformada com a exigência, da qual tomou ciência em 16/10/97 (fls. 01), apresentou a contribuinte impugnação, em 14/11/97, fls. 72/98, afirmando que a exigência não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, com base nos seguintes argumentos:

A multa de 75% do valor cobrado é confiscatória, no caso, multa no importe total de aproximadamente R\$ 500.000,00. Tal imposição fere o princípio da capacidade contributiva, além de representar um verdadeiro confisco, o que provavelmente ocasionará, inclusive, inviabilidade da continuidade da atividade empresarial da autuada.

Argúi, apoiando-se em juristas que cita, o abuso do instituto da correção monetária e da livre instituição dos seus índices, ensejando a inobservância do Princípio da Legalidade.

Entende, ao demais, não ser cabível a cobrança da COFINS, com base nos seguintes argumentos:

a) na instituição da COFINS não foi observado o preceito constitucional da não cumulatividade dos tributos;

b) o ponto nodal para a existência de uma contribuição social não é a alocação de receitas, e sim a arrecadação destas pela autarquia previdenciária, que deverá figurar como sujeito ativo em qualquer relação tributária que obrigue o contribuinte ao recolhimento de Contribuição para a Seguridade Social. No caso da COFINS, sua instituição está maculada pelos mesmos vícios que implicaram na ilegalidade da cobrança do FINSOCIAL, porquanto prevê, em seus dispositivos, que sua arrecadação competirá à Secretaria da Receita Federal. Reforçando sua



Processo : 10380.013059/97-63

Acórdão : 201-73.492

tese, a defesa transcreve opinião de Hugo de Brito Machado, publicado no Repertório de Jurisprudência IOB, Tributário e Constitucional nº 13/91, fls. 81/86, e de renomados tributaristas nacionais, publicados em jornais de grande veiculação nacional, fls. 87/93; e

c) a cobrança da COFINS é totalmente desprovida de validade, máxima porque, além de possuir base de cálculo idêntica à do PIS-Faturamento, acarretando, assim, o *bis in idem*, a sua cobrança é cumulativa com a de outros impostos, como o ICMS e IPI. Nesse sentido, a defesa cita o jurista Célio Armando Janczesk, fls. 94/96.

A contribuinte argumenta, ainda, que, caso se entenda devida a COFINS, mister se faz salientar que, *in casu*, foi utilizada base de cálculo equivocada da contribuição, uma vez que a empresa vende diversas mercadorias sob regime de consignação, razão pela qual a base de cálculo utilizada não poderia ser o valor total da venda, mas, sim, apenas o resultado do seu ganho, isto é, a sua margem de ganho. Cita, nesse sentido, decisão exarada pela Receita Federal, no Processo Administrativo nº 13710.0001.338/95-77, que resultou na Decisão nº 68/96.

A autoridade julgadora assim fundamentou sua decisão, *verbis*:

“A principal argumentação formulada pela litigante, refere-se à inconstitucionalidade da COFINS. Para a interessada, referida contribuição estabelece o faturamento como sua base de cálculo, portanto, igual à do PIS, - Programa de Integração Social, havendo, portanto sobreposição de incidência de mesmo fato gerador, ferindo o parágrafo 4º do art. 195 da Carta Magna.

Sobre o assunto verifica-se não assistir razão à autuada, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal (STF) já ter se manifestado favoravelmente, julgando constitucional a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a contribuição social sobre o faturamento das pessoas jurídicas para financiar a Seguridade Social. O § 2º do art. 102 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93, dispõe que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade de Lei Federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Acentua, ainda, o julgador de 1º grau, que é de se destacar que, somente após declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, as leis, tratados ou atos normativos federais, podem ter sua aplicação afastada pelos órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da administração fazendária, segundo o disposto no parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97.



Processo : 10380.013059/97-63

Acórdão : 201-73.492

Desta forma, não cabe à autoridade julgadora apreciar o mérito da questão da constitucionalidade ou não da Lei Complementar nº 70/91.

Repele o decisório o argumento da autuada de que a aplicação da multa de 75% caracteriza verdadeiro confisco, por ferir o Princípio da Capacidade Contributiva, ocasionando a inviabilidade da continuidade da atividade empresarial da empresa, ao argumento de que, não obstante a alegação de desrespeito ao retrocitado princípio, há impedimento legal à análise do mérito dessa questão, desde que os aspectos argüidos pela defendente ligam-se, essencialmente, à ilegalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico do País, em razão do que não se pode negar sua eficácia.

Ressalta que a autoridade administrativa não tem competência legal para decidir sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas fiscais, matéria reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da inconstitucionalidade e/ou ilegalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O órgão administrativo não é foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário, que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

Nesse sentido, aplica-se, igualmente, o disposto no parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97 retromencionado.

É inócua, então, prossegue o julgador, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas cuja validade está sendo questionada, em observância ao art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN).

A correção monetária dos débitos fiscais, lembra o julgador "... foi instituída pela Lei nº 4.357/64, tendo sido alterada por sucessivas leis e decretos-leis até dezembro/94. A partir de 01/01/95, por força do disposto no art. 6º da Lei nº 8.981/95, os tributos e as contribuições sociais passaram a ser apurados em Reais, não incidindo mais sobre os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores ocorridos a partir desta data, a atualização monetária.

Entretanto, para os fatos geradores ocorridos até dez/94, a correção monetária continuou ainda a ser utilizada como acréscimo sobre o valor do tributo/contribuição devido, calculado com base na variação da UFIR, extinguindo-se somente a partir de jan/97, em decorrência do disposto no art. 25 da Medida Provisória nº 1.542/96 (art. 29 da Medida Provisória nº 1.621/97 e reedições).



Processo : 10380.013059/97-63
Acórdão : 201-73.492

Analisando-se os Demonstrativos constantes às fls. 12/15, constata-se facilmente que no presente lançamento foi calculada a correção monetária somente dos débitos cujos fatos geradores ocorreram em 1994, estando, assim, de acordo com a legislação vigente sobre a matéria. Portanto, não há porque questionar uma suposta ilegalidade nos índices utilizados no lançamento.

Ressalta, ainda, que o extinto TRF vinha mantendo jurisprudência pacífica no sentido de que a correção monetária não constitui penalidade, significando mera atualização do principal (Ac. nº 121.441 - AM - DJU de 18.06.87, pág. 12.358).

Também a alegação da contribuinte de que vende diversas mercadorias sob o regime de consignação, razão porque a base de cálculo utilizada não poderia ser o valor total da venda, mas, sim, apenas o resultado do seu ganho, não mereceu acolhida.

Tal argumentação, sustenta a decisão, não pode prosperar, não só porque a defesa não trouxe qualquer documento ou elemento que comprove tal assertiva, mas também porque o lançamento foi efetuado com base no Livro de Apuração do ICMS, no Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo da Contribuição, fornecidos pela contribuinte, e relatórios contábeis da empresa.

Destarte, finaliza a autoridade julgadora, a ausência de elementos e/ou documentos que possam descaracterizar a ação fiscal, e considerando a máxima de que *allegatio et non probatio quae non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar), é de se considerar correta a base de cálculo da contribuição lançada, devendo ser mantida, pois, a tributação.

Com base em tais considerações, a autoridade monocrática **JULGOU PROCEDENTE** o lançamento, objeto da presente lide, para considerar devida a contribuição constituída no Auto de Infração de fls. 01/16, a qual deverá ser acrescida de multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) e de juros de mora, calculados de acordo com a legislação pertinente.

Irresignada, interpõe a interessada o Recurso Voluntário de fls. 121/148, renovando suas alegações, esperando seja provido seu apelo, "julgando insubsistente os autos lavrados contra a recorrente.

Contra-Razões do Procurador da Fazenda Nacional às fls. 154/157, esperando "seja mantida *in totum* a respeitável decisão fls. 111/117 e negado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte."

É o relatório.



Processo : 10380.013059/97-63
Acórdão : 201-73.492

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR GEBER MOREIRA

Distribuidora de Cereais Ximenes Ltda. insurge-se contra a presente exigência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, sob a alegação de que:

a) na instituição da COFINS não foi observado o preceito constitucional da não- cumulatividade dos tributos;

b) o ponto nodal para a existência de uma contribuição social não é a alocação de receitas, e sim a arrecadação destas pela autarquia previdenciária, que deverá figurar como sujeito ativo em qualquer relação tributária que obrigue o contribuinte ao recolhimento de Contribuição para a Seguridade Social. No caso da COFINS, sua instituição está maculada pelos mesmos vícios que implicaram na ilegalidade da cobrança do FINSOCIAL, porquanto prevê, em seus dispositivos, que sua arrecadação competirá à Secretaria da Receita Federal. Reforçando sua tese, a defesa transcreve opinião de Hugo de Brito Machado, publicado no Repertório de Jurisprudência IOB, Tributário e Constitucional nº 13/91, fls. 81/86, e de renomados tributaristas nacionais, publicados em jornais de grande veiculação nacional, fls. 87/93; e

c) a cobrança da COFINS é totalmente desprovida de legalidade, máxime porque além de possuir base de cálculo idêntica à do PIS-Faturamento, acarretando, assim, o *hys in idem*, a sua cobrança é cumulativa com a de outros impostos, como o ICMS e IPI. Nesse sentido, a defesa cita o jurista Célio Armando Janczesk, fls. 94/96.

Acentua o caráter confiscatório da multa de 75% do valor cobrado, aduzindo que tal imposição fere o princípio de capacidade contributiva da contribuinte.

Hostiliza a incidência, no caso, de correção monetária que, no seu entendimento, constituiria "abuso do instituto de correção monetária e da livre instituição de seus índices, ensejando a inobservância do princípio de legalidade."

Opõe-se, afinal, à base de cálculo utilizada, "uma vez que a empresa vende diversas mercadorias sob regime de consignação, razão pela qual a base de cálculo utilizada não poderia ser o valor total da venda, mas sim, apenas o resultado do seu ganho, isto é, a sua margem de ganho."



Processo : 10380.013059/97-63
Acórdão : 201-73.492

Isto posto, passo a decidir.

A recorrente é pessoa jurídica de direito privado, estabelecida como empresa comercial, logo, contribuinte da COFINS, segundo o art. 1º da Lei Complementar nº 70/91.

Não há como fugir, pois à exigência tributária em apreço, que há de ser mantida com base no demonstrativo relativo à base de cálculo, sabido que a legitimidade da COFINS, no particular, já foi legalmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A aplicação da multa, por sua vez, reveste-se de legitimidade, pois, decorrendo, ela como decorre, de expressa determinação legal, sua aplicação pelos agentes do Poder Público é obrigatória, vedado ao funcionário negar aplicação à lei, ainda que sob alegação de inconstitucionalidade, a uma, porque não lhe cabe a função de julgar, mas de aplicar a lei e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário da administração ativa o exercício, na espécie, do Poder Executivo.

A correção monetária dos débitos fiscais, por sua vez, foi instituída pela Lei nº 4.357/64, tendo sido alterada por sucessivas leis e decretos-leis até dezembro/94. A partir de 01/01/95, por força do disposto no art. 6º da Lei nº 8.981/95, os tributos e as contribuições sociais passaram a ser apurados em Reais, não incidindo mais sobre os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores ocorridos a partir desta data, a atualização monetária.

Entretanto, para os fatos geradores ocorridos até dez/94, a correção monetária continuou ainda a ser utilizada como acréscimo sobre o valor do tributo/contribuição devido, calculado com base na variação da UFIR, extinguindo-se somente a partir de jan/97, em decorrência do disposto no art. 25 da Medida Provisória nº 1.542/96 (art. 29 da Medida Provisória nº 1.621/97) e reedições.

Analisando-se os Demonstrativos constantes às fls. 12/15, constata-se que, no presente lançamento, foi calculada a correção monetária somente dos débitos cujos fatos geradores ocorreram em 1994, estando, assim, de acordo com a legislação vigente sobre a matéria. Portanto, não há porque questionar uma suposta ilegalidade nos índices utilizados no lançamento.

Do mesmo modo, no que se refere à Base de Cálculo utilizada pela Receita, a argumentação trazida aos autos pela contribuinte não pode prosperar, não só porque a defesa não trouxe qualquer documento ou elemento que comprove sua assertiva, mas também porque o lançamento foi efetuado com base no Livro de Apuração do ICMS, no Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo da Contribuição, fornecidos pelo contribuinte, e relatórios contábeis da empresa.



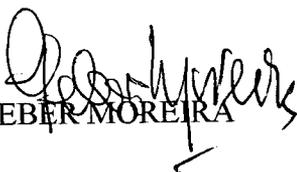
MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10380.013059/97-63
Acórdão : 201-73.492

Em face de tais conclusões, voto pelo conhecimento do recurso e seu não provimento.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2000


GEBER MOREIRA