2.º C C
Do 06/08/1999
Rubrica

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo : 10840.001828/95-91**
**Acórdão : 201-72.392**

Sessão : 02 de fevereiro de 1999
**Recurso : 101.618**
Recorrente : DIPROFAR DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

**COFINS -** 1 – A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da COFINS. Precedentes jurisprudenciais. Se o legislador ordinário, eventualmente, ofende norma constitucional, falece competência à Tribunais Administrativos, reconhecê-lo incidentalmente, posto ser competência exclusiva do Poder Judiciário. 2 – Não havendo recolhimento de tributo devido, correta a aplicação da multa de ofício (puntiva). Mas, com o advento da Lei nº 9.430/96, que reduziu a multa de ofício para o patamar de 75 % (art. 44, I), devem as multas em lançamentos, não definitivamente julgados, serem reduzidas para este nível. 3 – Os recursos administrativos, na forma da lei, suspendem a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, III), mas não postergam o vencimento estabelecido em sua legislação de regência. Assim, caracterizada a mora, devem ser cobrados os juros que dela decorrem. **Recurso voluntário a que se dá provimento parcial.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso interposto por: DIPROFAR DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Geber Moreira.

Sala das Sessões, em 02 de fevereiro de 1999

Luiza Helena Galante de Moraes
**Presidenta**

Jorge Freire
**Relator**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Ana Neyle Olímpio Holanda, Valdemar Ludvig, Serafim Fernandes Corrêa e Sérgio Gomes Velloso.

Lar/Fclb-/Mas

**Processo : 10840.001828/95-91**
**Acórdão : 201-72.392**

**Recurso : 101.618**
Recorrente : DIPROFAR DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.

RELATÓRIO

A empresa epigrafada recorre da decisão *a quo,* que manteve na íntegra o Lançamento de ofício de fls. 1/25, que teve por objeto a constituição de crédito tributário referente à COFINS, relativa aos períodos de abril de 1992 a março de 1995, face a falta de recolhimento da mencionada contribuição.

Em seu recurso, a autuada alega, em síntese, que a cobrança da COFINS afronta a Constituição Federal, por não considerar a não-cumulatividade, restringir a livre iniciativa e desconsiderar a livre iniciativa. Averba, ainda, que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da contribuição, que a multa a ser aplicada deveria ser a dos arts. 59 e 60 da Lei nº 8.383/91, e que são indevidos os juros de mora, uma vez que o vencimento do tributo fica suspenso com os recursos administrativos.

De fls. 42/44, Contra-Razões da Fazenda Nacional pugnando, pela manutenção na íntegra da decisão recorrida.

É o relatório.

**Processo : 10840.001828/95-91**
**Acórdão : 201-72.392**

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

Já remanso o entendimento dos Conselhos de Contribuintes de que lhes falece competência para incidentalmente declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Contudo, examino exclusivamente a questão da não-cumulativadade, posto que já definida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade, a qual tem efeito vinculante para o Poder Executivo (Constituição Federal, artigo 102, § 2°, *in fine*).

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade 01-1/DF estão bem resumidos no voto do Ministro-relator Moreira Alves, onde encontramos:

> "*Examinando-se a documentação comprobatória da controvérsia judicial existente sobre a COFINS, verifica-se que as decisões a favor de sua constitucionalidade...., e a elas contrárias versam, total ou parcialmente, os aspectos constitucionais que, a respeito dessa contribuição social, assim foram resumidos na incial (fls. 13):*
>
> *a)....*
>
> *b) fere o princípio da não-cumulativadade dos impostos da União*".

Assim, resta demonstrado que a questão da não-cumulatividade foi objeto da referida ADC, cujo entendimento da Corte Suprema se encontra manifestado do voto do relator, nos seguintes termos:

> "*De outra parte, sendo a COFINS contribuição social instituída com base no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, e tendo ela natureza tributária diversa do imposto, as alegações de que ela fere o princípio da não-cumulatividade dos imposto da União e resulta em bitributação por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS/PASEP só teriam sentido se se tratasse de contribuição social nova, não enquadrável no inciso I do artigo 195, hipótese em que se aplicaria o disposto no § 4° desse mesmo artigo 195 ("a Lei poderá instituir outras fontes destinadas a mannutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I"), que determina a observância do inciso I do artigo 154 que estabelece que a União poderá instituir "I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham como fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição".*

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo : 10840.001828/95-91**
**Acórdão : 201-72.392**

Definido está, pois, que a COFINS já estava prevista na Constituição em seu art. 195, inciso I, e somente seria aplicável o art. 154, inc. I, caso a contribuição tivesse sido criada com fulcro no art. 195, § 4°, da CF/88, o que inocorreu.

Quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, aplica-se o enunciado da Súmula 68 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

"*A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS*".

E os julgados abaixo relacionados foram, dentre outros, a fonte de tal súmula.

| | | |
|---|---|---|
| REsp | 16.841-DF | (1ª T 17.02.92 - DJ 06.04.92) |
| REsp | 19.455-DF | (1ª T 17.06.92 - DJ 17.08.92) |
| REsp | 14.471-MG | (2ª T 18.12.91 - DJ 17.02.92) |
| REsp | 8.601-SP | (2ª T 06.04.92 - DJ 18.05.92) |
| REsp | 21.497-RJ | (2ª T 10.06.92 - DJ 10.08.92) |

Ora, se a base de cálculo da COFINS, a semelhança do PIS é o faturamento, não vejo como não se possa aplicar por analogia o enunciado da citada Súmula, em relação àquela contribuição social, até porque o ICMS é cobrado por dentro, fazendo parte do preço da mercadoria.

Demais disso, o art. 2°, parágrafo único da Lei Complementar nº 70/91 é textual ao excluir o IPI da base de cálculo da COFINS, quando aquele tributo é destacado em separado, no documento fiscal. Aqui aplica-se a máxima "onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete fazê-lo".

E já há entendimento jurisprudencial não admitindo a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Por oportuno, transcrevo o escólio do TRF da 4ª Região:

> *"TRIBUTÁRIO – COFINS – 1. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da Contribuição para financiamento da Seguridade Social. 2. Base de Cálculo. ICMS. Tudo o que entra na empresa a título de preço de venda de mercadorias é receita dela, não tendo qualquer relevância, em termos jurídicos, a parte que vai ser destinada ao pagamento de tributos. Conseqüentemente, os valores devidos à conta do ICMS integram a base de cálculo da Contribuição para o financimanto da Seguridade Social (MAS 93.04.17453-8/RS."*

No concernente à multa aplicada, também não há reparos a fazer, uma vez que esta não se trata de multa de mora (a qual refere-se o art. 59 da Lei nº 8.383/91) e sim

multa de ofício (de natureza punitiva), cuja base legal, conforme enquadramento no lançamento, foi o inciso I, da Lei nº 8.218/91. Sendo as naturezas jurídicas das multas distintas, não há que falar em aplicação do art. 106, II, "c", do CTN. E, se, eventualmente, a multa tem natureza confiscatória, não cabe, de igual sorte, a este órgão administrativo atestá-la, de vez que sua função resume-se ao controle da legalidade e não, como dito, da constitucionalidade. Se há lei nesse sentido, presume-se sua legalidade.

No entanto, embora a multa de ofício aplicada (de 100 %) tenha sido correta, no momento da autuação, pois havia previsão legal, expressa nesse sentido, posteriormente foi reduzida para 75%, pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96. Dessa forma, com fulcro no instituto da retroatividade benigna, estatuído no art. 106, II, c, do CTN, que por ser matéria de ordem pública deve ser conhecida de ofício, a multa é de ser reduzida para 75 % (setenta e cinco por cento), de acordo com o previsto no art. 44, I, da citada Lei, não estando o processo definitivamente julgado.

Por derradeiro, declaro a correção dos juros de mora, uma vez que a mora está caracterizada pelo fato do não adimplemento da prestação, objeto da obrigação tributária, o pagamento do tributo. Inconteste que a contribuinte não recolheu a contribuição litigada no prazo de seu vencimento, fluindo a partir daí os juros moratórios. Não há, portanto, qualquer conexão entre a cobrança dos juros decorrentes da mora, no pagamento de tributos, com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, escudado no art. 151, III, do CTN. Os recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito constituído, mas não postergam o vencimento do mesmo, conforme legislação que definem seu prazo de recolhimento.

Diante do exposto, **dou provimento parcial ao presente recurso para o fim de reduzir a multa de ofício para o percentual de setenta e cinco por cento.**

Sala das Sessões, em 02 de fevereiro de 1999

JORGE FREIRE