2.º C C | PUBLICADO NO D. O. U. De 06/08/1999 Rubrica

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.002915/95-29
Acórdão : 201-72.422

Sessão : 02 de fevereiro de 1999
Recurso : 101.619
Recorrente : SANTA CLARA INDÚSTRIA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS 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: SANTA CLARA INDÚSTRIA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.002915/95-29
Acórdão : 201-72.422

Recurso : 101.619
Recorrente : SANTA CLARA INDÚSTRIA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.

RELATÓRIO

A empresa epigrafada recorre da decisão *a quo*, que manteve na íntegra o Lançamento de ofício de fls. 1/11, que teve por objeto a constituição de crédito tributário referente à COFINS, relativa aos períodos de junho de 1992, janeiro a dezembro de 1993, janeiro, agosto e dezembro de 1994, 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 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. 38/40, Contra-Razões da Fazenda Nacional, pugnando pela manutenção na íntegra da decisão recorrida.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.002915/95-29
Acórdão : 201-72.422

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".*

Processo : 10840.002915/95-29
Acórdão : 201-72.422

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.002915/95-29
Acórdão : 201-72.422

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 correta aplicação 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