



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

Processo nº 10840.003317/2001-59
Recurso nº 131.609 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 202-18.763
Sessão de 13 de fevereiro de 2008
Recorrente LUWASA LUFTALA WADHY S/A COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos casos de lançamento por homologação, ou seja, quando o contribuinte apura o tributo, declara e adianta o pagamento, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN, contando-se o prazo de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador.

**BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.
IMPOSSIBILIDADE.**

Na apuração da base de cálculo da Cofins não se pode excluir o valor do ICMS pago pelo contribuinte. O valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito à Cofins, de modo que, ainda que o recolhimento do ICMS aconteça em momento concomitante à operação de venda, isto não altera o valor da operação de compra e venda.

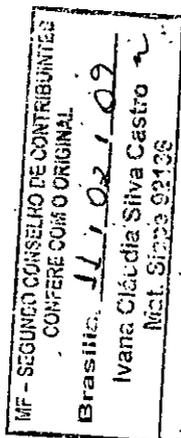
**AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. EFEITO DE
CONFISCO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.**

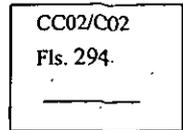
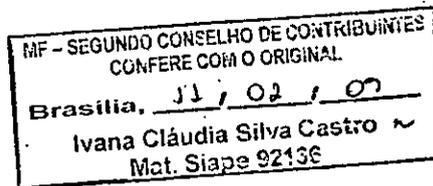
A multa de ofício tem natureza punitiva, motivo pelo qual não se lhe aplica o art. 150, VI, da Constituição, que contempla o princípio do não confisco em relação a tributos. A aplicação de percentual de multa determinado em lei não afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

É legítima a aplicação da taxa Selic para a atualização do crédito tributário. A Administração Tributária deve observar a lei vigente, que impõe a aplicação do referido índice.

Recurso provido em parte.



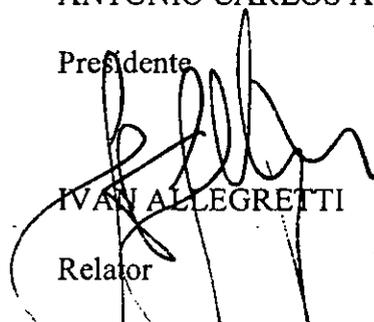


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência em relação aos períodos de apuração encerrados até outubro de 1996. Vencidos os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Nadja Rodrigues Romero e Antonio Zomer, que votaram no sentido de contar a decadência pela regra do art. 45 da Lei nº 8.212/91.


ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente


IVAN ALLEGRETTI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

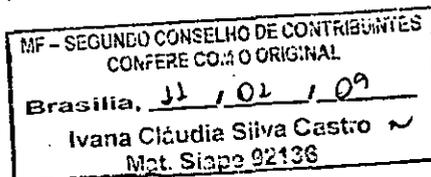
Trata-se de Auto de Infração (fls. 08/14) lavrado para a exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins quanto aos períodos de apuração de 30/06/1996 a 30/11/1998, cuja notificação aconteceu em 30/11/2001.

Conforme consta no TERMO DE CONCLUSÃO FISCAL (fls. 15/17), o lançamento decorreu do fato de que “o contribuinte não incluiu na base de cálculo da Cofins e Pis/Faturamento as receitas recebidas da Ford Brasil” (fl. 15).

Esclarece que “solicitado esclarecimento sobre a natureza dessas receitas omitidas. Apresentou carta resposta em 26/10/2001, onde informa que as comissões pagas pela fábrica sobre o faturamento/vendas efetuadas diretamente ao consumidor, cujos veículos são entregues através da contribuinte fiscalizada (Concessionária-Distribuidora). Outras referem-se a subsídio de vendas, estes lançados nas contas: que se operam por meio de complementação ao preço real praticado pela concessionária. Outras referem-se à contribuição que a Ford Brasil repassou à ora fiscalizada, referente a determinados veículos, com o intuito de capitalizá-la.” (fls. 15/16).

Conforme relatado pelo acórdão da DRJ, os fundamentos da impugnação da contribuinte podem ser resumidos nos seguintes pontos:

“Irresignada com a imposição tributária, ingressou a contribuinte com a impugnação de fls. 195/207, com as alegações a seguir expostas:



- a) a fazenda pública decaiu do direito de proceder ao lançamento dos períodos de junho a setembro de 1996;
- b) as diferenças apuradas, decorrentes de subsídios e incentivos a título de bônus recebidos do fabricante não integram a base de cálculo do tributo;
- c) a base de cálculo deve corresponder ao valor das receitas, deduzido do custo de aquisição correspondente, isto é, somente o valor agregado;
- d) o ICMS não compõem a base de cálculo do tributo;
- e) é incabível a aplicação da taxa Selic;
- f) improcede o lançamento da multa de 75%.”

A DRJ em Ribeirão Preto - SP manteve o lançamento, negando provimento à impugnação por meio do Acórdão nº 8.447, de 24 de junho de 2005 (fls. 231/242), cuja ementa é a seguinte:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da Cofins para os fatos geradores ocorridos até 31 de janeiro de 1999 é a receita bruta mensal das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza obtidas pela pessoa jurídica e, a partir de 1º de fevereiro de 1999 em diante, a totalidade de suas receitas independentemente de suas naturezas e classificação contábil adotada para elas.

ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO.

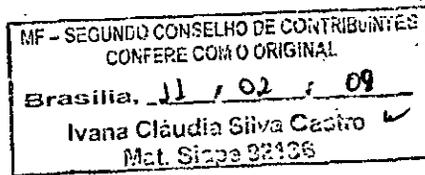
O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), por constituir-se em parte integrante do preço das mercadorias, integra o faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo da Cofins.

JUROS DE MORA. SELIC.

A exigência de juros de mora com base na taxa Selic está em total consonância com o Código Tributário Nacional.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL.





O percentual da multa no lançamento de ofício é previsto legalmente, não cabendo sua graduação subjetiva em âmbito administrativo.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/1996 a 30/09/1996

Ementa: DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais é de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ementa: DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais é de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado.

IMUNIDADE. ENTIDADES DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS.

Somente são imunes das contribuições para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Lançamento Procedente".

A contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 252/282) reiterando as mesmas razões contidas na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro IVAN ALLEGRETTI, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

I. Decadência

Deve ser reconhecida a decadência de parte do lançamento.

Por ter havido o adiantamento do recolhimento, configura-se o lançamento por homologação, de modo que a contagem da decadência deve ser feita na forma do art. 150, § 4º, CTN, tomando como data de início o dia da ocorrência do fato gerador.

O transcurso do prazo de 5 anos previsto no art. 150, § 4º, CTN, sem que tenha havido manifestação do Fisco, implica extinção definitiva do crédito tributário (também por força do art. 156, VII, do CTN), de modo que o Fisco não pode mais pretender lançar o crédito.

Este é o entendimento adotado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se confere nos seguintes precedentes:

*"NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS. DECADÊNCIA.
- O prazo de decadência para lançamento do PIS é de cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador. Recurso especial negado."*

(Recurso Especial do Procurador nº 203-12.024, acórdão CSRF 02-02.199, julgado em 24/01/2006, relator Conselheiro Antonio Carlos Atulim)

"PIS - DECADÊNCIA - Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, decai, no lapso de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador na conformidade do art. 150, § 4º do CTN, o direito de a fazenda Pública constituir o crédito tributário correlato. Recurso negado."

(Recurso de Divergência do Procurador nº 201-116.145, acórdão CSRF 02-01.786, julgado em 24/01/2005, relator Conselheiro Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva)

"COFINS - DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda Pública constituir crédito tributário sujeito a homologação, extingue-se em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Recurso negado."

(Recurso de Divergência do Procurador nº 201-0.362, acórdão CSRF 02-02.091, julgado em 21/01/2002, relator Conselheiro Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva)

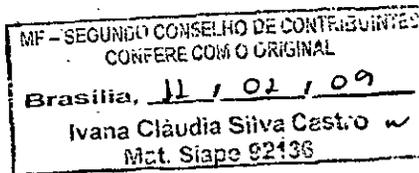
Assim, deve ser reconhecida a decadência do direito de lançar quanto aos fatos geradores ocorridos mais de cinco anos antes da notificação do auto de infração.

Neste caso, tendo em vista que a contribuinte foi notificada em 30/11/2001, o lançamento não pode alcançar os fatos geradores ocorridos nas competências 10/96 e anteriores, por força dos arts. 150, § 4º, e 156, VII, do CTN.

Reconheço, assim, a decadência do lançamento quanto aos fatos geradores dos períodos 10/96 e anteriores, cancelando o lançamento em relação a esta parte.

II. A natureza das receitas submetidas à tributação

No TERMO DE CONCLUSÃO FISCAL (fls. 15/17) a fiscalização informa que, *"solicitado esclarecimento sobre a natureza dessas receitas omitidas. Apresentou carta resposta em 26/10/2001, onde informa que as comissões pagas pela fábrica sobre o faturamento/vendas efetuadas diretamente ao consumidor, cujos veículos são entregues através da contribuinte fiscalizada (Concessionária-Distribuidora). Outras referem-se a subsídio de vendas, estes lançados nas contas: que se operam por meio de complementação ao preço real praticado pela concessionária. Outras referem-se à contribuição que a Ford Brasil repassou à ora fiscalizada, referente a determinados*



veículos, com o intuito de capitalizá-la. (...) Posteriormente, analisando os livros no período de apuração 01/02/1999 a 30/04/2001, constatamos a existência das contas (...) – Encargos Financeiros C. Prazo-F. Plan da matriz e filial, esta conta é despesa e registra a débito os juros debitados pela Ford e a crédito o incentivo 'Juros Floor Plan'." (fls. 15/16).

Note-se que o auto de infração discutido no presente processo administrativo refere-se aos fatos geradores de 30/06/1996 a 30/11/1998. Não trata do período de apuração de 01/02/1999 a 30/04/2001, motivo pelo qual não se enfrenta a questão da inclusão ou não dos Juros Floor Plan na base de cálculo das contribuições, por não ter sido objeto de lançamento em análise.

O objeto do lançamento em discussão, conforme esclarece o TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL (fls. 36/37), são "os valores recebidos da Ford Brasil Ltda. CNPJ (...), a título de Incentivo Auto Latina conta 3.1.03.03.0001, Contribuição Montadora conta 3.2.01.02.0001, Cont. Montadora conta 3.2.01.02.0001, Cont. Montadora conta 3.2.01.01.0014" e que "essas rubricas representam real faturamento da contribuinte, posto que são subsídios de venda concedidos pela fábrica, que se operam por meio de complemento ao preço real praticado pela concessionária e que erroneamente não foram incluídos na base de cálculo do PIS e da COFINS".

A contribuinte explicou o seguinte a respeito destas três rubricas:

1 – Contribuição sobre Venda Direta

Esta conta refere-se a retorno de vendas diretas de veículos ao consumidor através da Montadora (Ford Brasil Ltda.), cujos veículos são entregues aos clientes através do Distribuidor (Luwasa).

2 – Incentivo Ford

Esta conta refere-se aos incentivos que a Montadora (Ford Brasil Ltda) repassa ao Distribuidor (Luwasa), para melhor adequar determinado produto (veículo) ao mercado, devido ao produto ser de baixo giro, ou de pouca aceitação no mercado, diminuindo assim um pouco de prejuízo do distribuidor, atuando como redutor de custo.

3 – Contribuição da Montadora

Esta conta refere-se a contribuição que a Montadora (Ford do Brasil Ltda.) repassa para o Distribuidor (Luwasa), para determinados veículos (Plano de Capitalização), com o intuito de capitalizar o Distribuidor, sendo que o Distribuidor (Luwasa) também tem que fazer um depósito em uma conta do Plano, para efetivar a capitalização."

A par de tal contexto, o recurso voluntário sustenta que "as diferenças apuradas pelo fisco não são decorrentes de vendas de mercadorias ou de prestação de serviços realizados pela empresa. Decorrem de subsídios e incentivos a título de bônus recebidos do fabricante das mercadorias que revende", de modo que "não cabe ao fisco ampliar a base de cálculo do tributo, baseando-se numa interpretação extensiva que resulta na alteração de um conceito" (fl. 197).

Entendo que, no caso da contribuição sobre Venda Direta, fica patente sua natureza de receita decorrente da prestação de serviço, sendo ela uma espécie de comissão paga

Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

Quanto ao mais, não procede o argumento da contribuinte, por ser da própria natureza da contribuição ao PIS e da Cofins o efeito cumulativo.

O fato gerador de ambas é o faturamento – um fato interno, uma realidade contábil.

O faturamento da empresa é a receita bruta decorrente da venda de bens e de serviços – conceito em relação ao qual não interferem os custos de aquisição de produtos e serviços nem o fato de ter havido a incidência das mesmas contribuições sobre o faturamento da empresa que forneceu o produto ou prestou um serviço.

De maneira inexorável, a receita gerada pela venda de um bem ou de serviços irá compor o faturamento da empresa e será submetida à incidência de PIS e de Cofins.

A cumulatividade, portanto, é um efeito que decorre e é inerente ao fato gerador do PIS e da Cofins.

A sistemática não-cumulativa instituída pelas Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003 constitui um regime alternativo que não altera a natureza da incidência, mas apenas busca amenizar a carga tributária de alguns setores, criando hipóteses legais de geração de créditos que podem ser utilizados para o pagamento das contribuições devidas.

Por tais motivos, entendo ser improcedente a alegação da contribuinte.

IV. A impossibilidade da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins

Em seu recurso, a contribuinte sustenta a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, por violação ao conceito de faturamento contido no art. 195 da Constituição de 1988.

A propósito da questão, este Segundo Conselho de Contribuintes já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de tal pretensão, conforme se verifica, exemplificativamente, nas seguintes omentas:

“COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91.

Recurso ao qual se nega provimento.”

(Acórdão n.º 203-08.745, Relatora Maria Teresa Martínez López, j. em 18/03/2003 – grifo editado)

"COFINS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

MATÉRIA CONSTITUCIONAL - É vedado aos tribunais administrativos apreciar a constitucionalidade ou legalidade dos atos legais regularmente editados pelo Poder Legislativo.

ENCARGOS LEGAIS - Não há como contestar sua cobrança, quando constituídos de acordo com as normas legais que regem a matéria. Recurso negado."

(Acórdão nº 203-09.618, Relator Valdemar Ludvig, j. em 15/06/2004 – grifo editado)

"COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. O ICMS compõe o faturamento da empresa, não existindo previsão legal que possibilite sua exclusão legal da base de cálculo para a Cofins, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº REsp 152.736/SP, com acórdão publicado no DJU, Seção I, de 16/02/98.

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não há previsão legal para excluir da base de cálculo da Cofins a parcela do ICMS cobrada pelo intermediário (contribuinte substituído) da cadeia de substituição tributária do comerciante varejista. O ICMS integra o preço da venda da mercadoria, e, estando agregado ao mesmo, inclui-se na receita bruta ou faturamento. Recurso negado."

(Acórdão nº 202-16.994, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, j. em 28/03/2006)

"COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2 da Lei Complementar nr. 07/70.

MULTA - Reduz-se a penalidade aplicada, por força do art. 106, inciso II, do CTN, c/c o art. 44, inciso I, da Lei nr. 9.430/96.

Recurso provido em parte."

(Acórdão nº 201-71.269, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho, j. em 09/12/1997)

"COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso negado."

(Acórdão nº 204-01.837, Relator Jorge Freire, j. em 18/10/2006)

Também no âmbito do judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo seu papel de uniformização da jurisprudência, consolidou entendimento no sentido de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins.

Confira-se, exemplificativamente, os seguintes julgamentos:

“TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.
2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.
3. Recurso especial improvido.”

(Resp 501626/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2003, DJ de 15.09.2003 p. 301)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS: EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento em face de acórdão a quo segundo o qual não são possíveis de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a outras pessoas jurídicas. Asseverou, também, com base nas Súmulas nºs 68 e 94 do STJ, estar pacificado o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS.
2. Se o comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP nº 1.991-18/2000. Não comete violação do art. 97, IV, do CTN o decisório que em decorrência deste fato não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.
3. In casu, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

4. *Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas n.ºs 68 e 94/STJ, respectivamente: 'a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS' e 'a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.'* 5. *Precedentes desta Corte Superior.*

6. *Agravo regimental não-provido."*

(AgRg no Ag 750.493/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ de 08.06.2006)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI n.º 9.718/98. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000. REVOGAÇÃO. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SÚMULA 83 DO STJ.

1. A jurisprudência firmada na 1ª Seção desta Corte é a de que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94/STJ (AG 520431, Rel. Ministro João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ de 24.05.04; AGREsp 463.629/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ de 06/01/03).

2. 'A exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, visto que condicionada a regulamento do Poder Executivo, o qual não veio a ser editado até o advento da Medida Provisória n.º 1.991-18/2000, que, por sua vez, a revogou (cf. REsp 502.263/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 13.10.03; REsp 512.232/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20.10.03)'. (RESP 641377, Rel. Min. Franciulli Neto, 29/11/2004) 3. *Agravo regimental desprovido."*

(AgRg no Ag 667.170/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ de 12.09.2005 p. 224)

Sabe-se que a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins ganhou novo fôlego com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, ainda em andamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que não houve desfecho deste julgamento, não se podendo ainda dizer que exista entendimento firmado pelo STF a respeito do tema.

De outro lado, conforme ilustrado acima, é entendimento consolidado das Câmaras deste Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça que não há respaldo legal para a exclusão do ICMS.

Some-se a isto, conforme esclarecido no início do voto, que este tribunal administrativo não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Deve, por isso, prevalecer o entendimento sedimentado na jurisprudência, de que o ICMS integra o preço do produto, de sorte que o valor total da nota fiscal deve ser tomado como faturamento, sofrendo a incidência da Cofins.

Nada obstante o ICMS componha parte do valor que se recebe pela venda do produto, isto não implica redução do preço de venda, e é este preço de venda que compõe o faturamento sobre o qual incide a Cofins.

Entendo, ademais, que discussão quanto à decadência fica prejudicada, tendo em vista a improcedência do direito da contribuinte quanto ao mérito.

V. A multa de ofício

Também não procede a alegação da contribuinte de que a aplicação da multa de ofício de 75% não seria possível em face da vedação constitucional ao efeito de confisco e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Primeiro porque o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que contém o princípio da vedação ao efeito de confisco, refere-se expressamente a tributos, não se aplicando às multas punitivas.

O texto do art. 3º do Código Tributário Nacional revela as características essenciais da natureza do tributo, ao dispor que "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*" (grifo editado).

A multa de ofício, por sua vez, configura sanção cuja finalidade é punir a conduta ilícita do contribuinte, não se lhe aplicando, por isso, o princípio constitucional do não confisco.

Assim, a limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se aplica às penalidades, porquanto seja evidente a natureza punitivo-repressora destas últimas.

Quanto à alegação de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, percebe-se que o agente fiscal limitou-se a aplicar a legislação tributária vigente, levando a efeito a punição estipulada pelo legislador.

A lei não confere qualquer âmbito de discricionariedade ao agente administrativo, nem ao julgador, no tocante à dosimetria desta punição – ou se lhe aplica, ou não – sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da punição, por dever de ofício.

Não há, pois, como cogitar que o lançamento fiscal teria violado o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Deve-se, aliás, partir do princípio de que o legislador levou em conta a gradação adequada quando estabeleceu o percentual mínimo da multa de ofício.

Ou, quando muito, poderia ser alegada a inconstitucionalidade da própria lei que prevê a multa de ofício no percentual de 75%, o que necessariamente teria de ser feito por meio de ação judicial, tendo em vista que apenas o Poder Judiciário tem competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei.

Isto porque o Conselho de Contribuintes, por ser um tribunal administrativo, não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.

Aliás, dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007) que "No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade".

Também a Súmula nº 2 deste prevê que "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

Por tais motivos, conclui-se pela manutenção da aplicação da multa de ofício de 75%.

VI. A aplicação da taxa Selic

A recorrente também pretende afastar a aplicação da taxa Selic argumentando que o limite máximo dos juros aplicáveis seria de 1%, previsto no art. 161 do CTN, e porque a aplicação da Selic seria ilegal e inconstitucional, pois não se poderia aplicar juros de caráter indenizatório ou remuneratório para a atualização de tributos.

Ocorre que a aplicação da taxa Selic é determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065/95 e pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, dispositivos de lei que se encontram em vigor, não tendo sido revogados nem julgados inconstitucionais, sendo por isso de aplicação obrigatória pelos agentes públicos, conforme exigido pelo art. 142 do CTN.

Com efeito, na medida em que a atividade do lançamento é estritamente vinculada à aplicação da lei, é dever do agente fiscal aplicar as normas vigentes.

A propósito da inviabilidade de este Conselho de Contribuintes afastar a aplicação de uma lei que goza da presunção de constitucionalidade, faço minhas as razões de decidir do Conselheiro Antonio Zomer, proferidas no julgamento do Recurso Voluntário nº 128.259 (Acórdão nº 202-16.572, j. em 19/10/2005):

"De outro lado, os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, de forma que às instâncias administrativas não é dado negar aplicação a dispositivos da legislação tributária, em decorrência de alegados vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Portanto, de acordo com a previsão contida nos incisos I, 'a', e III, 'b', do art. 102 da Constituição Federal de 1988, é na via judicial e não na administrativa que a recorrente deve apresentar sua inconformidade com a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic.

É neste sentido que se posiciona a jurisprudência administrativa dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bastando aqui citar o Acórdão nº 202-15.431, de 16/02/2004, cuja ementa tem o seguinte teor:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

O professor Hugo de Brito Machado, no livro Temas de Direito Tributário, Vol. (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 134), analisando esta questão, assim se posiciona:

Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, art. 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Ademais, não é na Lei nº 9.430/96 que se respalda a imposição da Taxa Selic como juros de mora, mas no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20/06/1995, que assim determina:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea 'c' do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o Art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea 'a.2', da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. Desta forma, estando fundada em lei constitucionalmente válida, mantém-se a exigência dos juros de mora, calculados pela taxa Selic, como consta do auto de infração impugnado."

De outro lado, o disposto no art. 161, § 1º, do CTN não estabelece um limitador, como se pode verificar de sua própria redação:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

Resta claro que o dispositivo não veicula um limitador do percentual de juros aplicável, mas estabelece uma regra geral que seria aplicável caso não houvesse uma disposição específica em lei, dispondo de modo diverso.

Como visto, tanto a Lei nº 9.065/95 como a Lei nº 9.430/96 cumprem este papel, dispondo no sentido da aplicação da taxa Selic.

Por tais motivos, deve ser mantida a aplicação da taxa Selic.

VII. Conclusão



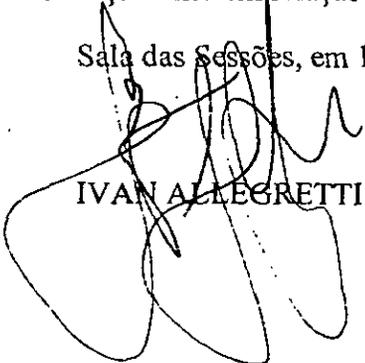
Processo nº 10840.003317/2001-59
Acórdão n.º 202-18.763

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11, 02, 08
Ivana Cláudia Silva Castro ~
Mat. Siage 92136

CC02/C02
Fls. 307

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer a decadência do lançamento quanto aos fatos geradores dos períodos 10/96 e anteriores, cancelando o lançamento em relação a esta parte.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.



IVAN ALLEGRETTI