



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n° 10840.003319/2001-48
Recurso n° 136.232 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão n° 204-02.376
Sessão de 26 de abril de 2007.
Recorrente LUWASA LUFTALA WADHY COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto-SP

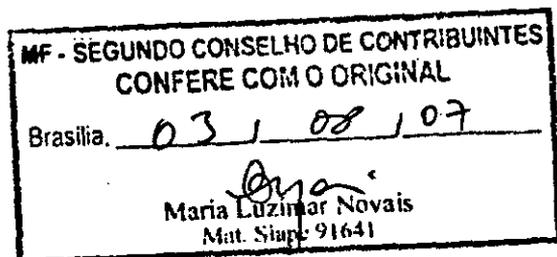
MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 12/08/07
Rubrica

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03/08/07
Maria Luzimar Novais
Mat. Siage 91641

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA EM RAZÃO DE NÃO TER APRECIADO ARGUMENTO RELATIVO A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. INOCORRÊNCIA. Não é nula a decisão administrativa de primeira instância que deixa de apreciar as alegações relativas a supostas inconstitucionalidades. A apreciação de matéria constitucional é vedada ao órgão administrativo de julgamento, a teor do disposto na Portaria MF n° 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

COFINS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. O prazo de decadência da Contribuição destinada ao Financiamento da Seguridade Social – Cofins é de dez anos, conforme previsto pelo artigo 45 da Lei n° 8.212/91. Ao julgador administrativo é defeso o exame de matéria constitucional, nos termos do que dispõe o artigo 22A Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. CUMULATIVIDADE DA COFINS E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. IMPOSSIBILIDADE. A apreciação de matéria constitucional é vedada ao órgão administrativo de julgamento, a teor do disposto na Portaria MF n° 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.



BASE DE CÁLCULO. ICMS NORMAL. INCLUSÃO. O ICMS normal integra a base de cálculo da Cofins, nos termos do disposto no art. 3º da Medida Provisória nº 1.212/95. Matéria pacificada no STJ (Súmula 68). Não havendo "entendimento inequívoco" do e. STF, tendo em vista que o julgamento do RE nº 240.785 não foi sequer concluído, não se aplica o disposto no Decreto nº 2.346/97.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA CONFISCATÓRIA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. TAXA SELIC. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL DIVERSO DO ESTABELECIDO EM LEI. O pedido de aplicação de percentual de multa diverso daquele previsto em Lei, por supostamente ter caráter confiscatório, e de exclusão da Taxa Selic, não pode ser conhecido no âmbito administrativo, tendo em vista que o exame da constitucionalidade da norma transborda a competência dos Conselhos de Contribuintes, a teor do disposto na Portaria MF nº 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Leonardo Siade Manzan, Júlio César Alves Ramos e Airton Adelar Hack.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 03, 08, 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Sijpc 91641

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por Luwasa Luftala Wahdy Comércio de Automóveis contra decisão da Quinta Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto - SP, que julgou procedente o lançamento consubstanciado em auto de infração lavrado para formalizar exigência de Cofins, relativa a períodos de apuração do ano de 1996, 1997 e 1998.

Os fatos encontram-se assim descritos no relatório que compõe a decisão recorrida:

Contra a empresa acima qualificada foi emitido o auto de infração de fls. 08/14 que lhe exigiu Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), com base em diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, nos termos do relatório de descrição dos fatos e do termo de conclusão (fls. 11/16), correspondente a períodos de 1998.

Lançaram-se os valores de R\$ 1.107,16 de Cofins e R\$ 622,04 de juros de mora e R\$ 830,33 de multa proporcional (passível de redução), totalizando R\$ 2.559,53.

Baseou-se a autoridade fiscal no Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, art. 77, III; Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 149; Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, art. 1º. Relativamente à multa e aos juros de mora, a base de cálculo acha-se capitulada no demonstrativo de fl. 13.

Conforme relatado no termo antes referido, após proceder as verificações específicas, constatou a autoridade fiscal que a contribuinte deixou de oferecer à tributação valores recebidos da Ford Brasil Ltda.

Tais valores foram obtidos por meio de consulta ao sistema de controle de Imposto de Renda na Fonte, que traz importâncias pagas à contribuinte, informadas pela fonte pagadora.

Referidos valores referem-se, segundo termo de conclusão, a comissões, incentivos e outras rendas, tais como "juros floor plan", "contribuição da montadora", correspondentes a comissões pagas pela fábrica sobre o faturamento efetuado diretamente ao consumidor, complementação ao preço real praticado pela concessionária e contribuição repassada para fins de capitalização da contribuinte.

Tais verbas, conforme o autor do procedimento, representam real faturamento, pois trata-se de subsídios de venda concedidos pela fábrica, pela via de complementação ao preço real praticado pela concessionária, não incluídos na base de cálculo da Cofins e do PIS.

Consignou a autoridade fiscal que em vista da determinação de centralizarem-se os recolhimentos de tributos a partir de janeiro de 1999, o presente processo contemplou os períodos até dezembro de 1998, em vista de tratar-se de filial.

Irresignada com a imposição tributária, ingressou a contribuinte com a impugnação de fls. 108/119, com as alegações a seguir expostas:

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

A DRJ em Ribeirão Preto - SP manteve o lançamento, em decisão assim

ementada:

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.*

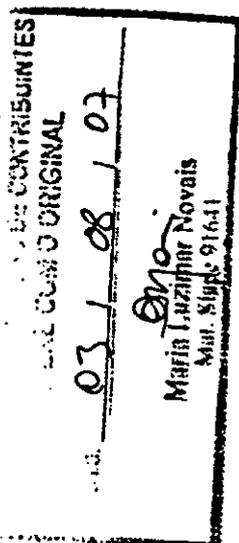
ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO *O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), por constituir-se em parte integrante do preço das mercadorias, integra o faturamento e, conseqüentemente, 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.*

Lançamento procedente.



Contra a referida decisão, a Recorrente apresentou o competente recurso voluntário ora em julgamento. Em sede preliminar requereu a nulidade da decisão recorrida e o reconhecimento da decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1996. No mérito, reiterou e reforçou seus argumentos expendidos na impugnação.

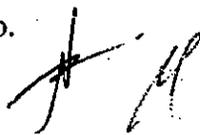
Vale destacar que, no seu recurso voluntário, a despeito do que sustentou em sua impugnação, a Recorrente não se insurgiu contra a parte da decisão da DRJ relativa à manutenção da exigência sobre os valores recebidos a título de "bônus" concedido pela montadora, como uma espécie de desconto contabilizado como receita.

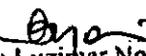
Tendo em vista que a fiscalização efetuou as verificações obrigatórias também em relação ao Imposto sobre a Renda, o recurso foi distribuído para o Primeiro conselho de Contribuintes. Sorteados para a Ilma. Conselheira Renata Sucupira Duarte, restou constatado que não houve infrações à legislação do Imposto de Renda, tendo a recorrente devidamente contabilizado todos os valores pagos e declarados pela empresa Ford do Brasil Ltda., nas contas de receitas. No despacho proferido, constatou-se, ainda, que se tratava de lançamento autônomo para exigência de diferenças apuradas a título de Cofins. Por esta razão, os autos foram remetidos ao Segundo Conselho de Contribuintes.

Em conformidade com a IN/SRF n.º 264/2002 arrolou bens e direitos no valor equivalente a 30% da exigência fiscal mantida, para seguimento do presente recurso interposto. O arrolamento de bens será controlado pelo Processo Administrativo n.º 13853.000138/2005-32.

Enquanto o processo estava aguardando julgamento do recurso voluntário, a Recorrente apresentou petição informando que "o Supremo Tribunal Federal (..) está a firmar posicionamento, nos autos do Recurso Extraordinário 240.785, no sentido de que não é possível a incidência de PIS levando-se em consideração na sua base de cálculo o ICMS"

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. 03 / 08 / 07
 Maria Luzimar Novais Mat. Supl. 91641

Voto

Conselheiro FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A Recorrente sustenta, em sede preliminar, que a decisão proferida pela DRJ é nula, tendo em vista que a d. autoridade julgadora de primeira instância deixou de apreciar as alegações de inconstitucionalidade argüidas na impugnação.

Vale destacar que a decisão de primeira instância deixou de apreciar a alegação da Recorrente, sob o fundamento de que se tratava de argüição de inconstitucionalidade. Portanto, a falta de apreciação foi devidamente fundamentada pelo órgão julgador de primeira instância, pelo que não há nulidade a ser decretada.

~~A apreciação de matéria constitucional também é vedada a este órgão administrativo de julgamento, nos termos do que dispõe o art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.~~

Importante notar que não se trata de aplicação de entendimento inequívoco do Supremo Tribunal Federal, ao qual está submetida a autoridade administrativa, conforme estabelece o Decreto n.º 2.346/97.

Desta forma, insubsistente a alegação de nulidade da decisão recorrida.

Além da preliminar de nulidade da decisão recorrida, a Recorrente requer seja declarada a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário 1996. Ocorre, no entanto, que, para declarar a decadência da Cofins, seria necessário o confronto das disposições do art. 45 da Lei n.º 8.212/91 com as disposições do art. 150, § 4º do CTN, o que igualmente é defeso ao julgador administrativo, a teor do disposto na Portaria MF n.º 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, por envolver exame de constitucionalidade de normas em decorrência da aplicação do princípio da hierarquia.

Com efeito, o controle de legalidade do ato administrativo atribuído pelo art. 2º da Lei n.º 9.784/99 somente pode ser exercido no âmbito dos Conselhos de Contribuintes para afastar a aplicação de determinada lei ao caso concreto se este, em razão da melhor interpretação da lei, não se subsumir à hipótese nela descrita.

Foi esta a razão, apenas a título de esclarecimento, que levou a colenda 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais a acatar a decadência de 5 (cinco) anos apenas para a Contribuição devida ao PIS, não incluída no rol das contribuições previsto pelo art. 45 da Lei n.º 8.212/91, sob a consideração de que somente as contribuições sociais recepcionadas pelo art. 195, inciso I da CF/88, dentre elas a Cofins, estariam abrangidas pelas disposições da citada lei.

Com estas considerações, afasto a preliminar de decadência.

No mérito, a primeira questão a ser enfrentada é sobre a possibilidade de excluir do cálculo da Cofins, os valores referentes ao custo de aquisição das mercadorias.

Brasília, 03 / 08 / 07


Maria Luzimar Novais
Mat. SIAPE 91641

CC02/C04
Fls. 7

Pretende a recorrente seja reconhecida a incidência da Cofins somente sobre o valor agregado ao preço de venda e, por conseguinte, autorizada a possibilidade de recolhimento da Cofins pela sistemática da não-cumulatividade. Nesse sentido alega que a incidência cumulativa da Cofins é inconstitucional, pois fere o princípio da capacidade contributiva.

Todavia, a alegação de que a incidência cumulativa da Cofins fere o princípio constitucional da capacidade contributiva não pode ser apreciada nesta instância administrativa de julgamento. A discussão acerca da constitucionalidade dos referidos diplomas legais transbordara competência deste Conselho de Contribuintes, a teor do disposto na Portaria MF 103/02, razão que impede o seu conhecimento nesta instância administrativa de julgamento.

E, ainda, a sistemática não-cumulativa da Cofins entrou em vigor somente com a edição da Lei nº 10.833/03 e, portanto, não se aplica ao caso dos autos.

Argumenta, ainda, a recorrente, que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da Cofins, posto que não pode ser considerado como "faturamento".

A inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins não é uma questão nova na jurisprudência dos tribunais pátrios. O e. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou súmula sobre a matéria, assim enunciada:

"Súmula 68.

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

A despeito da existência da Súmula do e. STJ, recentemente, em 24/8/2006, a questão foi novamente levada ao e. Supremo Tribunal Federal, que, em Sessão Planária, iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Neste julgamento, seis Ministros proferiram voto no sentido de que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

É importante notar que o STF, por diversas vezes, já havia apreciado a questão da incidência de tributo sobre tributo. Neste sentido, é elucidativo o voto do Min. Ilmar Galvão, proferido nos autos do RE 212.209-2:

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, não é a primeira vez que essa questão é discutida no Supremo Tribunal Federal. Já tive ocasião de relatar casos análogos, não só aqui mas também no STJ. Esse, aliás, não poderia ser assunto novo, se o DL nº 406 está em vigor há trinta anos. Não seria somente agora que o fenômeno da superposição do próprio ICMS haveria de ser identificado.

Vale dizer que, se a tese ora exposta neste recurso viesse a prevalecer, teríamos, a partir de agora, na prática, um novo imposto. Trinta anos de erro no cálculo do tributo.

Em votos anteriores, tenho assinalado que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo, salvo a exceção, que é a única, do inciso XI do

parágrafo 2º do art. 155 da Constituição, onde está disposto que o ICMS não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos.

Aliás, como assinalou o eminente Ministro Moreira Alves, o princípio da não-cumulatividade aplicável ao ICMS não tem outro sentido senão e justamente impedir a tributação em cascata, é um meio de compensar o que se pagou pelo mesmo tributo anteriormente. Por meio da compensação, anula-se praticamente a incidência do ICMS sobre o tributo que integra o preço da mercadoria relativamente a operações anteriores.

Se, na verdade, não pudesse haver tributo embutido na base de cálculo de um outro tributo, então não teríamos que considerar apenas o ICMS, mas todos os outros. O problema se mostra relativamente à contribuição para o IAA e para o IBC, não havendo como afastar essas contribuições da base de cálculo do ICMS.

Por que então, o problema em torno do ICMS sobre o ICMS e não do ICMS sobre o IPI, sobre as contribuições (COFINS, PIS)? Na verdade, o preço da mercadoria, que serve de base de cálculo ao ICMS, é formado de uma série de fatores: o custo; as despesas com aluguel, empregados, energia elétrica; o lucro; e, obviamente, o imposto pago anteriormente. O problema, diria que é ate de ordem pragmática, em face da dificuldade, quase incontornável, de eliminar-se da base de cálculo de um tributo tudo que decorreu de tributação.

O inciso do art. 34 do ADCT, sobre energia elétrica, é a prova do afirmado, ao estabelecer que o imposto é cobrado sobre o valor da operação final. É assim que o ICMS incide.

Peço vênia, portanto, para não conhecer do recurso.

O voto acima transcrito demonstra como a questão é antiga e bastante conhecida dos tribunais.

Embora já tenham sido proferidos seis votos favoráveis ao que pretende a Recorrente, nos autos do RE nº 240.785, a questão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins ainda não foi decidida pelo e. STF, já que o julgamento está em curso, de forma que ainda há presunção de constitucionalidade da norma.

Cumprе observar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é do Supremo Tribunal Federal, cabendo aos órgãos administrativos aplicar o entendimento por ele firmado.

Neste sentido dispõe o Decreto nº 2.346/97, nestes termos:

“Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto”.

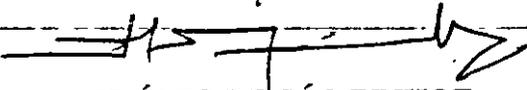
Portanto, somente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, fixando de forma "inequívoca e definitiva" a interpretação do texto constitucional é que a sua observância será obrigatória, nos termos do Decreto 2.346/97.

Desta forma, referida discussão transborda a competência deste Conselho de Contribuintes, pelo que não deve ser conhecida nesta instância administrativa de julgamento.

Por fim, a alegada inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora e do caráter confiscatório da multa de ofício, que ofenderia os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, igualmente, não pode ser apreciada nesta instância administrativa, por envolver exame de constitucionalidade de normas.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2007.


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. 03 / 08 / 07

Mária Luzimar Novais
Mat. S/Ape 91641