



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES

2.ª	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 29 / 03 / 19 99
C	St Rubrica

Processo : 10980.011228/96-17
Acórdão : 201-71.414

Sessão : 17 de fevereiro de 1998
Recurso : 104.428
Recorrente : DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE - Caracteriza preterição do direito de defesa do contribuinte a não apreciação, na decisão singular, de matéria impugnada. **Processo que se anula, a partir da decisão monocrática, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em anular o processo, a partir da decisão monocrática, inclusive.** Vencidos os Conselheiros Serafim Fernandes Correa, Jorge Freire e Luiza Helena Galante de Moraes, que entenderam que a autoridade julgadora enfrentou os argumentos da defesa.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 1998


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Expedito Terceiro Jorge Filho
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Valdemar Ludvig, Geber Moreira e Sérgio Gomes Velloso.

Fclb/mas/CF/GB



Processo : 10980.011228/96-17

Acórdão : 201-71.414

Recurso : 104.428

Recorrente : DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

“Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto à empresa acima qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 261/277, que exige o valor de 1.735.463,64 UFIR de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, e 1.735.463,64 UFIR de multa de lançamento de ofício, prevista no art. 4º, inciso I da Lei nº 8.218/91, referente ao período de apuração de janeiro/94 a dezembro/94, e de R\$ 2.966.478,19 de contribuição e R\$ 2.966.478,19 de multa de lançamento de ofício, relativo ao período de apuração janeiro/95 a agosto/96, além dos acréscimos legais.

A autuação se deve a recolhimento a menor que o devido, em face exclusão do ICMS da base de cálculo, tendo como fundamento legal os artigos 1º a 5º da Lei Complementar nº 70/91.

Tempestivamente, a autuada, por intermédio de seu representante legal (mandato de fls. 294), interpôs a impugnação de fls. 281/293, instruída com os elementos de fls. 295/302, cujo teor é sintetizado a seguir.

Contesta a autuação em face da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS. Argumenta que essa contribuição incide sobre o faturamento, assim consideradas receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços de qualquer natureza, por expressa disposição da LC nº 70/91; que por faturamento (receita bruta) deve-se entender toda aquela receita que, embora sujeita a abatimentos, passa a integrar o patrimônio da empresa; que os impostos indiretos por ela recebidos, assim como os valores recebidos por cancelamento de vendas, devolução de mercadorias, estorno de crédito, além das decorrentes de naturais e legais descontos de custos (matéria-prima, mão-de-obra, etc.) não integram a sua receita, e por consequência, a base de cálculo da COFINS. Entende que, se o ICMS, tanto quanto o IPI, é cobrado do consumidor final, não a título de receita, mas de recolhimento antecipado para posterior transferência ou encontro de contas com o Poder Público, não poderia ser incluído no conceito de faturamento (receita bruta).

Cita o art. 179 do RIR/80 e artigo 14 da Lei nº 8.541/92, para endossar seu entendimento de que o ICMS, assim como o IPI, sendo um



Processo : 10980.011228/96-17
Acórdão : 201-71.414

imposto não-cumulativo, não integra o valor da receita bruta. Afirma que, se a impugnante repassou ao consumidor o valor do ICMS, adicionando-o ao preço da mercadoria, para posterior recolhimento aos Cofres Públicos, sem prévia declaração ou notificação (lançamento por homologação, ou auto-lançamento) não se pode dizer que o respectivo montante tenha integrado a sua receita, pois trata-se de receita do Estado.

Alega que é princípio implícito da tributação a necessidade de que os tributos recaiam sobre fatos que expressem signos presuntivos de riqueza, ou seja, que toda atividade tributária deva estar ancorada em fatos que sejam passíveis de apreciação econômica (artigos 153 a 155 da Constituição); que este princípio é decorrente da garantia constitucional ao direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal), da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco (artigo 150, inciso IV da C.F.) e do princípio da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º da C.F.).

Entende, portanto, que como o ICMS não representa riqueza da impugnante, sobre ele não poderia incidir a COFINS, pois estar-se-ia utilizando tributo com efeito confiscatório. Argumenta que a própria administração pública já admitiu, por meio da IN SRF nº 51/78, embora o ICMS não tenha sido mencionado expressamente, que os tributos indiretos (não-cumulativos) não podem integrar a receita bruta e, que a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Civil nº 90.02.09323-3/RJ, decidiu que o ICMS não pode integrar a base de cálculo do FINSOCIAL, também incidente sobre o faturamento para as empresas comerciais.

Entende que não caberia a alegação, com base na Súmula nº 68 do STJ ("a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS"), de que estaria autorizada a sua exigência sobre a parcela referente ao ICMS, uma vez que: a referida súmula aplica-se única e exclusivamente ao PIS; tal entendimento do STJ decorre de posição jurisprudencial anterior à edição da Lei nº 8.541/92; o Sistema Tributário Nacional consagrou, ainda que implicitamente, o princípio segundo o qual só é dado aos entes tributantes a possibilidade de exigir tributos sobre fatos signo-presuntivos de riquezas.

Aduz que o artigo 195 da Constituição Federal, ao tratar das formas de financiamento da seguridade social, faz alusão expressa ao termo "faturamento", cujo sentido, pelo qual deve ser entendido, estaria delimitado pelo artigo 14, § 4º da Lei nº 8.541/92, qual seja, na receita bruta (faturamento) não se incluem, dentre outros, os impostos não-cumulativos, como é o caso do ICMS.



Processo : 10980.011228/96-17
Acórdão : 201-71.414

Transcreve ementa de decisão do Recurso Extraordinário nº 450-755-1, de Pernambuco, ao apreciar recurso pertinente ao FINSOCIAL relativo às empresas prestadoras de serviços, em que demonstra o entendimento do STF no sentido de que faturamento e “receita bruta” se equívalem.

Contesta a multa de ofício, uma vez que, caso algo seja devido pela autuada, entende deveria ser aplicada a multa de mora de 20% prevista no art. 59 da Lei nº 8.383/91, mesmo que sua edição seja posterior a alguns fatos geradores, em face do disposto no artigo 106 do CTN; argumenta que a multa de 100% é manifestamente ofensiva ao princípio constitucional do não-confisco, consagrado implicitamente no artigo 5º, inciso XXII da Constituição; caso não entenda não haver a limitação de que trata o artigo 58 da Lei nº 8.383/91, pleiteia a aplicação da multa de 30% fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio constitucional do não-confisco.”

O lançamento foi julgado procedente através da Decisão nº 2-141/97, cuja ementa transcrevo:

“PIS/FATURAMENTO - Períodos de apuração janeiro/94 a agosto/96

BASE DE CÁLCULO - O ICMS referente às operações próprias da empresa compõe o preço da operação e, conseqüentemente, o seu faturamento, não podendo ser excluído da base de cálculo da COFINS.

MULTA DE OFÍCIO - É aplicável a multa em conformidade com a legislação de regência, incidente sobre a diferença recolhida a menor ou, caso tenha declarado em DCTF valor maior que o efetivamente recolhido, sobre a diferença entre o valor devido e o declarado.

REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO PARA 75% - Em face do disposto no artigo 106, inciso II, letra “c” do CTN - Lei nº 5.172/66, é de se aplicar o disposto no artigo 44 da Lei nº 9.430/95, reduzindo-se, dessa forma, a multa de ofício de 100% para 75%.

AÇÃO FISCAL PROCEDENTE EM PARTE.”

Inconformada com a decisão monocrática, a recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, onde reitera os argumentos expendidos na impugnação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.011228/96-17

Acórdão : 201-71.414

Às fls.357, as Contra-Razões ao recurso voluntário ofertadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional que propugna pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.



Processo : 10980.011228/96-17
Acórdão : 201-71.414

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO

A ora autuada, em sua impugnação, argúi que a multa aplicada tem caráter confiscatório, sendo, assim, inconstitucional, por ferir o art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. Embasa sua tese citando o pensamento de alguns doutrinadores e em decisão proferida pelo STF que fixou em 30% o percentual de multa para infrações tributárias.

Ao concluir sua defesa, reitera seja aplicada a multa de 30%, caso não se aplique a multa prevista no art. 59 da Lei nº 8.383/91, em respeito ao princípio constitucional do não-confisco.

Acontece que a decisão singular não abordou a questão da inconstitucionalidade da multa, levantada pela empresa, nem manifestou-se acerca do pedido de aplicação da multa no percentual de 30%.

Diz o art. 31 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93, que “A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, **expressamente**, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, **bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências**. (destaquei)

Portanto, a decisão monocrática não atendeu ao disposto no artigo 31 acima transcrito.

Por sua vez o art. 59, *caput*, e inciso II, do mesmo decreto, estipula que:

“Art. 59 - São nulos:

I -

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa**.”(destaquei)

Claro está que a decisão, ao não se referir expressamente a uma das razões de defesa da impugnante, cerceou o direito de defesa da mesma, caracterizando-se, assim, a nulidade prevista no art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72.

Em face do exposto, voto no sentido de que seja anulado o processo, a partir da decisão recorrida, inclusive, para que nova seja prolatada, onde deve ser enfrentada todas as razões de defesa constantes da impugnação. Ressalto, ainda, que, se houver exigência relativa a valores declarados em DCTF e não recolhidos ou recolhidos a menor, que tal fique



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.011228/96-17

Acórdão : 201-71.414

especificado na decisão, inclusive constando os períodos de apuração e os respectivos valores da exigência.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 1998


EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO