



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.	339
C	Do 17/07/2000	
C		
Rubrica		

Processo : 11075.001242/96-24
Acórdão : 203-06.577

Sessão : 10 de maio de 2000
Recurso : 102.727
Recorrente : FARMÁCIA ALMEIDA LTDA.
Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS

COFINS – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO – Somente é nulo quando há a materialização de qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 c/ alterações da Lei nº 8.748/93 – **TRD. EXCLUSÃO** – Exclui-se a aplicação da TRD no período de 01/02/91 a 31/07/91 – **COMPENSAÇÃO** - a Contribuição para o FINSOCIAL, recolhida pela alíquota superior a 0,5%, pode ser compensada com a COFINS, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91 e do art. 16 da IN SRF nº 21/97 - **ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** - A declaração de inconstitucionalidade das Leis é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. – **BASE DE CÁLCULO** – O ICMS inclui a base de cálculo da COFINS ALÍQUOTA – Fixada em 2% pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 - **MULTA DE OFÍCIO** - A falta de recolhimento do tributo autoriza o lançamento “ex-officio” acrescido da respectiva multa nos percentuais fixados na legislação - **REDUÇÃO DA MULTA** - É cabível a redução da multa de ofício de 100% para 75%, de acordo com o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 c/c o art. 106, inciso II, alínea “c”, da Lei nº 5.172/66 – **CTN. Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: FARMÁCIA ALMEIDA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 10 de maio de 2000

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Daniel Correa Homem de Carvalho, Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, Renato Scalco Isquierdo, Mauro Wasilewski, Lina Maria Vieira, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente) e Sebastião Borges Taquary.

Eaal/ovrs



Processo : 11075.001242/96-24
Acórdão : 203-06.577

Recurso : 102.727
Recorrente : FARMÁCIA ALMEIDA LTDA.

RELATÓRIO

A empresa FARMÁCIA ALMEIDA LTDA é autuada pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, relativamente aos períodos de apuração de 01/94 a 02/94, 05/94, 07/94, 09/94, 12/94 e 01/95 a 07/96, exigindo-se, no auto de infração de fls. 01/02, a contribuição devida com os respectivos acréscimos moratórios e a multa de ofício, perfazendo o crédito tributário o total de 17.765,02 UFIR, para fatos geradores até 31/12/94 e de R\$ 55.129,92 para fatos geradores a partir de 01.01.95. Às fls. 03, estão especificados os respectivos fatos geradores, valores tributáveis e o correspondente enquadramento legal.

Na impugnação de fls. 45/60, apresentada tempestivamente, a autuada insurge-se contra a cobrança, alegando, preliminarmente, a nulidade do auto de infração, em virtude do mesmo não informar, em alguns meses, quais alíquotas foram utilizadas. Argúi, ainda, que a utilização da alíquota de 2% viola princípio constitucional, por não estar abrangido pelo objetivo fixado pelo art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No mérito, discorre sobre a inconstitucionalidade da cobrança, pois a exação fere vários preceitos constitucionais, como por exemplo, o da não-cumulatividade. Argumenta, também, que a COFINS deixa de ter a finalidade e utilidade social quando passa a integrar o orçamento fiscal; e que a mesma não pode ser cobrada com base no faturamento, pois essa base de cálculo já é utilizada por outra contribuição, destinada à seguridade social.

Insurge-se, também, contra a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo, e defende que deveria ser considerada como base de cálculo o lucro líquido da empresa, excluindo os créditos não recebidos.

Questiona a multa aplicada de 100%, entendendo que tal percentual configura-se em confisco, vedado pela Constituição Federal.

Por fim, após vários comentários sobre o FINSOCIAL, requer a nulidade do auto e, caso contrário, que sejam reduzidas tanto a alíquota quanto a multa, respectivamente, para 0,5% e 20%, e a revisão na base de cálculo.



Processo : 11075.001242/96-24
Acórdão : 203-06.577

A decisão singular (doc. fls. 68/73) julga procedente, em parte, o auto de infração, resumindo o seu entendimento nos termos da ementa de fls. 68, transcrita abaixo:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL-COFINS

Preliminar de nulidade:

Inexistente no presente procedimento, hipótese de nulidade de que trata o art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Inconstitucionalidade:

A apreciação e decisão de questões que versem sobre a constitucionalidade ou legalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Falta de Recolhimento:

São passíveis de lançamento de ofício os valores da contribuição não recolhidos espontaneamente nos prazos previstos pela legislação de regência.

Multa de Ofício:

É cabível a aplicação da multa de 100% sobre a totalidade ou diferença da contribuição devida, nos casos de falta de recolhimentos ou de recolhimentos feitos de forma insuficiente.”

Às fls. 72/73, da decisão monocrática, há a redução da multa de ofício de 100% para 75%, tendo em vista o disposto no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/96.

Irresignada com a referida decisão *a quo*, a atuada interpõe o recurso voluntário de fls. 77/80, onde reitera os argumentos trazidos na peça impugnatória, solicitando, ainda, a exclusão da Taxa Referencial Diária - TRD dos cálculos e a compensação do que pagou a título de FINSOCIAL c/ alíquota de 2%, visto que a devida era de 0,5%.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, em suas contra-razões, pugna pela manutenção da decisão singular, por entender que os argumentos trazidos aos autos pela atuada, carecem de sustentação.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11075.001242/96-24
Acórdão : 203-06.577

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A exigência em lide tem como fundamento legal os artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70/91.

A recorrente, em suas razões recursais, reedita toda argumentação expendida na impugnação. Alega em suma a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91 que instituiu a COFINS.

Preliminarmente, a recorrente argumenta ser o auto de infração nulo em sua essência por não ter especificado, em alguns meses, a alíquota utilizada.

Segundo o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Diante desse argumento, constata-se que não ocorre nenhum vício que possa acarretar a nulidade do auto de infração, visto que não há a materialização de qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 59, citado acima.

Em sede de recurso, a recorrente solicita a exclusão da aplicação da TRD, e a compensação do débito exigido com que pagou, a mais, a título de FINSOCIAL.

Com relação à exclusão da TRD dos cálculos, este Colegiado entende como possível no período de 01/02/91 a 31/07/91.

Apesar de solicitada pela recorrente, verifico que no auto de infração de fls. 01/02 não há a aplicação de TRD nos cálculos dos juros de mora, já que o feito se refere ao período de janeiro de 1994 a julho de 1996.

Quanto à compensação pleiteada, informo que deve ser solicitada e efetuada em processo autônomo do art. 66 da Lei nº 8.383/91 e do art. 16 da IN SRF nº 21/97.

No que diz respeito ao mérito, os argumentos da recorrente baseiam-se na inconstitucionalidade da contribuição criada pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS).



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11075.001242/96-24
Acórdão : 203-06.577

Na peça de impugnação, completamente reiterada pelo recurso, a autuada chega a confundir a contribuição lançada – COFINS com a contribuição para o FINSOCIAL.

Em relação à inconstitucionalidade da COFINS argüida, é pacífico o entendimento deste Colegiado que não compete à autoridade administrativa sua apreciação, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional.

A título de informação, cabe ressaltar que o STF considerou, por unanimidade de votos, como constitucional a contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS), ao analisar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, de 01/12/93 (DJ – seção I, de 06/12/93, pág. 26958).

Com relação à exclusão do valor do ICMS da base de cálculo, tal argumento não pode prosperar, tendo em vista que o art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, preceitua que a base de cálculo da COFINS será o faturamento mensal, entendendo-se, como tal, a receita bruta das vendas de mercadorias e/ou serviços de qualquer natureza.

O parágrafo único do citado artigo, determina os valores que não integram a base de cálculo, os quais são: o do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, quando destacado em separado no documento fiscal; os das vendas canceladas e devolvidas e os dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente. Assim, não existe previsão legal para a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da aludida contribuição, além de que o mesmo compõe o preço do produto, e, conseqüentemente, o faturamento da empresa.

Além disso, o entendimento sobre esse assunto já se encontra pacificado no Poder Judiciário e neste Conselho, que consideram incluso na base de cálculo da COFINS o valor do ICMS.

Já a alíquota da COFINS está fixada em 2% pelo citado art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

Quanto a multa de ofício, sua aplicação tem amparo no art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91, *in verbis*:

“ Art. 4º - Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS, serão aplicadas as seguintes multas:

A



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11075.001242/96-24**Acórdão : 203-06.577**

I – de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, ...”.

Dessa forma, é correta a aplicação da multa de ofício lançada, visto que a exigência foi formalizada em procedimento de ofício.

Entretanto, em respeito ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, consagrado no art. 106, I, “c” do CTN (Lei nº 5.172/66), é cabível a redução da multa de ofício de 100% para 75% de acordo com o disposto no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, e assim procedeu o julgador de primeira instância.

Pelo exposto, voto no sentido de se negar provimento ao recurso

Sala das Sessões, em 10 de maio de 2000

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO