



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11516.002146/2004-38
Recurso nº 328.981 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.263 – 1ª Turma Especial
Sessão de 14 de setembro de 2009
Matéria ICMS MULTA SELIC
Recorrente DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS JUNKES LTDA
Recorrida DRJ/FLORIANÓPOLIS - SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/10/1999, 01/12/1999 a 31/12/2000

BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO.

O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da Cofins.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

Aplica-se a multa de ofício no percentual de 75% por expressa previsão legal, não cabendo questionamentos quanto à sua legalidade/constitucionalidade no âmbito administrativo.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 01/04/95 os juros de mora equivalem à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por expressa disposição legal.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


MAGDA COTTA CARDOZO - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 29 de setembro de 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Andréia Dantas Lacerda Moneta, Mônica Monteiro Garcia de los Rios (Suplente), Robson José Bayerl (Suplente) e Magda Cotta Cardozo.

Ausentes os Conselheiros Arno Jerke Júnior e Renata Auxiliadora Marcheti.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ recorrida, abaixo transcrito:

*“Trata o presente processo de impugnação ao Auto de Infração de fls.85 a 92, o qual exige da interessada o recolhimento da importância de **R\$ 30.940,31**, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora, a título de **COFINS**, correspondente a fatos geradores ocorridos em 1999 e 2000.*

Conforme Auto de Infração, (fl.91):

COFINS FATURAMENTO

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS)

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados em DCTF e os valores apurados com base nos livros Registro de Saídas.

A autuada apresentou sua impugnação (fls.96 a 115) que ora se resume:

II – Do mérito

- que a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições (PIS e COFINS) exigida pela receita Federal é indevida; nos termos da Constituição Federal, independentemente de qualquer lei ou entendimento fazendário, o ICMS não integra e nem pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, que é a mesma, qual seja, o faturamento e sob a égide da Lei 9.718, é o ICMS receita transferida à pessoa jurídica, in casu, pessoa jurídica de direito público, razão pela qual o Auto de Infração ora impugnado deva ser declarado nulo de pleno direito;

III – Dos Fundamentos

- que faturamento é expressão econômica de operações mercantis realizadas por pessoas jurídicas (Direito Comercial); em outras palavras, faturamento é a contraprestação econômica,

auferida, ressalte-se com riqueza própria; que mesmo que nesta contraprestação esteja inserta uma parcela que corresponda ao ICMS, isto não significa que esta parcela integre o conceito de faturamento, pois não é riqueza própria, e sim alheia, já que a toda evidência, pertence ao Estado Federativo;

- o que existe por parte da administração fazendária é uma idéia de manipular o conceito de faturamento dando a ele uma amplitude ininteligível, fazendo integrar parcela que de fato não o compõe, pois o Valor do ICMS já é destinado ao Estado desde o primeiro momento, nunca participando do efetivo faturamento da empresa;

- cristalino, pois a interpretação do fisco é incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, levando ao inaceitável entendimento de que os contribuintes faturam ICMS (!?!); impossível, em verdade o ICMS circula pelo caixa da empresa, mas não o pertence, não incorpora seu patrimônio, pois é destinado aos cofres dos Estados, pessoas jurídicas de direito público;

- assim, o Contribuinte vê-se obrigado a calcular a exação sobre receita que absolutamente não lhe pertence, pois trata-se exclusivamente de RECEITA PÚBLICA do Estado onde se deu a operação mercantil; bem se é receita de um não pode ser de outro; se alguém tem que pagar é quem realmente recebeu, ou seja, o dono da Receita, in casu, o Estado-Membro ou o Distrito Federal;

- o que não se pode aceitar é que o legislador introduza elementos estranhos no conceito de faturamento, com o único fito de, manipulando a norma constitucional, alargar ou modificar a base de cálculo em visível prejuízo do já exaurido contribuinte;

- que nos termos da Constituição, as Contribuições para o PIS e COFINS só podem incidir sobre o faturamento e o ICMS não é e nem integra tal conceito (traz doutrina e excertos judiciais acerca do assunto, fls.100/108;

- após transcrever artigos da lei 9.718/98 (fls.105) conclui que “...o inciso III do artigo supra, bem se aplica no caso presente, pois o ICMS é valor que, computado como receita foi transferido para a pessoa jurídica de direito público que é a Unidade Federativa ou o Estado.”;

- e, ainda, que “O inciso I do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/98 também afronta a Constituição, quando exclui o ICMS só ‘quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário’. ”; tal limitação não pode ocorrer, transcreve doutrina de Roque Antonio Carrazza (fls.107/108);

- importante repetir, a Constituição Federal, estabelece como possível base de cálculo o faturamento e o ICMS não o é, portanto deve ser excluído quando do cálculo para

recolhimento; interpretação contrária afronta a Constituição, e é esta a inconstitucionalidade que se pretende ver declarada nesta impugnação, para que seja declarado nulo o auto de infração ora impugnado;

IV – A Imprestabilidade da Taxa SELIC p/ Aplicação Nos Tributos.

- discorre as fls. 109 a 115 contra a aplicação da taxa selic, requerendo sua substituição por outro índice oficial.”

A DRJ – Florianópolis/SC considerou procedente o lançamento (fls. 121 a 127), conforme ementas abaixo transcritas:

ICMS. Exclusão. Base de Cálculo. Impossibilidade.

*Para fins de determinação da base de cálculo da **COFINS**, os tributos que podem ser **excluídos** da receita bruta são o Imposto sobre Produtos Industrializados - **IPI** e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - **ICMS**, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.*

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa SELIC.

Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 131 a 158), trazendo as mesmas alegações apresentadas em sede de impugnação, e acrescentando, em síntese, que:

1. A imposição da multa de ofício no percentual aplicado é imprópria, pois configura confisco, o que é vedado pela Constituição.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MAGDA COTTA CARDOZO, Relatora

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

- DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS

Inicialmente, a recorrente alega que o ICMS não pode compor a base de cálculo da Cofins, por não integrar seu faturamento, entendendo que a tal imposto se aplica o disposto no inciso III do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Alega, ainda, a inconstitucionalidade do inciso I do § 2º do artigo 3º da referida Lei.

Acerca da base de cálculo da Cofins, dispõe a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, aplicável a todo o período lançado (abril de 1999 a dezembro de 2000), que:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

(...)

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo; (Revogado pela Medida Provisória nº 2.158/2001)

Assim, conforme se verifica pelo texto da norma, não há previsão legal para excluir o valor do ICMS da base de cálculo da Cofins, tendo a autoridade autuante considerado estritamente as exclusões aplicáveis à espécie, conforme demonstrativos de fls. 83/84, bem como os registros constantes do Livro de Registro de Saídas da empresa (fls. 35 a 81). Observe-se, também, que a inconstitucionalidade declarada pelo STF, relativa ao § 1º acima transcrito em nada afeta o presente lançamento, considerando que este incluiu apenas as receitas decorrentes de vendas de mercadorias.

O ICMS devido sobre as vendas da pessoa jurídica, na condição de contribuinte, não poderá ser deduzido na determinação da base de cálculo da contribuição, uma vez que seu montante integra a base de cálculo do valor da operação de saída da mercadoria, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle (Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968). Tal tributo, portanto, integra o preço da mercadoria e, conseqüentemente, compõe o montante da receita bruta para efeito de cálculo da Cofins. Exceção é feita somente ao ICMS cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, havendo, nesse caso, previsão legal expressa para sua exclusão da base de cálculo da contribuição.

Quanto ao inciso III do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, tal dispositivo não teve aplicação até a sua revogação pela Medida Provisória nº 2.158/2001, em razão de estar condicionado à edição de normas regulamentadoras posteriores, as quais jamais foram editadas.

Relativamente à inconstitucionalidade argüida pelo contribuinte, tais alegações não são oponíveis na esfera administrativa de julgamento, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância, não dispondo esta de competência legal para examinar hipóteses de violação à Constituição, ou a outro dispositivo legal, relativas às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação dessas questões acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos de validade das normas jurídicas deve ser submetida àquele Poder. Portanto, é inócuo suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois ao julgador é vedado desrespeitar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional. Tal limitação decorre da disposição expressa do parágrafo único do artigo 142 do CTN, que determina que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, bem como do princípio da legalidade, pelo qual devem se pautar todos os atos da Administração Pública.

Tal entendimento já foi objeto da Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes.

Desta forma, verificada a falta de recolhimento da contribuição devida, em ato de ofício, não existe outro procedimento possível à autoridade fiscalizadora senão constituir o crédito tributário com todos os acréscimos legais cabíveis, juros de mora e multa de ofício, com base na legislação aplicável em vigor ao tempo do lançamento.

No presente caso, a exigência da contribuição sobre o faturamento está prevista nas normas relacionadas na autuação, acima transcritas, não cabendo à autoridade julgadora administrativa avaliar a constitucionalidade ou regularidade de tais dispositivos.

Assim, não cabe a apreciação da questão suscitada, relativa à constitucionalidade do dispositivo legal em questão, por não se incluir tal matéria na competência do julgador administrativo.

• DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA

A autuada pretende a não incidência da multa de ofício no percentual lançado, entendendo que tal penalidade é inconstitucional em razão de seu caráter confiscatório.

Quanto às questões relativas à inconstitucionalidade da previsão legal para aplicação da multa de ofício, repetem-se aqui as mesmas alegações acima apresentadas.

Verificada a falta de recolhimento da contribuição devida em ato de ofício, e não havendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito, não existe, como já dito, outro procedimento possível à autoridade fiscalizadora senão constituir o crédito tributário com todos os acréscimos legais cabíveis, juros de mora e multa de ofício, com base na legislação aplicável, devidamente citada na autuação (artigo 44-I da Lei nº 9.430/96).

Assim, não cabe a apreciação da alegação relativa à inconstitucionalidade da aplicação da multa de ofício no percentual lançado, por não se incluir tal matéria na competência do julgador administrativo.

• DA TAXA SELIC

A recorrente alega que a taxa Selic não poderia ser aplicada aos créditos tributários, em razão de sua natureza e de ofensa a diversos dispositivos legais, citando jurisprudência judicial sobre o assunto.

Quanto às questões relativas à inconstitucionalidade ou ilegalidade da previsão legal para aplicação da referida taxa, novamente cabe repetir as alegações acima apresentadas.

Verificada a falta de recolhimento da contribuição devida em ato de ofício, e não havendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito, não existe outro procedimento possível à autoridade fiscalizadora senão constituir o crédito tributário com todos os acréscimos legais cabíveis, juros de mora e multa de ofício, com base na legislação aplicável, devidamente citada na autuação (artigo 61, § 3º da Lei nº 9.430/96).

Assim, não cabe a apreciação das questões suscitadas, relativas à constitucionalidade/legalidade da aplicação da taxa Selic, por não se incluir tal matéria na competência do julgador administrativo.

Por fim, cabe destacar que a aplicação da taxa Selic aos créditos tributários já foi objeto da súmula nº 3 do 2º Conselho de Contribuintes.

Por todo o acima exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo-se a exigência integralmente.


MAGDA COTTA CARDOZO