Processo nº : 11543.003691/2001-71
Recurso nº : 124.564
Acórdão nº : 203-09.467

Recorrente : DADALTO S/A

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ no Rio de Janeiro – RJ:

"Versa o presente processo sobre o auto de infração de fls. 67/71, relativo ao não recolhimento do total devido para a Cofins, referente aos fatos geradores no período de maio/1998 a dezembro de 1998, consubstanciando exigência de crédito tributário referente à contribuição no valor de R$12.210,69, multa de ofício de 75%, no valor de R$9.157,99 e juros de mora, calculados até 31/08/2001, no montante de R$6.694,98, em um total de R$28.063,66.

2. Segundo a descrição dos fatos, de fl. 68, a impugnante foi autuada pela falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, pois para fins de recolhimento, a empresa excluiu da base de cálculo, sem o devido amparo legal ou medida judicial que respaldasse tal procedimento, o total da seguinte equação:

- Total das exclusões = devoluções de compras + ICMS de compras – matéria prima (compra) – ICMS de vendas

3. O enquadramento legal baseia-se nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991.

4. Inconformada, a interessada apresentou, em 15/10/2001, a petição de impugnação, de fls. 77/100, alegando, em síntese, o seguinte:

Da legalidade da exclusão dos valores referentes ao ICMS das vendas da empresa

4.1 a impugnante, para fins do recolhimento da COFINS, excluiu das suas bases de cálculo, todos os valores referentes ao ICMS das vendas de produtos, assim como do PIS e da COFINS pagos nas operações anteriores, e dos ingressos decorrentes das devoluções de compras, pois tais numerários não se enquadram no conceito de faturamento, ou seja, por não serem tributáveis, conforme artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991;

4.2 o procedimento adotado pela impugnante e que não foi aceito pela Fazenda Nacional foi efetuado sempre em observância às normas aplicáveis à exação em comento, conforme será demonstrado;

4.3 a impugnante exclui da base de cálculo que sofreria a incidência das contribuições, tanto para o PIS, quanto para a COFINS, os valores referentes ao

ICMS e sobre a Prestação de Serviços de Transporte e Telecomunicações Interestaduais, pois são repassados integralmente ao Estado do Espírito Santo, não podendo, de forma alguma, serem considerados como faturamento nem receita das empresas para fins de tributação, pois o próprio texto constitucional, intrinsecamente assim dispõe, conforme será comprovado;

4.4 a União Federal quando da instituição dos tributos COFINS e PIS, deve, obrigatoriamente, respeitar os contornos constitucionais inerentes à utilização do termo faturamento adotados pela Carta Magna, não cabendo ao legislador infraconstitucional tributar o que não constitui efetivo faturamento;

4.5 para que a regra de tributação se mantenha em conformidade com a norma constitucional de competência, há que se distinguir a mera entrada de dinheiro, que não integra o patrimônio da empresa, do faturamento originado das atividades inerentemente empresariais;

4.6 cita os tributaristas Geraldo Ataliba e o professor Roque Antônio Carraza, como defensores desta tese;

4.7 menciona, também, o art. 212 da Constituição Federal, concluindo que para o legislador constituinte os valores de impostos transferidos para terceiros não são considerados faturamento de quem os recebe;

4.8 reproduz, ainda, trecho de voto proferido no processo nº 89.03.39000-8 e na Apelação Cível nº 90.03.00915-5/SP;

4.9 afirma que, apenas a título exemplificativo, originariamente, a Lei nº 9.718/1998, também considerava que os valores repassados a terceiros não poderiam ser considerados para efeito de tributação;

4.10 considera que a manutenção do ICMS na base de cálculo da COFINS ofende o princípio da capacidade contributiva, inserto no art. 145, a Constituição Federal;

4.11 reproduz, ainda, parcialmente, o voto do ministro do STF, Dr. Marco Aurélio, no julgamento do RE nº 240-785-2/MG.

Do direito às exclusões advindas da aquisição de matérias primas e dos Ingressos decorrentes da devolução de compras

4.12 em obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade, constante no art. 154, da Constituição Federal, a impugnante considera que devam ser excluídos da base de cálculo o valor referente às aquisições de matérias primas;

4.13 aduz, também, que os ingressos de numerários decorrentes de devolução de mercadorias, que a impugnante havia comprado de seus fornecedores, também não constituem faturamento, e, portanto, também devem ser excluídos da base de cálculo.

Da ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa SELIC

4.14 afirma ser evidente a ilegalidade da adoção da taxa SELIC, tendo em vista os preceitos constantes no art. 161 do CTN e os arts. 5º e 151 da Constituição Federal, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro lei que a tenha instituído;

4.15 traz à impugnação, trechos do voto do Ministro Franciulli Neto do STJ em julgado de 17/02/2000, para sustentar a sua tese;

4.16 afirma também que a fixação dos valores dos juros pelo credor tem caráter unilateral, ferindo princípios constitucionais basilares, entre eles os da moralidade, da vedação do enriquecimentos sem causa, da propriedade e o do não confisco de tributos, tendo já o STF se posicionado contra a fixação dos juros moratórios de forma unilateral;

4.17 junta aos autos trechos do voto do ministro Nilson Tavares em julgamento de 30/08/1995;

Inexegibilidade da multa aplicada

4.18 afirma que o percentual da multa aplicada fere os limites constitucionais tendo fins confiscatórios;

4.19 traz à impugnação a opinião de tributaristas sobre o assunto, no mesmo sentido;

4.20 Por fim solicita a realização de prova pericial no auto de infração e na sua documentação fiscal.

5. Pelo exposto solicita o cancelamento do respectivo auto de infração."

Pelo Acórdão de fls. 102/110 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 4ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ julgou o lançamento procedente:

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

Ano-calendário: 1998

Ementa: COFINS – EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO.

Somente são permitidas as exclusões da base de cálculo da COFINS previstas na legislação de regência.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS DE MORA - TAXA SELIC - É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/04/1995, os juros de mora são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

MULTA DE OFÍCIO - A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada pela infração cometida, não estando amparada pelo inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que ao tratar das limitações do poder de tributar, proibiu o legislador de utilizar tributo com efeito de confisco.

Lançamento Procedente".

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 117/149), onde reitera os argumentos da peça impugnatória.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de despacho comprovando o arrolamento de bens (fls. 150/160).

É o relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A recorrente insurge-se, preliminarmente, contra o acórdão recorrido em virtude de o mesmo não ter apreciado a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic. Outro entendimento não caberia por parte da Turma de Julgamento, posto que o juízo sobre a constitucionalidade das normas cabe exclusivamente ao Poder Judiciário. Nesse sentido é a jurisprudência torrencial deste Colegiado e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Daí seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Da análise dos autos, verifica-se que a interessada foi autuada por ter excluído, sem amparo legal ou medida judicial, da base de cálculo da Cofins, o total da seguinte equação: Total das exclusões = devoluções de compras + ICMS de compras – matéria-prima (compras) – ICMS de vendas.

No que tange à pretensão da reclamante de ver excluído o valor do ICMS "embutido na base de cálculo" da COFINS, a jurisprudência firmada neste Colegiado e também no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não se admitir tal exclusão, haja vista que predito imposto integra o preço do produto ou mercadoria vendidos e, conseqüentemente, o faturamento da empresa.

A Lei Complementar nº 70/1991 preceitua que a base de cálculo da contribuição é o faturamento mensal, assim entendido a receita bruta das vendas de mercadorias e ou serviços de qualquer natureza, excluídos do IPI destacado em separado no documento fiscal; das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos concedidos incondicionalmente (art. 2º e seu parágrafo único).

Veja-se que o legislador excluiu o IPI da base de cálculo da contribuição porque esse imposto não integra o valor da mercadoria, é destacado em separado. Já o ICMS compõe o preço do produto ou do serviço, inclusive, compõe a sua própria base de cálculo, já que esta é o preço final da mercadoria ou serviço, nele incluído o montante do tributo estadual. Assim, por exemplo, se um produto custa R$100,00, neste montante já estão incluídos os R$17,00 de ICMS resultantes da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R$100,00. Como se vê, predito imposto compõe o preço da mercadoria vendida. Nesse mesmo exemplo, se o produto fosse sujeito ao Imposto sobre Produtos Industrializados, esse tributo federal teria como valor tributável os mesmos R$100,00, mas nestes não estaria incluído o valor do IPI, o qual seria destacado à parte e acrescido ao total da nota fiscal.

Ora, como o valor do ICMS integra o preço da mercadoria ou serviço e, por conseguinte, a receita bruta do sujeito passivo e não foi implícito ou explicitamente excluído,

pelo legislador, da base de cálculo da contribuição, não há possibilidade legal de proceder-se à exclusão pretendida pela reclamante.

No sulco desse entendimento vem trilhando este Segundo Conselho de Contribuintes, como demonstram os Acórdãos nºs 203-07.717, 203-07.663, 202-13.113 e 202-13.095, e, também, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Resp nº 152.736/SP (DJU, I, de 16.02.1998).

No que diz respeito ao direito às exclusões advindas da aquisição de matérias-primas e de ingressos decorrentes da devolução de compras decorrentes do princípio da não-cumulatividade da contribuição, adoto o entendimento do Conselheiro Luiz Roberto Domingo esposado no Acórdão nº 202-13.113, que a seguir transcrevo:

> "De plano, é de se constatar que não cabe razão à recorrente quanto às alegações de inconstitucionalidade da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, seja pelo fato de a Lei Complementar nº 70/91, que a instituiu, ter sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo fato de não ter sido essa exação constituída sob os auspícios do princípio da não-cumulatividade.
>
> Como bem salientou em seu Recurso, a recorrente adotou o critério da não-cumulatividade a "modus próprios", entendendo ser aplicável à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.
>
> Com efeito, a Constituição Federal, como carta política de estrutura do Estado, que cria os mecanismos da dinâmica de todo o sistema jurídica nacional, adotou o princípio da não-cumulatividade, especificamente, para alguns impostos. Diz, expressamente, quando atribui a obediência ao princípio, que determinado tributo será não-cumulativo.
>
> A dicção expressa, contida nos arts. 153, § 3º, inciso II, e 155, § 2º, inciso I, não deixa dúvidas que para os outros tributos, que atuam em cadeias comerciais e produtivas, não haverá a aplicação do princípio da não-cumulatividade.
>
> Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade do aumento da alíquota do FINSOCIAL não guarda relação jurídica com a exigibilidade da COFINS, uma vez que a COFINS foi inserida no mundo jurídico por legislação própria e desvinculada da contribuição social que substituiu. Não se pode atribuir o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma específica (do FINSOCIAL) a outra norma que sequer refere-se à mesma contribuição.
>
> O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito, tanto que, quando do julgamento da inconstitucionalidade da Lei nº 7.789/89, aquele Colegiado Magno deferiu o aditamento à inicial para que a declaração de inconstitucionalidade alcançasse as disposições normativas contidas na nova lei, a Lei nº 8.212/91.

Isso é prova de que, quando o Supremo Tribunal Federal analisa a constitucionalidade de uma norma, o faz especificamente em relação àquela norma, relativa àquele dispositivo normativo veiculado, e não outro, ainda que o venha a substituir.

O rigor que é compreensível, desde que entendido o Sistema Político e o equilíbrio das forças políticas conformados na Constituição Federal, no qual há um respeito mútuo entre os poderes, com o fim de preservar o Estado de Direito e o próprio Sistema Político-Jurídico estabelecido.

Contudo, no caso em tela, sequer trata-se de norma decorrente de alteração, cuja eventual inconstitucionalidade viesse a persistir. Trata-se, sim, de contribuição nova, instituída por lei complementar, no âmbito da competência tributante da União, cuja constitucionalidade foi declarada em Ação Direta de Constitucionalidade nº 01-01-DF."

Conforme se verifica, a planilha de cálculo, denominada "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada", elaborada pela fiscalização, levou em conta as próprias informações fornecidas pela interessada, somente glosando a rubrica "outras exclusões", e considerando as exclusões relativas à rubrica "vendas canceladas, devoluções e descontos incondicionais", exatamente conforme determina a Lei Complementar nº 70/1991.

A respeito da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular o percentual da multa de ofício a ser exigida do sujeito passivo, pois a própria lei já a especifica. No caso presente, a penalidade foi calculada no percentual de 75% do valor da contribuição não recolhida, por determinação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que alterou o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.218/1991.

Dessa feita, como a incidência da multa e o seu percentual decorrem de expressa disposição legal, não poderia a autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, fixar novo critério para formalização do crédito tributário inadimplido. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

Em relação aos argumentos da recorrente de que a multa de 75%, constante do auto de infração, seria confiscatória, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário.

Da mesma forma, é de se rejeitar a argüição de inconstitucionalidade e desconformidade com o CTN da utilização para o cálculo dos juros de mora da Taxa SELIC, segundo o disposto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96. E, como já fundamentado pela decisão

recorrida, o art. 161, § 1º, do CTN, permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em percentual superior a 1% ao mês.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de fevereiro de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS