



Processo nº : 11543.003699/2001-38

Recurso nº : 124.565

Acórdão nº : 203-09.468

Recorrente : DADALTO S/A

RELATÓRIO

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

"Contra a contribuinte acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 69/79, para exigência da Cofins no valor de R\$29.689,72 cumulada com multa de ofício e juros de mora, abrangendo os períodos de 31/05/1998 a 31/12/1998, com fulcro na legislação aí consignada (fl. 76).

2. No respectivo Termo de Constatação Fiscal (fl. 69 e seguintes) consignou o autuante que a contribuinte efetuou exclusões indevidas da base de cálculo da contribuição, em montantes apurados segundo a equação:

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

3. Consignou ainda que:

- os valores excluídos foram informados pela autuada nos documentos de fls.12/14;

- a análise da escrita contábil-fiscal da autuada confirma os valores por ela informados a título de receita de vendas de mercadorias e devoluções de vendas, nos documentos de fls. 12/14;

- no ano-calendário de 1998 a autuada efetuou o recolhimento da contribuição de forma descentralizada;

4. Inconformada com o lançamento apresentou a contribuinte a impugnação de fls. 85/108 na qual afirma ter excluída base de cálculo da contribuição "todos os valores referentes ao ICMS das vendas de produtos, assim como o PIS e a COFINS pagos nas operações anteriores e dos ingressos decorrentes das devoluções de compras, tudo por tais numerários não se enquadrarem, evidentemente, no conceito de faturamento, ou seja, por não serem tributáveis, conforme artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91, que era a legislação que disciplinava a cobrança e a tributação da COFINS na época autuada no presente processo administrativo".

5. Aduz que os valores referentes ao ICMS e aqueles referentes à devolução de mercadorias adquiridas não podem integrar a base de cálculo da Cofins, por não configurarem faturamento das empresas empregadoras, nos termos da outorga



Processo nº : 11543.003699/2001-38
Recurso nº : 124.565
Acórdão nº : 203-09.468

constitucional (art.195, I, "b") ao ente tributante para instituição dessa contribuição.

6. Cita exteros doutrinários e jurisprudenciais, invocando o artigo 212 da CF, tudo em prol do entendimento de que tais valores, não se destinando a integrar o patrimônio da empresa, não poderiam sofrer a incidência tributária combatida.

7. Afirma que tal exegese foi consagrada pela Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º e § 2º, incisos I e III.

8. Afirma ainda que o direito às exclusões da Cofins incidentes sobre a aquisição de matérias primas de seus fornecedores funda-se nos princípios da não-cumulatividade e da capacidade contributiva, citando os artigos 154 e 195, § 4º da CF.

9. Contesta também a autuada a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC, alegando ofensa ao art. 161, § 1º do CTN, e a inexigibilidade da multa aplicada, por confiscatória, em afronta ao art. 150, inc. IV da CF e ao princípio da proporcionalidade da sanção à infração cometida.

10. Transcreve jurisprudência conforme a esses entendimentos.

11. Solicita, por fim, a autuada, realização de perícia no auto de infração e em sua documentação fiscal visando ao refazimento da "base de cálculo da exação em comento para que se comprove que aquela utilizada pela Impugnante para o cálculo da contribuição a ser recolhida é a correta, e não a utilizada pela fiscalização, pois esta é "vitaminada" com valores que não poderiam fazer parte da mesma".

Pelo Acórdão de fls. 111/116 – 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

Período de apuração: 31/05/1998 a 31/12/1998

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. As arguições de inconstitucionalidade que visam afastar a aplicação de norma legal insculpida no ordenamento jurídico, não são oponíveis na esfera administrativa, incumbindo ao poder judiciário apreciá-las.

BASE DE CÁLCULO-EXCLUSÕES - As exclusões à base de cálculo da contribuição são tão somente as previstas em lei.

JUROS DE MORA-TAXA SELIC-É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora calculados com base na taxa Selic.



Processo nº : 11543.003699/2001-38
Recurso nº : 124.565
Acórdão nº : 203-09.468

MULTA DE OFÍCIO- A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada pela infração cometida, não estando amparada pelo inc.IV do art. 150 da CF.

Lançamento Procedente".

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 123/155), 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. 156/165).

É o relatório.



Processo nº : 11543.003699/2001-38
Recurso nº : 124.565
Acórdão nº : 203-09.468

**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,



Processo nº : 11543.003699/2001-38
Recurso nº : 124.565
Acórdão nº : 203-09.468

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.



Processo nº : 11543.003699/2001-38
Recurso nº : 124.565
Acórdão nº : 203-09.468

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 arguição 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11543.003699/2001-38
Recurso nº : 124.565
Acórdão nº : 203-09.468

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 PECANHA MARTINS