



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 31 / 09 / 2004
DDM
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11543.003718/2001-26
Recurso nº : 124.563
Acórdão nº : 203-09.462

Recorrente : DADALTO S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Não compete à autoridade administrativa o juízo sobre constitucionalidade de norma tributária, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional. **Preliminar rejeitada.**

COFINS - BASE DE CÁLCULO - O ICMS, por compor o preço do produto e não estar inserido nas hipóteses de exclusão dispostas em lei, integra a base de cálculo da Cofins.

CUMULATIVIDADE - O princípio constitucional da não-cumulatividade apresenta-se especificamente para o IPI e o ICMS, não alcançando, automaticamente, a Cofins, o que implica a interpretação de sua cumulatividade.

MULTA DE OFÍCIO - É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de multa de ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo.

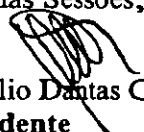
JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos incidem, a partir de 1º/4/1995, juros de mora calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, acumulada mensalmente.

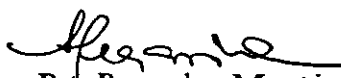
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: DADALTO S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de voto: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim (Suplente), César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Valdemar Ludvig, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva
Ausente, justificadamente, a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa.
Imp/cf/ovrs



Processo nº : 11543.003718/2001-26

Recurso nº : 124.563

Acórdão nº : 203-09.462

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. 61/71, para exigência da Cofins no valor de R\$14.790,12 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. 68).

2. No respectivo Termo de Constatação Fiscal (fl. 61 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;

- “Para os períodos de apuração de 05/1998 a 12/1998, declarou como débito apurado tão somente o valor que fora objeto de recolhimento em DARF, sendo a base de cálculo diminuída dos valores a título de outras exclusões”;

4. Inconformada com o lançamento apresentou a contribuinte a impugnação de fls. 77/100 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”.



Processo nº : 11543.003718/2001-26
Recurso nº : 124.563
Acórdão nº : 203-09.462

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

6. Cita exertos 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. 102/107 – 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 inserta 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.



Processo nº : 11543.003718/2001-26
Recurso nº : 124.563
Acórdão nº : 203-09.462

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

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. 113/144), 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. 146/154).

É o relatório.



Processo nº : 11543.003718/2001-26
Recurso nº : 124.563
Acórdão nº : 203-09.462

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 : 11543.003718/2001-26

Recurso nº : 124.563

Acórdão nº : 203-09.462

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 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 : 11543.003718/2001-26

Recurso nº : 124.563

Acórdão nº : 203-09.462

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 : 11543.003718/2001-26
Recurso nº : 124.563
Acórdão nº : 203-09.462

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 17 de fevereiro de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS