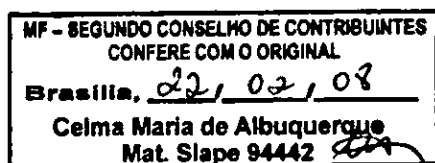
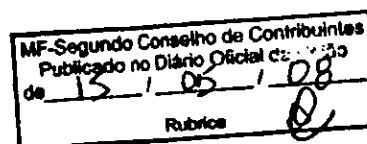




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 13116.001496/2004-15
Recurso nº 129.854 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 202-18.659
Sessão de 13 de dezembro de 2007
Recorrente I.F. CAMPOS FERROFORTE
Recorrida DRJ em Brasília - DF



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/06/2004

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE.

À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo art. 101, II, "a" e III, "b", da Constituição Federal. Súmula nº 2, do Segundo Conselho de Contribuintes.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.

Não há decisão inequívoca e definitiva do STF quanto à matéria, cabendo a este Conselho de Contribuintes a aplicação da lei em vigor.

**AUMENTO DE ALÍQUOTA DE 2% PARA 3%.
ART. 8º DA LEI Nº 9.718/98.**

O STF já decidiu quanto à constitucionalidade do aumento de alíquota. Aplicação do art. 1º do Decreto nº 2.346/97.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa Selic conforme precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC.

COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. CRÉDITO DE IPI.

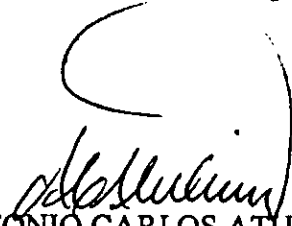
Inexistência de provas sobre o crédito alegado. A compensação é uma opção do contribuinte, ou seja,

uma faculdade que lhe é conferida por lei, e não obrigação do Fisco.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

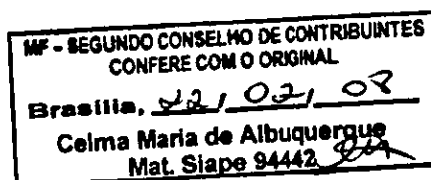
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ANTONIO CARLOS ATULIM

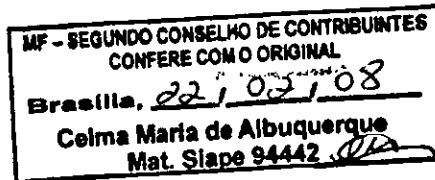
Presidente


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Antônio Lisboa Cardoso.



Relatório

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de apuração de 01/01/2001 a 30/06/2004.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida:

"Contra a contribuinte identificada no preâmbulo foi lavrado o auto de infração às fls. 07/19, formalizando lançamento de ofício de Cofins, abrangendo os períodos de apuração de 01/01/2001 a 30/06/2004, incluindo juros de mora calculados até 30/11/2004 e multa de ofício de 75%, totalizando R\$ 555.200,67.

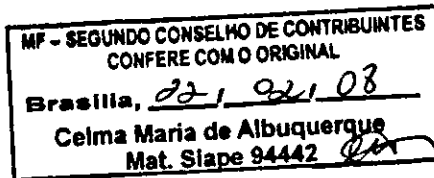
De acordo com a descrição dos fatos, que remete ao Termo de Constatação anexado à fl. 26, em decorrência de procedimento de verificações obrigatórias, a contribuinte foi desenquadrada da sistemática de tributação pelo SIMPLES com efeito retroativo a 01/01/2001 (ADE à fl. 34, publicado no DOU de 30/06/2004, fl. 36), estando sendo exigido de ofício a contribuição sobre as diferenças constatadas pela fiscalização ao confrontar os valores escriturados e os valores declarados/pagos, conforme tabelas às fls. 27/30.

De outra parte, diante da constatação de fatos que constituem, em tese, crime contra a ordem tributária capitulado no art. 2º, inciso I, da Lei n.º. 8.137, de 1990, foi formalizada a representação fiscal para fins penais constante do processo etiquetado sob o n.º. 13116.000082/2005-50.

Cientificada em 21/12/2004 (AR colado à fl. 306), a autuada apresentou em 20/01/2005 a petição impugnativa acostada às fls. 318/333, alegando, fundamentalmente, que o lançamento não pode prosperar, por haver incluído nos valores exigidos parcelas flagrantemente inconstitucionais, cuja cobrança viola o princípio da legalidade tributária, e, ademais, não considerou os créditos do IPI, devidamente corrigidos, cuja compensação resultaria em crédito em favor da impugnante.

No tocante à competência dos órgãos julgadores administrativos no reconhecimento da arguição de inconstitucionalidade, destaca que, a despeito de entendimentos anteriores em sentido contrário, atualmente o Conselho de Contribuintes tem adotado postura mais flexível, tanto é que nos Acórdãos 104-6421, 105-3444 e 101-87265, reconheceu inconstitucionalidade em matérias submetidas a sua apreciação, em nome do princípio do livre convencimento do julgador. A respeito, cita ainda o Acórdão CSRF/01-0866 e posicionamento doutrinário de Valdir de Oliveira Rocha, em sua obra "O Novo Processo Administrativo Tributário".

Dentre as pretensas inconstitucionalidades que estariam a macular a validade do procedimento fiscal, a impugnante ataca: (a) a retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES; (b) a indevida



inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins; (c) a majoração da alíquota de 2 para 3%; e (d) a aplicação da taxa SELIC como indexador dos juros de mora.

Reclama que possui um crédito nominal superior a R\$ 700.000,00 relativo a IPI, requerendo que seja autorizada a competente compensação com os valores eventualmente apurados ao final do procedimento, restituindo-se-lhe o saldo credor remanescente.

Encerrando, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, ou, caso seja diverso o entendimento do julgador, pugna pelo refazimento dos cálculos, expurgando-se os excessos, excluindo-se o ICMS da base de cálculo, considerando-se os créditos havidos por força dos recolhimentos indevidos e retirando-se a aplicação da taxa SELIC, protestando, ao final, pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente a pericial, o que desde já requer, visando apurar os valores efetivamente devidos."

Por meio do Acórdão DRJ/BSA nº 13.153, de 14 de março de 2005, os Membros da 2ª Turma da DRJ em Brasília - DF decidiram, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

"Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE

Os órgãos julgadores administrativos não são detentores de competência para apreciar arguições de pretensa inconstitucionalidade ou ilegalidade dos diplomas legais.

CRÉDITO DE IPI

Inadmissível a existência de crédito do IPI por empresa que explora atividade não sujeita à incidência do tributo.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

A exclusão do ICMS na determinação da base de cálculo da contribuição é admitida pela legislação de regência somente quando o contribuinte revestir-se da condição de substituto tributário.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Indefere-se quando prescindível para solução da lide, ainda mais quando formulado sem observância do exigido pela legislação processual.

Lançamento Procedente".

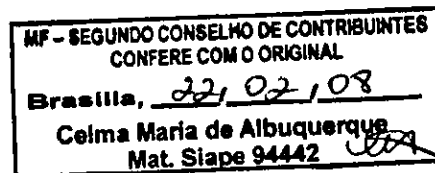
Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente, alega:

- i. os órgãos administrativos têm competência para decidir questões relativas à inconstitucionalidade;
- ii. os efeitos da exclusão do Simples não retroagem;

- iii. é indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins;
- iv. é indevida a majoração de alíquota de 2% para 3%;
- v. é inconstitucional a aplicação da Selic aos débitos tributários;
- vi. que o crédito de IPI apurado deveria ter sido utilizado para compensação.

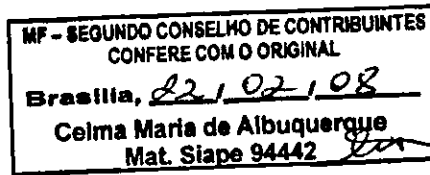
A exigência do arrolamento de bens, à época, obrigatório para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, foi cumprida por meio do Processo nº 13116.000065/2005-12.

É o Relatório.



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo, pelo que dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração lavrado para exigir da contribuinte a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de apuração de 01/01/2001 a 30/06/2004, em razão do seu desenquadramento da sistemática de tributação pelo Simples com efeito retroativo a 01/01/2001.

Inconformada com a decisão de primeira instância que houve por bem julgar procedente o lançamento, a contribuinte apresentou recurso voluntário alegando que:

- i. os órgãos administrativos têm competência para decidir questões relativas à inconstitucionalidade;
- ii. os efeitos da exclusão do Simples não retroagem;
- iii. é indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins;
- iv. é indevida a majoração de alíquota de 2% para 3%;
- v. é inconstitucional a aplicação da Selic aos débitos tributários;
- vi. que o crédito de IPI apurado deveria ter sido utilizado para compensação.

Dos fatos

Conforme se verifica dos autos, em razão da fiscalização do Simples, constatou-se que no ano de 2000 a receita da contribuinte ultrapassou o valor de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) que, conforme legislação regente, a desenquadrava da apuração e recolhimento simplificado de tributos federais.

Às fls. 32 a 36 consta a representação lavrada pela Delegacia da Receita Federal de Anápolis - GO para proceder à exclusão *ex officio* da contribuinte do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições federais com data retroativa a 01/01/2001.

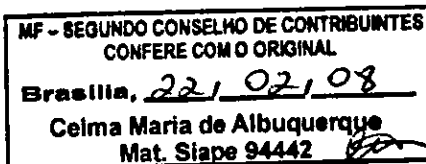
Em 30/07/2004 foi publicado o Ato Declaratório Executivo nº 37 (fl. 34) que excluiu a contribuinte do Simples, nos termos da Lei nº 9.317/96 e da IN SRF nº 355/2003, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2001.

Referidos atos têm fulcro em legislação plenamente em vigor, que assim dispõem:

"Lei nº 9.319/96

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)



II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

(...)

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

(...)

IN SRF 355/2003

Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

(...)

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

(...)"

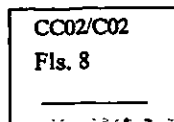
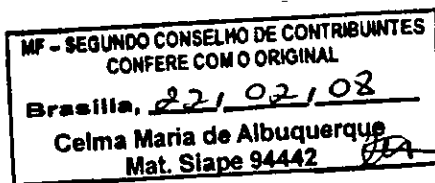
A matéria, quanto aos efeitos da exclusão, foi bem analisada pela Conselheira SUSY GOMES HOFFMANN, no Acórdão nº 301-32.815, na qual destaco o seguinte:

"Quanto à retroatividade do Ato de Exclusão cabe considerar o seguinte. A inscrição no Simples confere ao contribuinte a presunção relativa de desimpedimentos legal a este regime. Mas, sendo constatado algum impedimento, sua exclusão deve ser feita por dever de ofício.

Esta inscrição não garante que o contribuinte não possa sofrer os efeitos retroativos da exclusão, visto que não há direito a ser protegido contra texto expresso de lei, mesmo que equivocadamente advindo de órgão público competente.

Isto é, o ato ilegal não torna legal a situação irregular ostentada pelo contribuinte.





Ademais, a inércia do fisco, por ineficiência de seus órgãos fiscalizadores ao longo do tempo deixando uma empresa em determinado regime tributário de modo ilegal, também não valida a permanência do contribuinte, que estava em situação irregular desde sua constituição."

Portanto, a exclusão do Simples, em razão de a receita bruta ter ultrapassado o valor de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), está prevista em lei, e os procedimentos foram adotados em sua conformidade. Contudo, a contribuinte entende que a legislação ofende a Constituição ao determinar que a exclusão se dê desde o ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, que, no caso presente, seria 2001.

Do exame da inconstitucionalidade de norma legal

Alega a contribuinte que os órgãos administrativos têm competência para decidir sobre matéria constitucional em razão de entender que os efeitos da exclusão do Simples não devem retroagir.

Não erra a contribuinte quando afirma que este Eg. Conselho de Contribuintes pode e deve decidir de forma independente, contudo, está a ampliar demasiadamente esse conceito.

Em primeiro lugar, a independência dos Conselhos de Contribuintes não pode ultrapassar, ou melhor dizendo, invadir a competência que não é sua. Assim como o Supremo Tribunal Federal - STF é o guardião da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça - STJ é o guardião da legislação inferior e, em sendo assim, cabe àquelas casas definir o que é inconstitucional e/ou ilegal.

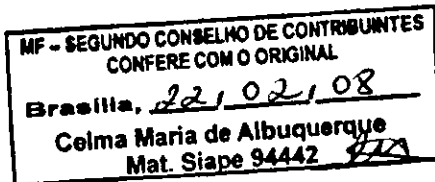
A liberdade dos Conselhos de Contribuintes está na interpretação dos fatos concretos envolvidos pelo processo administrativo, na aplicação de jurisprudência - de acordo com o entendimento de cada julgador, visto que sua aplicação não é obrigatória em todos os casos, mas sempre se pautando no que determina a Lei.

Por outro lado, é importante lembrar que as decisões administrativas são espécies de ato administrativo e, como tal, sujeitam-se ao controle do Judiciário. Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário. Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo, e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas.

Em face disso, existindo dúvida, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos (precedente: Acórdão nº 202.13.158, de 29 de agosto de 2001).

Portanto, a inconformidade da contribuinte deveria ser levada ao judiciário, que tem poder para decidir sobre inconstitucionalidade de lei.

No mais, oportuno lembrar que atualmente a matéria encontra-se sumulada pelo Segundo Conselho de Contribuintes, cuja redação é a seguinte: *SÚMULA Nº 2: O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade*



de legislação tributária (Aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, Publicada no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28).

Da inclusão do ICMS na base de cálculo

Relativamente à base de cálculo da Cofins, alega a contribuinte outra inconstitucionalidade: a inclusão do ICMS.

Assim como no caso do PIS, a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, a exemplo do extinto Finsocial, encontra-se sumulada:

"- Súm 94: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

Parece-me razoável se pensar que o crédito é calculado sobre o valor da nota fiscal de compra, sem a dedução do montante do ICMS, ainda que este seja recuperado na escrita fiscal. O comprador paga o valor da mercadoria e não o valor do ICMS. Nesse sentido vem decidindo a jurisprudência administrativa, ou seja, o ICMS, quando embutido no preço constante da NF de aquisição, integra o valor dos produtos adquiridos para fins de cálculo do crédito da Cofins.

Como é sabido, essa questão está em discussão perante o STF, no RE nº 240.785, de relatoria do Exmo. Ministro Marco Aurélio Mello. Contudo, tal julgamento ainda está em curso, não existindo decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria e, por essa razão, não pode este Conselho de Contribuintes se antecipar ao julgamento, posto que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é daquele Tribunal.

E é exatamente o que reza o art. 1º do Decreto nº 2.346/97:

"Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto".

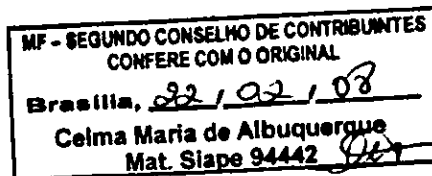
Portanto, deve prevalecer o lançamento sem a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Da alíquota

Alega também a contribuinte a inconstitucionalidade da majoração de alíquota da Cofins de 2% para 3%.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 357.950, Relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu que o aumento da alíquota da Cofins por lei ordinária não violou o princípio da hierarquia das leis. Portanto, a esta matéria aplica-se perfeitamente o art. 1º do Decreto nº 2.346/97 (acima transcrito), pelo que o auto de infração deverá ser mantido na forma em que lançado.

Da taxa Selic



Invoca também a inconstitucionalidade em relação à aplicação da Selic em débitos tributários. Novamente carece de razão a contribuinte, posto que os juros de mora com base na taxa Selic encontram-se expressamente estabelecido em lei – art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, c/c o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996 – sendo plenamente aplicável, de acordo com precedentes jurisprudenciais - AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC.

Do suposto crédito de IPI

Finalmente, alega a contribuinte que é detentora de crédito presumido de IPI, o qual, no seu entender, deveria ter sido compensado de ofício com o débito representado pelo presente auto de infração.

A decisão recorrida (fl.356) muito bem analisa a matéria quando assim se posiciona:

“É certo que o § 1º do art. 15 da Lei nº. 9.317, de 1996, determina que: A pessoa jurídica que, por qualquer razão, for excluída do SIMPLES deverá apurar o estoque de produtos, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem existente no último dia do último mês em que houver apurado o IPI ou o ICMS de conformidade com aquele sistema e determinar, a partir da respectiva documentação de aquisição, o montante dos créditos que serão passíveis de aproveitamento nos períodos de apuração subseqüentes.

No caso concreto, entretanto, não se percebe como a interessada chegou à conclusão de que seria detentora de um suposto crédito de IPI superior a R\$ 700.000,00, até mesmo porque não se trata de estabelecimento industrial ou equiparado, haja vista que explora o ramo de comercialização de materiais de construção, atividade não alcançada pela incidência do tributo em questão. Ainda que fosse estabelecimento industrial ou equiparado, o crédito de IPI apurado, de acordo com o texto legal acima transcrito, destinar-se-ia, especificamente, ao aproveitamento nos períodos de apuração subseqüentes, em observância ao princípio da não-cumulatividade.”

Cabe acrescentar ser a compensação uma opção da contribuinte, ou seja, uma faculdade que lhe é conferida por lei, e não obrigação do Fisco. O fato de existir a possibilidade de ser detentora de créditos junto à Fazenda Nacional, o que sequer foi devidamente comprovado nos autos, não invalida o lançamento de ofício. Findo o processo administrativo e mantido o crédito tributário lançado de ofício, nada obsta que a recorrente, pelas vias ordinárias, venha, dentro das normas legais permissivas, promover a compensação que alega ser do seu direito.

Conclusão

Diante de todo o acima exposto, nego provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 13 de dezembro de 2007.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

