



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 01/08/06

2º CC-MF
FI.

VISTO

Recorrente : FARMASA – LABORATÓRIO AMERICANO DE FARMACOTERAPIA S.A.
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

NORMAS PROCESSUAIS

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Havendo nos autos prova que a fiscalização atuou no sentido de aperfeiçoar a relação processual entre as partes não há que se falar na ocorrência da prescrição intercorrente delimitada no parágrafo 1º do art. 1º da MP nº 1.859-16/99.

CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. A análise da legalidade ou constitucionalidade de uma norma legal está reservada privativamente ao Poder Judiciário, conforme previsto nos arts: 97 e 102, III, b, da Carta Magna, não cabendo, portanto, à autoridade administrativa, apreciar a constitucionalidade de lei, limitando-se tão somente a aplicá-la. Nos termos do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente em razão de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nos casos expressos no referido ato normativo.

COFINS. ICMS. BASE DE CÁLCULO.. O ICMS por ser parte integrante do preço das mercadorias, integra a base de cálculo da Cofins. A exclusão de valores da base de cálculo da Cofins só se admite quando expressamente convencionado em lei.

→ Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FARMASA – LABORATÓRIO AMERICANO DE FARMACOTERAPIA S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Sandra Barbon Lewis
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernades de Carvalho, Júlio César Alves Ramos e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

| |
|-------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2º CG |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 29.12.05 |
| <i>[Assinatura]</i> |
| VISTO |

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612

Recorrente : FARMASA – LABORATÓRIO AMERICANO DE FARMACOTERAPIA S.A

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração (fls. 72/74), lavrado em 25/05/95, no valor equivalente a 447.231,74 UFIR, acrescido de multa de ofício e juros de mora.

A autuação refere-se a Cofins do período de apuração de abril de 1992 a dezembro de 1994.

A razão da autuação é o recolhimento através do tributo de maio de 1992 a dezembro de 1994, através de depósitos judiciais (DARF), calculado com exclusão do ICMS da base de cálculo mensal.

Entendeu o Fisco que as diferenças por ele apuradas e que não foram recolhidas nem depositadas, não estão amparadas pela sentença proferida em 29/09/93 nos Autos nº 92.068061-5 e, por isso, com base no artigo 151 do CTN, constituiu o crédito tributário sem suspender a exigibilidade.

O Contribuinte apresentou Impugnação ao Auto de Infração (fls. 77/79), onde alegou, que o ICMS não deve compor a base de cálculo da Cofins.

Entende que, conforme estabelece o artigo 2º da Lei Complementar 70/91, receita bruta é “*o produto da venda de bens e serviços nas transações ou operações de conta própria*” e que imposto não é remuneração, mas sim um repasse ao Fisco e, por isso, não deve integrar a receita, razão pela qual requereu a nulidade do Auto de Infração, fundamentando com o artigo 223 do Decreto nº 1.041 de 11 de janeiro de 1994.

A DRJ em Salvador – BA considerou o lançamento parcialmente procedente, reduzindo a multa de ofício de 100% para 75%, com base na retroação benigna da penalidade.

Alegou incompetência para julgar a constitucionalidade de leis e normas, com base no Parecer Normativo CST nº 329/1970.

Com relação à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, alegou ser devida, com base na Lei Complementar nº 70/91, artigos 2º e 10º.

No que cinge ao conceito de receita bruta citou o Decreto-Lei nº 1.598/1977, artigo 12, parágrafo 1º que define receita bruta e a diferença de receita líquida, da qual excluem-se os tributos sobre vendas.

Citou a Instrução Normativa nº 51, de 3 de novembro de 1978 que prevê a inclusão do ICMS na receita bruta e, portanto, incidente na base de cálculo da Cofins.

Inconformado com a decisão o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 119/129).

Alega, preliminarmente, a prescrição dos créditos em favor da Fazenda Nacional.

Sustenta que a Medida Provisória nº 1.859-16, vigente de 24 de setembro a 21 de outubro de 1999 a qual previa o prazo prescricional para o exercício da ação punitiva da administração pública federal direta e indireta, estabelecia que as ações punitivas que estivessem paralisadas a mais de três anos deveriam ser arquivadas de ofício ou a requerimento das partes. Afirma que o processo em tela esteve paralisado no período de 26 de junho de 1995 e durante todo o período de vigência da Medida Provisória, conforme se constata às fls. 81/85 datadas de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

| |
|-------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2º CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 29/12/1995 |
| VISTO |

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612

26/06/95. Ressalta que o despacho proferido à fl. 86, datado de 1997 não põe fim a pretensa prescrição por não esclarecer questões incidentais que obstam o conhecimento e julgamento do processo.

Ressalta que a MP fora editada anteriormente à Emenda Constitucional 32/2001 e que a MP se reveste de todos os efeitos de lei, sendo que requer sua aplicação ao período quem que se apurou a prescrição intercorrente.

No mérito, sustenta a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins. Inicialmente alega que a Constituição Federal, anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998, determinava a incidência das contribuições sociais apenas sobre o faturamento, razão pela qual não deve ser considerado o ICMS como base de cálculo.

Em segundo plano, alega que no caso do ICMS servir de base de cálculo para a Cofins, a incidência estará sendo sobre receita Estatal e não sobre o faturamento do Contribuinte, sendo que tal forma de tributar não é amparada pela Constituição federal.

Por fim, repisa todos os argumentos expendidos em sua Impugnação.

O Presente Recurso Voluntário está garantido pelo arrolamento de bens, fl. 121.
É o relatório.

M F



Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612

| |
|-------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2º CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 20/10/1995 |
| VISTO |

2º CC-MF
FL.

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
SANDRA BARBON LEWIS**

Preliminamente

1. Da prescrição.

A MP nº 1.859-16/99, no parágrafo 1º, art. 1º, ao estabelecer prazos para a prescrição do procedimento administrativo, é claro ao dispor que há a prescrição sobre processos paralisados há mais de três anos, por certo, se houve a intimação do Contribuinte em se manifestar nos autos (fl. 86), como a própria Recorrente aponta em seu Recurso Voluntário (fl. 126) não houve inércia da fiscalização.

Ademais, as alegações feitas pela Recorrente quanto ao caráter do despacho da fiscalização não podem prosperar, pois o despacho proferido pela autoridade visa esclarecer e aperfeiçoar a controvérsia instaurada.

Do Mérito

1. Base de Cálculo da Cofins.

O raciocínio desenvolvido pela Recorrente no sentido de que o ICMS é uma receita não pertencente à empresa vai contra os conceitos de faturamento e de receita bruta, delimitados na legislação específica.

Veja-se a regulação da matéria estabelecida na Lei Complementar nº 70 de 1991:

Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente. (grifei)

O conceito de receita é dado pelo Decreto-Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977, que dispõe:

Art. 12. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º - A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre as vendas.

4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612

| |
|-------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2º CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 29/11/1995 |
| VISTO |

2º CC-MF
Fl.

(....). (grifamos).

Se houvesse a pretensão de fazer incidir a Cofins sobre a receita líquida e não a receita bruta, bastaria ao legislador consignar expressamente sua intenção, como fez na alínea "a" do art. 2º da Lei Complementar nº 70 de 1991 ao retirar o IPI, do conceito de receita.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula nº 68 que remanesce com eficácia. Veja-se o teor:

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

A jurisprudência da corte vem ao nosso socorro, se não, vejamos:

Incluem-se os valores do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). (REsp 150.525/SP. DJ 24/08/1.998.)

Desta forma, legítima a atuação do FISCO em incluir o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins.

Veja-se ainda a posição do Conselhos de Contribuinte:

| | |
|-------------------------------|--|
| Número do Recurso: | <u>120899</u> |
| Câmara: | <i>TERCEIRA CÂMARA</i> |
| Número do Processo: | <i>10140.001819/99-93</i> |
| Tipo do Recurso: | <i>VOLUNTÁRIO</i> |
| Matéria: | <i>COFINS</i> |
| Recorrente: | <i>FRIGOTEL -FRIGORÍFICO TRES LAGOAS LTDA</i> |
| Recorrida/Interessado: | <i>DRJ-CAMPO GRANDE/MS</i> |
| Data da Sessão: | <i>18/03/2003 09:00:00</i> |
| Relator: | <i>Maria Teresa Martinez López</i> |
| Decisão: | <i>ACÓRDÃO 203-08745</i> |
| Resultado: | <i>NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE</i> |
| Texto da Decisão: | <i>Por unanimidade de votos, negou-se o provimento ao recurso.</i> |
| Ementa: | <i>COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91. Recurso ao qual se nega provimento.</i> |



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612



Ainda:

| | |
|-------------------------------|---|
| Número do Recurso: | 110563 |
| Câmara: | TERCEIRA CÂMARA |
| Número do Processo: | 10283.007098/94-22 |
| Tipo do Recurso: | VOLUNTÁRIO |
| Matéria: | COFINS |
| Recorrente: | UNIVERSAL COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA |
| Recorrida/Interessado: | DRJ-MANAUS/AM |
| Data da Sessão: | 22/02/2001 14:30:00 |
| Relator: | Renato Scalco Isquierdo |
| Decisão: | ACÓRDÃO 203-07118 |
| Resultado: | NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE |
| Texto da Decisão: | Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso |
| Ementa: | COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização, expressa da lei, para excluir o valor do ICMS esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. Recurso negado. |

2. Inconstitucionalidade e ofensa a princípios constitucionais.

Está consolidado o entendimento de que os Conselhos de Contribuintes não detêm competência para apreciar argüição de inconstitucionalidade de atos legais, por se tratar de órgãos julgadores administrativos, limitando-se tão-somente a aplicá-la sem emitir juízo sobre a sua legalidade ou constitucionalidade.

Aliás, essa conclusão decorre dos arts. 97 e 102, III, b, da Constituição Federal que reserva ao Poder Judiciário competência privativa para a análise da legalidade ou constitucionalidade de uma norma legal. Acrescente-se ainda o comando do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes que dispõe ser defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente em razão de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nos casos expressos no referido ato normativo.

A constitucionalidade de norma somente é apreciada no âmbito administrativo quando se encontra pacificada a interpretação no judiciário, não mais comportando divergência quanto a essa circunstância ou quando haja pronunciamento do Supremo Tribunal Federal – STF declarando a referida inconstitucionalidade.

Nesse sentido é o entendimento, já pacífico, da jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, conforme se infere do julgado abaixo, no qual o

11/6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13805.003487/95-30
Recurso nº : 128.190
Acórdão nº : 204-00.612

| |
|-------------------------|
| MIN. DA FAZENDA - 2º CC |
| CONFERE COM O ORIGINAL |
| BRASÍLIA 20/06/2005 |
| 4530 |

2º CC-MF
FI.

Conselheiro José Antônio Minatel, através do Acórdão nº 108-03.820, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, apresenta contribuição significativa sobre o tema:

Primeiramente, quero consignar que tenho entendimento firmado no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III "b", da Carta Magna.

O pronunciamento do Conselho de Contribuintes tem sido admitido não para declarar a inexistência de harmonia da norma com o Texto Maior, por lhe faltar esta competência, mas para certificar, em cada caso, se há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a matéria em litígio e, em caso afirmativo, antecipar aquele decisum para o caso concreto sob exame, poupando o Poder Judiciário de ações repetitivas, com a antecipação da tutela, na esfera administrativa, que viria mais tarde a ser reconhecida na atividade jurisdicional.

Dessa forma, resta prejudicada a análise e consideração dos argumentos aventados pela Recorrente no que pertine à legalidade e inconstitucionalidade de regras atinentes ao presente feito, razão pela qual, igualmente, não merece reparo a decisão de primeira instância, devendo a mesma ser mantida.

3. Conclusões

Ante o exposto, voto no sentido de indeferir o Recurso Voluntário interposto, mantendo em sua integralidade a decisão exarada pela DRJ em Salvador - BA.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.

SANDRA BARBOSA LEWIS