



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Cleo/9

Processo nº :13857.000064/2003-32

Recurso nº :140.694

Matéria :COFINS – EX. FIN. 1999

Recorrente :DISTRIBUIDORA CONSTANZO LTDA

Recorrida :1.ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP.

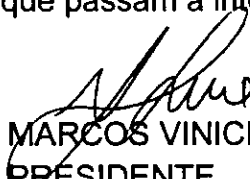
Sessão de :11 DE AGOSTO DE 2004

Acórdão nº :107-07.732

COFINS.TRIBUTAÇÃO AUTÔNOMA. COMPETÊNCIA.SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MF. RECURSO NÃO-CONHECIDO. A apreciação de recurso voluntário talhado em recolhimento autônomo insuficiente da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social acha-se confinada na competência do Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes.

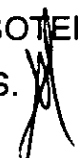
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DISTRIBUIDORA CONSTANZO LTDA. ,

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, Por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso da COFINS, para declinar a competência ao Segundo Conselho de Contribuintes, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


NEICYR DE ALMEIDA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 SET 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER, HUGO CORREIA SOTERO, MARCOS RODRIGUES DE MELLO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

Recurso nº : 140.694
Recorrente : DISTRIBUIDORA CONSTANZO LTDA

RELATÓRIO

I – IDENTIFICAÇÃO.

DISTRIBUIDORA CONSTANZO LTDA., empresa já qualificada na peça vestibular desses autos, recorre a este Conselho da decisão unânime proferida pela 1.ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto/SP., que concedera provimento parcial às suas razões iniciais, conforme demonstrativo de fls. 755.

II – ACUSAÇÃO.

Trata o presente processo de Auto de Infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, lavrado em decorrência da constatação de insuficiência de recolhimento da referida contribuição no período de janeiro a dezembro de 1998, verificada a partir do cruzamento dos dados informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais.

Conforme informado pela pessoa jurídica em sua Declaração de Informações Econômico-Fiscais, relativa ao ano-calendário de 1998, a receita da revenda de mercadorias durante o ano de 1998 totalizou a importância de R\$ 25.398.558,12, como se observa pelo documento de fl. 97.

Consta, ainda, da referida declaração, que a autuada ofereceu à tributação da COFINS, no período de apuração de janeiro a dezembro de 1998, a importância relativa à receita bruta no período de R\$ 2.650.205,00, conforme demonstra planilha de fl. 682.

Em função da divergência entre a receita da revenda de mercadorias informada na Declaração de Informações Econômico-Fiscais e o valor da receita bruta



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

submetida à tributação pela COFINS, a Fiscalização considerou que a diferença entre tais valores, na importância de R\$ 22.748.353,12 constitui valor a ser tributado pela Cofins no mês de dezembro de 1998, não obstante livro razão de fls. 311/467 e balancetes de fls. 468/493.

Foi constatado, também, que a contribuinte deixou de oferecer à tributação da COFINS, no mês de junho de 1998, o valor de R\$ 83.648,00.

III – AS RAZÕES LITIGIOSAS VESTIBULARES

Cientificada da autuação, em 25.05.2001, apresentou a sua defesa em 28.06.2001 (vol. 3.º), conforme fls. 686/711 do processo IRPJ e OUTROS sob o nº 13851.000606/2001-65 – Recurso nº 130.111.

. Em síntese, são essas as razões vestibulares extraídas da peça decisória:

alega que a receita informada em declaração entregue à Receita Federal, de fato, nunca alcançou aquele montante e que tal informação decorreria de erro de seu contador, o qual fez constar na declaração de rendimentos dados e valores que não pertencem à empresa.

Tecendo considerações gerais sobre a atividade da empresa, esclarece que recebe revistas em consignação e responde pelo pagamento apenas das redistribuídas e vendidas, não operando na comercialização junto ao público.

Que o pagamento se processa em função do saldo entre as revistas e periódicos entregues para revenda e as revistas e periódicos devolvidos às editoras; que as editoras concedem uma comissão pela distribuição das revistas e periódicos em função das vendas efetivas; que a prestação de contas pode ser visualizada na “chamada de encalhe”, documento que retrata o recebimento, a devolução e o saldo a pagar das revistas e periódicos efetivamente vendidos ao público em geral.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

A receita pela distribuição e venda das revistas é de 28%, sendo 18% destinados às bancas de jornais e 10% como receita da impugnante. Concluiu que tanto a receita própria, como a receita das editoras passam por sua conta bancária.

Aduziu que, uma vez contestando o lançamento de um determinado tributo, cabe à autoridade fazendária a prova de que houve, no mundo real, o acontecimento do fato que fez nascer a obrigação. Acrescentou que, pelo fato de a obrigação tributária nascer da ocorrência do fato gerador, a declaração do sujeito passivo não tem o condão de efetivamente constituir o crédito tributário e citou o Código Tributário Nacional (CTN), art. 142. Concluiu que não é de sua movimentação que esses valores devem ser tomados como verdadeiros. Juntou à impugnação as "chamadas de encalhe", os extratos bancários do período, bem como cópia do livro diário que foi feito por outro contador.

Informou que nas atividades por ela desenvolvidas não há compra de mercadorias a prazo, assim não se cogita da conta Fornecedores; e que o auditor fiscal se portou como se a empresa operasse nos moldes das empresas comerciais e industriais.

Apresenta resumo extraído da "chamada de encalhe", onde demonstra os valores referentes à remessa da editora para a impugnante, valores relativos à devolução de mercadorias não-vendidas, receita dos produtos vendidos, comissão de jornaleiros, pagamentos à editora pelas mercadorias vendidas, demonstrando, ao final, ter obtido um faturamento de R\$ 924.314,60 no ano-calendário de 1998.

Afirma que, restando comprovado que o faturamento da distribuidora corresponde a R\$ 924.314,60, este é o limite, ainda que fosse admissível qualquer cobrança sobre essa base de cálculo.

Alega que recolheu regularmente os valores devidos segundo o seu faturamento, não havendo qualquer pendência dessa contribuição. Afirma que, ao



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

contrário do que pretende a fiscalização, promoveu recolhimento a maior, uma vez que calculou a contribuição sobre 28% do total das vendas, quando, ao certo, pertence-lhe apenas 10%, porquanto 18% representam receitas de bancas de jornais.

Acrescentou, ainda, um veto constitucional a qualquer pretensão do fisco com relação ao imposto de renda na Constituição Federal (CF/88), art. 150, VI, "d", tratando-se de matéria pacificada no próprio seio dos Conselhos de Contribuintes, e que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n.º 103.778-4/DF, definiu que os impostos não devem incidir na venda dos livros e periódicos.

Defendeu a multa no patamar de 20%, nos termos da Lei n.º 9.430/96, art. 61, § 2.º. Ressaltou, ainda, que a multa no patamar de 75% tem efeito confiscatório, ferindo a CF, art. 150, inciso IV. Citou arestos do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.

Estribado em doutrina, contestou a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, alegando que ela tem natureza remuneratória e não moratória, sendo a sua adoção ilegal e inconstitucional. Aduziu que a Lei n.º 9.065/95 não encontra fundamento no CTN, art. 161, § 1.º, e que houve delegação da quantificação dos juros a órgão da administração federal, integrante do executivo, que é parte interessada na cobrança do tributo e na oscilação do mercado em razão dos títulos que emite. Citou decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) que entendeu pela inaplicabilidade da SELIC.

Requeru seja julgado totalmente improcedente o lançamento, bem como a realização de perícia em sua contabilidade, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 18, indicando seu perito e informando os quesito de fls. 711 do processo principal já citado.

IV– A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

Às fls. 4.123/4.131 (13.º volume), a decisão de Primeiro Grau exarou a seguinte sentença, sob o n.º 2.586, de 21 de outubro de 2002, assim sintetizada em suas ementas:

Assunto: Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Data do Fato Gerador: 30.06.1998 e 31.12.1998

FALTA DE RECOLHIMENTO. INSUFICIÊNCIA A BASE DE CÁLCULO.
A falta ou insuficiência de recolhimento da COFINS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo da COFINS devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento da empresa correspondente à sua receita bruta, assim entendida, a totalidade das receitas auferidas.

Normas Gerais de Direito Tributário.

Data do Fato Gerador: 30.06.1998 e 31.12.1998

JUROS DE MORA.SELIC.

Ao crédito tributário não recolhido no vencimento são acrescidos juros de mora calculados com base na Taxa Selic, cuja exigência está em total consonância com o Código Tributário Nacional (CTN).

MULTA.

A multa de ofício é aplicada nos casos de lançamento de ofício e não se confunde com a multa de mora aplicável nas hipóteses de procedimento espontâneo do contribuinte.

MULTA.CONFISCO.

O princípio do não-confisco tributário, nos termos do art. 150, IC da CF, não se aplica às penalidades, sendo incabível o reexame, pelo julgador administrativo, do juízo de valor adotado pelo legislador para fixar o percentual que cumpra a finalidade de punir o infrator.

V – A CIÊNCIA DA DECISÃO DE 1º GRAU VIA E.C.T.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

Cientificada, por via postal, em 06 de dezembro de 2002, conforme AR de fls. 31 ou 761 do Processo nº 13851.000605/2001-11, apresentou o seu feito recursal em 07.01.2003.

VI – AS RAZÕES RECURSAIS

Primeiramente, assinala que o julgamento de Primeira Instância não acolhera determinadas alegações da recorrente, sob a fundamentação de que o Controle de Constitucionalidade das Leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Contrariamente, o ente julgador exerce atividade administrativa atípica que foge aos tradicionais moldes de atuação que são impostos ao Administrador em sua conduta ordinária.

O julgador administrativo se abstrai da função típica de executor e comandos decorrentes de lei, para passar então a fiscalizar a atuação decorrente desses comandos.

Passando-se a esta atuação atípica, é imprescindível a nítida idéia de que a ele cabe, necessariamente, o exame da conformidade de lei posta em apreço, com a Constituição Federal, sob pena de se invalidar todo o julgamento então efetuado.

Raciocinar-se em sentido contrário equivale a admitir que o Ordenamento Jurídico permite escalas de análises. É dizer: o Órgão julgador Administrativo procede à análise da conformidade do ato administrativo com a portaria, da portaria com a ordem de serviço, da ordem de serviço com o regulamento, do regulamento com a lei, mas não pode apreciar se a lei está em conformidade com a Carta Magna, que é o arcabouço máximo da validade de todos esses atos normativos ou não a ela inferiores e subordinados.

7



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

Admitir-se tal fato significa limitar a matéria que é posta ao Julgador Administrativo, restringindo, indevidamente, a competência da qual são os Tribunais Administrativos atribuídos para o controle da legalidade da Administração Pública.

Colaciona ementa exarada pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, onde se destaca parte do voto proferido pelo Dr. Luiz Fernando de Carvalho Acácio, no Processo DRT – 5, nº 02.293/9:

“ os órgãos julgadores administrativos não flutuam ao largo da imperatividade da Constituição. Devem-lhe obediência. E não uma obediência em segundo plano, com preferência pela legislação ordinária, mas uma serviência em primeiro grau (...). Negar aos tribunais administrativos a possibilidade do exercício pleno da jurisdição é o mesmo que admitir estarem eles acima da lei Maior...” .

Resta claro, portanto, a possibilidade deste Egrégio Tribunal Administrativo proceder ao exame da legalidade e da constitucionalidade da questão a julgamento.

Ataca a cumulatividade da exação, asseverando que, naqueles tributos que incidem nas diversas etapas da produção e de comercialização, a não-cumulatividade fere o princípio constitucional da capacidade contributiva.

Não se pode admitir que a cobrança da exação, na forma pretendida pelo Fisco redunde em consequência que o legislador constituinte quis evitar ao prescrever a proibição contida no art. 150, inciso IV, da Carta Magna.

Assim, a COFINS se submete, pela sua própria natureza, às mesmas regras instituídas na Lei Magna para os tributos, dentre as quais se encontra a não-cumulatividade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

Cita os arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27.11.98, a qual introduziu as seguintes alterações acerca destas contribuições (PIS e COFINS), para aquela hipóteses em que a empresa repassa parte da receita para outra pessoa jurídica.

Apoiando-se no inciso III, § 2º, da Lei 9.718/98, registra que o seu faturamento corresponde exatamente à diferença entre o preço de venda menos o custo de aquisição das mercadorias.

A recorrente não desconhece que a MP 1991-17/2000 revogara o inciso III antes citado. Entretanto, o que é preciso ter em mente, é que a revogação consubstanciada na MP é mais uma manobra política, e por isso, não deve prejudicar o raciocínio jurídico exposto.

Traz à colação o art. 5º da Lei nº 9.716, de 26.11.1998, resultante da conversão da MP nº 1.725.

Propugna pela exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, visto tratar-se de tributo indireto. Vale dizer: se o Supremo Tribunal Federal assinala que somente a receita decorrente de venda de mercadoria mais a de prestação de serviços constituem o faturamento da empresa, ao se incluir na base de cálculo do mencionado tributo o valor referente ao ICMS, a COFINS não estará incidindo sobre a base de cálculo constitucionalmente prevista, mas sim sobre algo muito diferente disso. Ademais, a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS fere o princípio da capacidade contributiva, bem como o princípio da tipicidade cerrada que impera no âmbito do Direito Tributário.

Reproduz a sua irresignação em relação à cobrança da taxa de Juros com apoio no SELIC e à multa punitiva de 75%.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

VII – DO DEPÓSITO RECURSAL

Às fls. 35/37 e 60 e seguintes colaciona Termo de Arrolamento de bens e devidamente acolhido pela autoridade própria da Secretaria da Receita Federal (fls. 68).

É O RELATÓRIO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº : 107-07.732

VOTO

Conselheiro NEICYR DE ALMEIDA, relator.

Como assente no Relatório, trata o presente processo de Auto de Infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS - , lavrado em decorrência da constatação de insuficiência no recolhimento da referida contribuição no período de janeiro a dezembro de 1998, e aferida a partir do cruzamento dos dados informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais.

Segundo o Despacho de fls. 770 – Volume III – “ (...), a exigência da Contribuição tem por base fatos cuja apuração servira para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação da Pessoa Jurídica.”

Equivoca-se o servidor da SRF. Não se trata, na espécie, de tributo decorrente da exigência talhada no Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas, e nem mesmo se funda, no todo ou em parte, em fatos afins com aquele tributo. É iniludível que se trata, efetivamente, recolhimento autônomo insuficiente da referida contribuição social, comprovada pelo cruzamento de dados informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais, e explicitada às fls. 682 e seguintes (Volume III), como já ficara assente no relatório antes reproduzido.

Dessa forma, conformado ao inciso III, art. 8º da Portaria- MF - nº 55 de 16 de março de 1998, com as alterações da Portaria MF nº 103, de 23.04.2002 (DOU de 25.04.2002) dos Regimentos Internos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, a apreciação do presente recurso está confinada na competência do Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 13857.000064/2003-32
Acórdão nº :107-07.732

C O N C L U S ã O

Oriento o meu voto no sentido de não se tomar conhecimento das razões recursais perpetradas.

Sala das Sessões - DF, em 11 de agosto de 2004.

NEICYR DE ALMEIDA ICM