

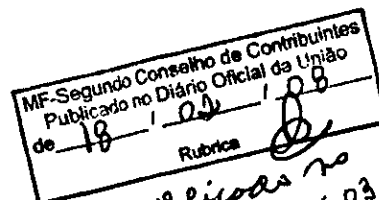


MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 01 / 08.
Sílvia Z. Barbosa
Mat.: SIAPE 91745

CC02/C01
Fls. 427

Processo nº 15374.002868/00-74
Recurso nº 138.051 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-80.760
Sessão de 21 de novembro de 2007
Recorrente INTERMED FARMACÊUTICA LTDA.
Recorrida DRJ no Rio de Janeiro - RJ



*Depositedo no
DDU de 05.03.088.*

Assunto: Contribuição para o Financiamento da
Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/09/1998 a 31/12/1999

Ementa: COFINS. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO.
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DA
INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS
PARA APRECIACÃO. SÚMULA Nº 2 DO 2º CC.

A autoridade administrativa não é competente para
decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos
atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES.
PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo
da Cofins e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades
administrativas e tribunais - que não dispõem de função
legislativa - não podem conceder, ainda que sob
fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base
de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a
quem o legislador, com apoio em critérios impessoais,
racionais e objetivos, não quis contemplar com a
vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos
magistrados e administradores essa anômala função
jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los
em inadmissíveis legisladores positivos, condição
institucional esta que lhes é recusada pela própria
Constituição Federal.

for

Wally

JUROS DE MORA. SELIC. INCIDÊNCIA.

O STJ não declarou a inconstitucionalidade do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, restando pacificado na Primeira Seção que, com o advento da referida norma, teria aplicação a taxa Selic como índice de correção monetária e juros de mora, afastando-se a aplicação do CTN, o que justifica a incidência de atualização do débito fiscal não recolhido, a partir do seu vencimento.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Se tanto na fase instrutória como na fase recursal a interessada não apresentou nenhuma evidência concreta e suficiente para descaracterizar a autuação, há que se manter a exigência tributária.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. A Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas acompanhou o Relator pelas conclusões. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. Leonel Martins Bispo, OAB/MG 97.449.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco, Antônio Ricardo Accioly Campos e Gileno Gurjão Barreto.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	09 / 01 / 08
Sílvia Siqueira Barbosa Mat.: Sisppe 91745	

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 274/288, vol. II) contra o Acórdão DRJ/RJOII nº 7.567, de 18/02/2005, constante de fls. 259/267, exarado pela 5ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente o lançamento original de Cofins, notificado em 16/10/2000 (fls. 209/215 e 216), no valor total de R\$ 272.018,94 (Cofins: R\$ 138.463,47; juros de mora: R\$ 29.707,90; multa proporcional: R\$ 103.847,57), que acusou a ora recorrente de falta de recolhimento de Cofins, em razão de diferenças apuradas no período de 30/09/98 a 31/12/99.

Em razão desses fatos a d. Fiscaлизация considerou infringidos os arts. 1º e 2º da LC nº 70/91; e 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, e ainda exigíveis a multa de 75%, capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e juros à taxa Selic nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 259/267, da 5ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, houve por bem julgar procedente o lançamento original de Cofins, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/09/1998 a 31/12/1999

Ementa: Inconstitucionalidade

Não compete à autoridade administrativa exercer controle de constitucionalidade de ato normativo legitimamente inserido no Ordenamento Jurídico, função própria, exclusiva e indelegável do Poder Judiciário.

Valores Repassados. Exclusão. Impossibilidade.

Valores repassados a outras pessoas jurídicas, não podem ser excluídos da base de cálculo da Cofins, por falta de amparo legal.

Lançamento de Ofício

Cabível o lançamento de ofício, com multa de 75% sobre o tributo devido ou diferença, quando provada a falta de declaração ou provada a declaração inexata, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96.

Taxa Selic

Sobre os débitos com a União, não quitados no prazo previsto pela legislação, incidirão juros de mora, calculados à taxa Selic, acumulada mensalmente, nos termos do art. 61 da Lei 9.430/96.

Lançamento Procedente".

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 274/288) oportunamente apresentadas e instruídas com Arrolamento de bens (cf. fl. 296) a ora recorrente sustenta a insubsistência da

[Assinatura]

Rd/4

Processo n.º 15374.002868/00-74
Acórdão n.º 201-80.760

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 09/01/08	CC02/C01 Fls. 430
SSB Sílvia S. de A. Barbosa Mat: Siga 91745	

autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) a inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo da contribuição dos repasses de despesas com comissões, fretes, ICMS, bem como qualquer outra despesa que seja inerente à atividade e diretamente vinculada aos custos de operação; c) a inconstitucionalidade da revogação da MP nº 1.991-18, que violaria os princípios da isonomia e da capacidade contributiva; d) a impossibilidade de majoração da alíquota da Cofins pelo art. 8º da Lei nº 9.718/98; e) a confiscatoriedade da multa; e f) a inexigibilidade da taxa Selic.

É o Relatório.

SSB

SSB

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	09 / 01 / 08
Sílvia Siqueira Barbosa Mat.: Sipe 91745	

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, não merece provimento.

Inicialmente, anoto ser assente na jurisprudência deste Conselho que *"a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo"*, razão pela qual ficam prejudicadas as alegações recursais de confiscatoriedade da multa e supostas violações aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Por outro lado, como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado, que é apurado "por dentro", não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS, contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592)." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp nº 706.766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/2006, rel. Min. Luiz Fux, publ. in DJU de 29/05/2006, p. 169)

A jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelo Poder Legislativo, sendo certo ainda que, no caso excogitado (exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador



positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. Celso de Mello). (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ, vol. 188/237).

Finalmente, no que toca à incidência dos acréscimos moratórios calculados à taxa Selic, também são devidos, como expressamente admite a jurisprudência do Egrégio STJ, que já se pacificou no sentido da constitucionalidade e legalidade da aplicação da taxa Selic na atualização dos débitos fiscais não-recolhidos integralmente no vencimento, como se pode ver das seguintes ementas:

"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA - LEI ESTADUAL - TAXA SELIC - LEI 9.250/95 - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA.

(...)

5. A Corte Especial do STJ, no REsp 215.881/PR, não declarou a inconstitucionalidade do art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, restando pacificado na Primeira Seção que, com o advento da referida norma, teria aplicação a taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora, afastando-se a aplicação do CTN.

6. A taxa SELIC, segundo o direito pretoriano, é o índice a ser aplicado para o pagamento dos tributos federais e (...), deve incidir a partir de 01/01/96.

7. Recurso especial da Fazenda Estadual provido.

8. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido." (cf. Acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp nº 691025-MG, Reg. nº 2004/0131305-2, em sessão de 11/04/2006, rel. Min. Eliana Calmon, publ. in DJU de 23/05/2006, p. 140)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: EREsp 418940/MG, 1ª S., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 09.12.2003; REsp 552049/SC, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 27.06.2005; REsp 586219/MG, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02/05/2005.

2. Embargos de divergência a que se dá provimento." (cf. Acórdão da 1ª Seção do STJ nos Emb. de Div. no REsp nº 623.822-PR, Reg. nº 2005/0018740-6, em sessão de 24/08/2005, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 12/09/2005, p. 200)

[assinatura]

[assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 09/01/08	558
Sílvia Ribeiro de Carvalho Mat.: Siapa 91745	

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

- 1. É legal a aplicação da taxa SELIC na atualização dos débitos fiscais não-recolhidos integralmente no vencimento.*
- 2. Na linha de orientação desta Corte Superior, a SELIC, além de ser utilizada como índice de correção monetária e de juros moratórios em relação aos tributos federais (Lei 9.250/95), deve ser aplicada também na correção dos tributos estaduais, nas hipóteses em que haja lei estadual autorizando a sua incidência.*
- 3. Precedentes da Primeira Seção e de ambas as Turmas que a compõem.*
- 4. Embargos de divergência providos." (cf. Acórdão da 1ª Seção do STJ nos Emb. de Div. no REsp nº 426967-MG, Reg. nº 2005/0080285-4, em sessão de 09/08/2006, rel. Min. Denise Arruda, publ. in DJU de 04/09/2006, p. 218)*

Assim, não se justifica a reforma da r. decisão recorrida nesse particular, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando que tanto na fase instrutória como na fase recursal a ora recorrente não apresentou nenhuma evidência concreta e suficiente para descaracterizar a autuação.

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário (fls. 274/288, vol. II) para manter a r. decisão constante de fls. 259/267 da 5ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro - RJ.

Sala das Sessões, em 21 de novembro de 2007.


FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

