



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

2.º	PUBLICADO NO D.O.U.
C	28/04/1998
C	<i>J. R. Galante</i> Rubrica

Processo : 10480.006621/95-76

Acórdão : 201-71.120

Sessão : 18 de novembro de 1997

Recurso : 101.198

Recorrente : CALAM ALIMENTOS DA AMAZÔNIA LTDA.

Recorrida : DRJ em Recife - PE

**COFINS - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N° 70/91** - A Lei Complementar nº 70/91 é constitucional, conforme decidiu o STF na ADC 1-1-DF. **BASE DE CÁLCULO - ICMS** - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91. **MULTA** - Reduz-se a penalidade aplicada por força do art. 106, II, do CTN c/c o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96. **Compensação** - Eventuais créditos dos sujeitos passivo e ativo devem ser liquidados em procedimento interno junto à Secretaria da Receita Federal, conforme disposto nos arts. 73 e 74, possibilitando sua compensação ou restituição. **Recurso provido em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
CALAM ALIMENTOS DA AMAZÔNIA LTDA.

**ACORDAM** os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a multa, nos termos do voto do relator.**

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 1997

Luiza Helena Galante de Moraes  
**Presidente**

Expedito Terceiro Jorge Filho  
**Relator**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Valdemar Ludvig, Geber Moreira, Sérgio Gomes Velloso, Jorge Freire e João Berjas (Suplente).

Fclb/mas



**Processo :** 10480.006621/95-76

**Acórdão :** 201-71.120

**Recurso :** 101.198

**Recorrente :** CALAM ALIMENTOS DA AMAZÔNIA LTDA.

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

“Para a exigência do Crédito Tributário adiante especificado, foi lavrado contra a pessoa jurídica supra mencionada, o Auto de Infração constante do presente processo, fls. 01 a 18, de conformidade com as normas prescritas pelo Decreto nº 70.235/72, art. 9º, parágrafo 1º, com a nova redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93:

<u>CONTRIBUIÇÃO</u>	<u>CRÉDITO/(UFIR)</u>
COFINS (fatos geradores até 31.12.94)	1.202.789,13
Juros de Mora (calculados até 27.06.95)	193.602,83
Multa Proporcional	<u>1.202.789,13</u>
<b>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	<b>2.599.181,09</b>

<u>CONTRIBUIÇÃO</u>	<u>CRÉDITO/(REAIS)</u>
COFINS (fatos geradores a partir de 01.01.95)	119.680,00
Juros de Mora (calculados até 01.06.95)	11.402,81
Multa Proporcional	<u>119.680,00</u>
<b>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	<b>250.762,81</b>

O Crédito Tributário, acima, decorreu da infração descrita no Auto de Infração às fls. 01 a 18, que passa a integrar a presente Decisão, como se aqui transcrito fosse, bem como tudo mais que do processo consta, a qual corresponde a seguinte irregularidade, e enquadramento legal:



Processo : 10480.006621/95-76

Acórdão : 201-71.120

### 1 - FALTA DE RECOLHIMENTO DA COFINS:

- As bases tributáveis lançadas, da COFINS, encontram-se discriminadas às fls. 03 a 04.

Capitulação Legal: Arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70 de 30.12.91

As fundamentações legais e as bases tributáveis dos lançamentos estão devidamente expressas no Auto de Infração fls. 01 a 18.

Tempestivamente, a autuada formula as suas razões de DEFESA às fls. 20 a 34, impugnando **totalmente** o Auto de Infração contra ela lavrado, sob as seguintes argumentações:

Primeiramente, a autuada alega a INCONSTITUCIONALIDADE da COFINS, procedendo, entre outros, aos seguintes argumentos:

- que a COFINS não poderia ser cobrada com base no faturamento, porque esse parâmetro já integra a base de cálculo do PIS, isto posto, há identidade de base de cálculo com outros tributos (art. 195, parágrafo 4º, c/c art. 154, I da CF);

- que a suposta contribuição social poderia ser criada para financiar a Seguridade Social, a qual tem órgão, orçamentos e mecanismos próprios de cobrança, e que ainda assim é arrecadada pela Receita Federal;

- que a sua natureza cumulativa fere o princípio constitucional contido no art. 154, I da CF.

Sobre o assunto, a impugnante traz aos autos os seguintes entendimentos:

- do juiz Federal Américo Lacombe, no julgamento plenário do FINSOCIAL pelo TRF da 3º Região;

- do Egrégio Plenário do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, na AMS nº 976-L;

- do Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho;



Processo : 10480.006621/95-76

Acórdão : 201-71.120

- do Juiz Federal Hugo de Brito Machado, através do seu voto no julgamento plenário do FINSOCIAL, pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 2240/PE;

- da Justiça Federal em São Paulo, em decisão da Juíza da 2º Vara da Justiça Federal de Santos, Therezinha Cazerta de Godoy Bueno;

- do Prof. Geraldo Ataliba, no trabalho “Contribuições Sociais”, publicado às fls. 02, do periódico “Folha de São Paulo”, do dia 27.10.92;

Em sua defesa, a impugnante também se insurge contra a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição, alegando que, de acordo com o art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/77, a receita bruta de vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados, e que a Instrução Normativa nº 51/78 estabelece que na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados do comprador ou contratante e dos quais o vendedor de bens ou prestador de serviços seja mero depositário.

Sobre o assunto a impugnante cita trabalho do Tributarista Luiz Felipe Gonçalves de Carvalho, nominado “Base de cálculo do PIS-Faturamento e do FINSOCIAL, (ABDF - resenha nº 10).

A autuada, em sua peça impugnatória, também alega que é detentora de crédito tributário relativo a valores pagos a maior a título de FINSOCIAL, o qual por força do art. 66 da lei nº 8383/91, faz jus a devida compensação, e que, tal fato, deveria ter sido observado pelo fiscal autuante.

Concluindo, a impugnante, também se insurge contra a cobrança dos juros moratórios alegando que a sua cobrança em percentuais superiores a 1% ao mês, estaria infringindo, desta forma, a Constituição Federal em seu art. 192, parágrafo 3º, o Código Tributário Nacional no art. 161 parágrafo 1º, e o Código Civil Brasileiro nos arts. 1.062 e segs., os quais estabelecem, como taxa de juros admissível, o percentual de 1% ao mês, e que a cobrança de percentuais superiores ao estipulado implica em crime de usura.



Processo : 10480.006621/95-76

Acórdão : 201-71.120

Finalizando, a impugnante requer seja reduzida a base de cálculo e conseqüentemente, os valores devidos da COFINS, bem como o expurgo das parcelas atinentes aos juros extorsivos, e que seja permitida a compensação do “*quantum debeatur*” final com os créditos tributários de FINSOCIAL, com a solicitação da realização, para tanto, de perícia e diligências necessárias à fixação desses valores.”

O lançamento de ofício foi julgado procedente através da Decisão nº 756/96, cuja ementa transcrevo:

**“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL -COFINS-**

**INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS:**

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da INCONSTITUCIONALIDADE das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

**EXCLUSÃO DO ICM DA BASE DE CÁLCULO:**

As pessoas jurídicas a que se referem o art. 1º da Lei Complementar nº 70/91, na determinação da base de cálculo da COFINS, não poderão excluir o ICMS, vez que o mesmo integra o valor total da operação e não está contemplado entre as exclusões previstas no referido diploma legal.

**COMPENSAÇÃO DO FINSOCIAL COM A COFINS:**

É vedada a compensação de créditos de contribuição extinta, como é o caso do FINSOCIAL, com débitos de contribuição vigente - COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70/91 de 30.12.91.”

Em suas razões de decidir o julgador singular não acolheu o pedido de perícia por não terem sido atendidos os requisitos previstos no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Inconformada com a decisão monocrática, a recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário onde reitera os argumentos expendidos exceto a solicitação de perícia.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo : 10480.006621/95-76**

**Acórdão : 201-71.120**

Às fls. 74/88, constam as Contra-Razões ao recurso voluntário ofertadas pela Douta Procuradoria da Fazenda Nacional, que sinteticamente reproduzo:

1. que para que haja compensação, é preciso que se tenha créditos líquidos e certos e que o contribuinte apresente prova pré-constituída onde fique evidenciada a existência de débitos a serem compensados com o FINSOCIAL, bem como têm que ser demonstrado o *quantum* a ser compensado, conforme art. 170 do CTN. A contribuinte não atendeu a nenhuma dessas condições. Cita decisões judiciais para respaldar seus argumentos;

2. o § 1º do art. 66 da Lei nº 8.383/91 só admite a compensação de tributos e contribuições da mesma espécie; e o FINSOCIAL e a COFINS são tributos de espécies distintas, esta tem natureza de contribuição social, conforme Ação Direta de Constitucionalidade nº 1-1-DF, aquele é um imposto conforme entendeu o STF no RE nº 150.764-1;

3. a compensação é forma excepcional de extinção do crédito tributário e, por isso, a lei que a autoriza não pode receber interpretação extensiva;

4. propugna pela inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS citando para isso súmulas do TFR e STJ relativas ao PIS e FINSOCIAL;

5. a TRD pode ser exigida pois tem base legal, Lei nº 8.218/91;

6. requer a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.



**Processo : 10480.006621/95-76**

**Acórdão : 201-71.120**

## VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO

Do relatado depreende-se que a ora recorrente alega que a COFINS instituída pela Lei Complementar nº 70/91, fere vários artigos do texto constitucional vigente.

Esse Colegiado tem decidido, de forma reiterada, que não cabe ao Conselho de Contribuintes decidir acerca de constitucionalidade de leis ou atos normativos, matéria privativa do Poder Judiciário.

Porém, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF, reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade da COFINS instituída pela Lei Complementar nº 70/91.

Portanto, face ao disposto no art. 1º do Decreto nº 2.346/97, deve-se, no caso em questão, declarar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91.

Insurge-se a empresa contra a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Diz o art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 que a base de cálculo da contribuição será o faturamento mensal, entendendo-se por tal a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

O parágrafo único do mesmo artigo especifica quais valores não compõem a base de cálculo: o do IPI, destacado em separado em nota fiscal; e das vendas canceladas, das devolvidas; e dos descontos concedidos incondicionalmente.

O ICMS compõe o preço do produto e, consequentemente, do faturamento da empresa.

A matéria já é bastante conhecida deste Conselho que, tal qual o Poder Judiciário, tem decidido pela inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

A pretensa inconstitucionalidade alegada pela empresa por terem os juros ultrapassado o percentual fixado no art. 192, § 3º, da Lei Maior, não merece acolhida pois esse dispositivo carece de regulamentação, pois não é auto-aplicável.

Alega a ora recorrente que recolheu a maior o FINSOCIAL e por isso quer compensar esse crédito com a COFINS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10480.006621/95-76

Acórdão : 201-71.120

No tocante ao pedido de compensação não tomo conhecimento do mesmo, pois a matéria não é objeto do lançamento, devia a contribuinte protocolizar pedido de compensação, conforme determina a Instrução Normativa nº 21/97 alterada pela Instrução Normativa nº 73/97.

O Conselheiro Jorge Freire ao prolatar Voto no Recurso nº 103.082, assim abordou a matéria:

“Só assim a Fazenda, de posse de seus créditos líquidos, poderá permitir-se compensar ou restituir algo. Também não há como aferir a liquidez dos eventuais créditos do contribuinte. E, sem créditos líquidos, impossível a compensação.

Por outro lado, consoante a previsão do art. 462 do Código de Processo Civil, hoje vige a Lei 9.430, de 27/12/96, devendo tal fato também ser considerado neste julgamento. Esta norma, em seus arts. 73 e 74 regulam hoje a compensação e restituição de tributos e contribuições federais. A norma foi regulamentada pela Administração Tributária através da IN SRF 21, de 10/03/97, parcialmente alterada pela IN SRF 73, de 15/09/97.

Quer nos parecer que o legislador preocupou-se com a questão orçamentária que envolve a matéria, considerando que numa estatuiu que “a parcela utilizada para quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou respectiva tribuição”(Lei 9.430/96, art. 73, II). E isto só é possível ser feito em procedimento interno no âmbito da Receita Federal (art. 73, caput), de modo a unificar procedimentos, tornando efetivo os direitos aqui alegados, aferindo a liquidez dos créditos dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídico tributária, e, assim, permitindo a justa compensação ou restituição.”

Face ao disposto no art. 106, II, do CTN c/c o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 a multa de ofício aplicada é de 75%.

Em razão do acima exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para reduzir a multa de ofício para 75%.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 1997

EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO