



Processo nº : 10840.000611/2003-71

Recurso nº : 124.017

Acórdão nº : 203-09.290

Recorrente : SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.  
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

**NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.** As instâncias administrativas não compete apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.  
**Preliminar rejeitada.**

**COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE.** O princípio constitucional da não-cumulatividade apresenta-se especificamente para o IPI e o ICMS, não alcançando, automaticamente, a Cofins, o que implica a interpretação de sua curnulatividade.

**BASE DE CÁLCULO.** O ICMS, por compor o preço do produto e não estar inserido nas hipóteses de exclusão dispostas em lei, integra a base de cálculo da Cofins.

**MULTA DE OFÍCIO.** É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de multa de ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo.

**TAXA SELIC.** A título de juros de mora é legítimo o seu emprego nos termos da Lei nº 9.430/96, que está em conformidade com o § 1º do art. 161 do CTN, não se submetendo à limitação de 12% anuais contida no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, por não se referir à concessão de crédito e estar esse dispositivo constitucional na pendência de regulamentação através de legislação complementar.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo  
Presidente

Luciana Pato Peçanha Martins  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf/ovrs



Processo nº : 10840.000611/2003-71  
Recurso nº : 124.017  
Acórdão nº : 203-09.290

Recorrente : SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ em Ribeirão Preto – SP:

“A empresa qualificada em epígrafe foi autuada em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins do período de maio de 2000 a outubro de 2002.

2. Conforme descrição dos fatos de fls. 8 e 9 e demonstrativos de fls. 9 a 16, os autuantes constituíram o crédito tributário no valor de R\$5.902.912,00, sendo R\$3.011.058,67 de contribuição, R\$633.559,43 de juros de mora e R\$2.258.293,90 de multa proporcional à contribuição.

3. A base legal do lançamento encontra-se descrita nas fls. 9 e 14.

4. Devidamente científica em 27/02/2003, conforme declaração firmada no próprio corpo do auto de infração à fl. 7, a interessada apresentou em 24/03/2003, representada por Brasil, Salomão e Matthes Advocacia, a impugnação de fls. 125 a 142.

5. Nela a impugnante alegou, em síntese:

5.1. A fiscalização desobedeceu a técnica não-cumulativa do sistema tributário nacional, pois sua receita é a diferença entre o valor pago pela aquisição dos insumos e o valor que será pago pelo consumidor final.

5.2. A tributação sobre a receita bruta tem feição confiscatória, ferindo o art. 150, IV da Constituição Federal e também seu art. 170, que dispõe sobre a livre iniciativa.

5.3. O procedimento da empresa já foi deferido para alguns setores de atividades, como o da revenda de veículos usados, previsto na Lei nº 9.176, de 1998. A própria Lei nº 9.718, de 1998, prevê a exclusão de receitas repassadas para outras pessoas jurídicas, em seu art. 3º, § 2º, III.

5.4. Houve incidência da Cofins sobre parcela isenta decorrente de vendas para empresa exportadora.



Processo nº : 10840.000611/2003-71

Recurso nº : 124.017

Acórdão nº : 203-09.290

5.5. A edição da Lei nº 9.718, de 1998, possui aspectos jurídicos que invalidam as alterações por ela promovidas, seja quanto à extensão da base de cálculo, seja quanto ao aumento da alíquota.

5.6. O ICMS deve ser excluído da base de cálculo do Cofins, em obediência à Lei nº 4.506, de 1964, ao Decreto-Lei nº 1.598, de 1975, e por afrontar o princípio da capacidade contributiva e da tipicidade cerrada.

5.7. A incidência da taxa Selic sobre o débito não encontra respaldo jurídico, pois tal índice possui caráter remuneratório, e não moratório.

5.8. A multa de 75% é inaplicável, pois em momento algum houve o cotejamento da contabilidade da impugnante nos períodos apurados pelo Fisco Federal, bem como não existiu a descaracterização da sua escrita fiscal, ou apontamento de indícios de erro, fraude ou conduta dolosa. Também possui caráter confiscatório. Assim, ela deve ser redimensionada para o limite máximo para os casos como o presente, qual seja, de 20%.

6. Requereu que fosse julgado improcedente o lançamento ou atendidos os pedidos alternativos.”

Pelo acórdão de fls. 150/156 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto – SP julgou procedente a ação fiscal:

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

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/10/2002

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

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. ICMS.

O ICMS compõe a base de cálculo da Cofins.

CONSTITUCIONALIDADE.

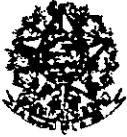
O exame de constitucionalidade das leis é reservado ao Poder Judiciário.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA.

A multa de lançamento de ofício é aplicável nos casos de falta de recolhimento de tributos apurada em procedimento fiscal.

Lançamento Procedente”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 181/196), reiterando os argumentos da peça impugnatória.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

**Processo nº : 10840.000611/2003-71**

**Recurso nº : 124.017**

**Acórdão nº : 203-09.290**

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário, procedeu-se à juntada de comprovante de arrolamento de bens (fls. 197/203).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. S. G." or a similar initials.



Processo nº : 10840.000611/2003-71

Recurso nº : 124.017

Acórdão nº : 203-09.290

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS**

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

Uma questão preliminar precisa ser enfrentada, qual seja, a discussão na esfera administrativa sobre **inconstitucionalidade das normas tributárias**.

A Contribuição em apreço foi exigida nos exatos termos da Lei Complementar nº 70/1991 e da Lei nº 9.718/1998, as quais integram o ordenamento jurídico pátrio, tendo, portanto, vigência e eficácia plena enquanto não declaradas inconstitucionais pelo poder competente. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou os demais órgãos judicantes do Poder Judiciário, em controle difuso. Neste caso, para ter efeito *erga omnes*, necessita de resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Excelsa Corte. Assim, o contencioso administrativo não é o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza.

Nesse sentido é a jurisprudência torrencial deste Colegiado e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Daí seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

No que diz respeito à alegação de não-cumulatividade da contribuição, adoto o entendimento do Conselheiro Luiz Roberto Domingo esposado no Acórdão nº 202-13.113, que a seguir transcrevo:

*"De plano, é de se constatar que não cabe razão à recorrente quanto às alegações de inconstitucionalidade da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, seja pelo fato de a Lei Complementar nº 70/91, que a instituiu, ter sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo fato de não ter sido essa exação constituída sob os auspícios do princípio da não-cumulatividade.*

*Como bem salientou em seu Recurso, a recorrente adotou o critério da não-cumulatividade a "modus próprios", entendendo ser aplicável à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.*

*Com efeito, a Constituição Federal, como carta política de estrutura do Estado, que cria os mecanismos da dinâmica de todo o sistema jurídica nacional, adotou o princípio da não-cumulatividade, especificamente, para alguns impostos. Diz, expressamente, quando atribui a obediência ao princípio, que determinado tributo será não-cumulativo.*



Processo nº : 10840.000611/2003-71  
Recurso nº : 124.017  
Acórdão nº : 203-09.290

*A dicção expressa, contida nos arts. 153, § 3º, inciso II, e 155, § 2º, inciso I, não deixa dúvidas que para os outros tributos, que atuam em cadeias comerciais e produtivas, não haverá a aplicação do princípio da não-cumulatividade.*

*Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade do aumento da alíquota do FINSOCIAL não guarda relação jurídica com a exigibilidade da COFINS, uma vez que a COFINS foi inserida no mundo jurídico por legislação própria e desvinculada da contribuição social que substituiu. Não se pode atribuir o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma específica (do FINSOCIAL) a outra norma que sequer refere-se à mesma contribuição.*

*O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito, tanto que, quando do julgamento da inconstitucionalidade da Lei nº 7.789/89, aquele Colegiado Magno deferiu o aditamento à inicial para que a declaração de inconstitucionalidade alcançasse as disposições normativas contidas na nova lei, a Lei nº 8.212/91.*

*Isso é prova de que, quando o Supremo Tribunal analisa a constitucionalidade de uma norma, o faz especificamente em relação àquela norma, relativa àquele dispositivo normativo veiculado, e não outro, ainda que o venha a substituir.*

*O rigor que é compreensível, desde que entendido o Sistema Político e o equilíbrio das forças políticas conformados na Constituição Federal, no qual há um respeito mútuo entre os poderes, com o fim de preservar o Estado de Direito e o próprio Sistema Político-Jurídico estabelecido.*

*Contudo, no caso em tela, sequer trata-se de norma decorrente de alteração, cuja eventual inconstitucionalidade viesse a persistir. Trata-se, sim, de contribuição nova, instituída por lei complementar, no âmbito da competência tributante da União, cuja constitucionalidade foi declarada em Ação Direta de Constitucionalidade nº 01-01-DF. "*

No que tange à pretensão da reclamante de ver excluído o valor do ICMS "embutido na base de cálculo" da COFINS, a jurisprudência firmada neste Colegiado e também no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não se admitir tal exclusão, haja vista que predito imposto integra o preço do produto ou mercadoria vendidos e, consequentemente, o faturamento da empresa.

A Lei Complementar nº 70/1991 preceitua que a base de cálculo da contribuição é o faturamento mensal, assim entendido a receita bruta das vendas de mercadorias e/ou serviços de qualquer natureza, excluídos do IPI destacado em separado no documento fiscal; das vendas canceladas; das devolvidas; e dos descontos concedidos incondicionalmente (art. 2º e seu parágrafo único).



Processo nº : 10840.000611/2003-71

Recurso nº : 124.017

Acórdão nº : 203-09.290

Veja-se que o legislador excluiu o IPI da base de cálculo da contribuição porque esse imposto não integra o valor da mercadoria, é destacado em separado. Já o ICMS compõe o preço do produto ou do serviço, inclusive, compõe a sua própria base de cálculo, já que esta é o preço final da mercadoria ou serviço, nele incluído o montante do tributo estadual. Assim, por exemplo, se um produto custa R\$100,00, neste montante já estão incluídos os R\$17,00 de ICMS resultantes da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$100,00. Como se vê, predito imposto compõe o preço da mercadoria vendida. Nesse mesmo exemplo, se o produto fosse sujeito ao Imposto sobre Produtos Industrializados, esse tributo federal teria como valor tributável os mesmos R\$100,00, mas nestes não estaria incluído o valor do IPI, o qual seria destacado à parte e acrescido ao total da nota fiscal.

Ora, como o valor do ICMS integra o preço da mercadoria ou serviço e, por conseguinte, a receita bruta do sujeito passivo e não foi implícito ou explicitamente excluído, pelo legislador, da base de cálculo da contribuição, não há possibilidade legal de proceder-se à exclusão pretendida pela reclamante.

No sulco desse entendimento vem trilhando este Segundo Conselho de Contribuintes, como demonstram os Acórdãos nºs 203-07.717, 203-07.663, 202-13.113 e 202-13.095, e, também, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Resp nº 152.736/SP (DJU, I, de 16.02.1998).

A respeito da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estritos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular o percentual da multa de ofício a ser exigida do sujeito passivo, pois a própria lei já a especifica. No caso presente, a penalidade foi calculada no percentual de 75% do valor da contribuição não recolhida, por determinação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que alterou o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.218/1991.

Dessa feita, como a incidência da multa e o seu percentual decorrem de expressa disposição legal, não poderia a autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, fixar novo critério para formalização do crédito tributário inadimplido. Cumprisse notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

Em relação aos argumentos da recorrente de que a multa de 75%, constante do auto de infração, seria confiscatória, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário.

Da mesma forma, os argumentos da recorrente sobre a argüição de inconstitucionalidade e desconformidade com o CTN da utilização para o cálculo dos juros de mora da Taxa Selic, segundo o disposto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, não serão aqui



Processo nº : 10840.000611/2003-71

Recurso nº : 124.017

Acórdão nº : 203-09.290

debatidos, por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário, como já mencionado.

Com efeito, o próprio STF já decidiu que o § 3º do art. 192 da CF/88 não tem vida própria e depende de edição de lei complementar, além do mais esse dispositivo constitucional refere-se à concessão de crédito, daí nada tem a ver com ele o disposto no art. 161 do CTN, que trata do encargo dos juros de mora na cobrança de crédito tributário não integralmente pago no vencimento.

E, como já fundamentado pela decisão recorrida, o referido dispositivo do CTN permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em percentual superior a 1% ao mês.

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Com estas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2003

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS