



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 03 / 04 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11543.003695/2001-50
Recurso nº : 122.089
Acórdão nº : 203-08.869

Recorrente : DADALTO S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE – O juízo sobre inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

COFINS - BASE DE CÁLCULO – A base de cálculo da COFINS será o faturamento mensal, entendendo-se como tal a receita bruta da pessoa jurídica. O ICMS compõe a base de cálculo da COFINS, quando o recolhimento não é feito por substituição tributária.

MULTA DE OFÍCIO – EXIGÊNCIA - A falta de recolhimento do tributo autoriza o lançamento “ex-officio” acrescido da respectiva multa nos percentuais fixados na legislação.

JUROS DE MORA – SELIC – A Taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os créditos tributários não recolhidos no seu vencimento, ou seja, Lei nº 9.430/96, e este não é o foro competente para discutir eventuais imperfeições porventura existentes na lei.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DADALTO S/A.

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

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente-Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Valmar Fonsêca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.
Imp/cf



Processo nº : 11543.003695/2001-50

Recurso nº : 122.089

Acórdão nº : 203-08.869

Recorrente : DADALTO S/A

RELATÓRIO

A empresa **DADALTO S/A** foi autuada, às fls. 75/76, pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de maio a dezembro/98.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição, juros de mora e multa proporcional, perfazendo o crédito tributário o total de R\$76.459,95.

Impugnando o feito às fls. 85/108, a autuada alegou em suma que:

- excluiu da sua base de cálculo todos os valores referentes ao ICMS das vendas de produtos, assim como do PIS e da COFINS pagos nas operações anteriores, e dos ingressos decorrentes das devoluções de compras, pois tais numerários não se enquadraram no conceito de faturamento, ou seja, porque não eram tributáveis, conforme artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991;

- o procedimento adotado pela impugnante e que não foi aceito pela Fazenda Nacional foi efetuado sempre em observância às normas aplicáveis;

- excluiu da base de cálculo, que sofreria a incidência das contribuições, tanto para o PIS quanto para a COFINS, os valores referentes ao ICMS e à Prestação de Serviços de Transporte e Telecomunicações Interestaduais, pois foram repassados integralmente ao Estado do Espírito Santo e não poderiam, de forma alguma, ser considerados faturamento nem receita das empresas para fins de tributação;

- a União Federal, quando da instituição dos tributos COFINS e PIS, deveria, obrigatoriamente respeitar os contornos constitucionais inerentes à utilização do termo faturamento adotados pela Carta Magna, não cabendo ao legislador infraconstitucional tributar o que não constituiu efetivo faturamento;

- para que a regra de tributação se mantivesse em conformidade com a norma constitucional de competência, haveria que se distinguir a mera entrada de dinheiro, que não integrou o patrimônio da empresa, do faturamento originado das atividades inerentemente empresariais;

- conforme o art. 212 da Constituição Federal, os valores de impostos transferidos para terceiros não seriam considerados faturamento de quem os recebeu;



Processo nº : 11543.003695/2001-50
Recurso nº : 122.089
Acórdão nº : 203-08.869

- reproduziu trecho de voto proferido no processo nº 89.03.39000-8 e na Apelação Cível nº 90.03.00915-5/SP;

- a Lei nº 9.718/98 considera que os valores repassados a terceiros não poderiam ser considerados para efeito de tributação;

- a manutenção do ICMS na base de cálculo da COFINS ofendeu o princípio da capacidade contributiva, inserto no art. 145 da Constituição Federal;

- reproduziu parcialmente o voto do Ministro do STF, Dr. Marco Aurélio, no julgamento do RE nº 240-785-2/MG;

- em obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade, constante no art. 154 da Constituição Federal, considerou que deveriam ser excluídos da base de cálculo os valores referentes às aquisições de matérias-primas;

- os ingressos de numerários decorrentes de devolução de mercadorias, que havia comprado de seus fornecedores, não constituíam faturamento e, portanto, deveriam ser excluídos da base de cálculo;

- foi evidente a ilegalidade da adoção da Taxa SELIC, tendo em vista os preceitos constantes no art. 161 do CTN e os arts. 5º e 151 da Constituição Federal, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro lei que a tivesse instituído;

- citou trechos do voto do Ministro Franciulli Neto, do STJ, em julgado de 17/02/2000;

- a fixação dos valores dos juros pelo credor teve caráter unilateral, ferindo princípios constitucionais basilares, entre eles o da moralidade, da vedação do enriquecimento sem causa, da propriedade e o do confisco, tendo o STF já se posicionado contra a fixação dos juros moratórios de forma unilateral; e

- o percentual da multa aplicada feriu os limites constitucionais, tendo fins confiscatórios.

Por fim, solicitou a realização de prova pericial no auto de infração e na sua documentação fiscal.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada (doc. fl. 111):

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

Ano-calendário: 1998



Processo nº : 11543.003695/2001-50
Recurso nº : 122.089
Acórdão nº : 203-08.869

Ementa: COFINS – EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO.

Somente são permitidas as exclusões da base de cálculo da COFINS previstas na legislação de regência.

ACRÉSCIMOS LEGAIS – JUROS DE MORA – TAXA SELIC - É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/04/1995, os juros de mora são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

MULTA DE OFÍCIO – A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada pela infração cometida, estando amparada pelo inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que ao tratar das limitações do poder de tributar, proibiu o legislador de utilizar tributo com efeito de confisco.

Lançamento Procedente”.

Inconformada com a decisão singular, a autuada, às fls. 125/160, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, reiterando as razões da peça impugnatória e acrescentando ainda que:

- sempre foi regular cumpridora de suas obrigações fiscais e teve sua relação para com o fisco pautada pela correção de suas atitudes;

- não poderia prosperar a alegação do Julgador Monocrático que considerou não competir à instância administrativa a apreciação de legalidade ou constitucionalidade das normas;

- a doutrina tem repudiado veementemente o entendimento de que não se incluiria na competência dos órgãos julgadores a apreciação de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo exarado pelo Poder Executivo, e incisos foram os ensinamentos dos mais destacados juristas, *verbis*:

“A declaração de inconstitucionalidade da lei ordinária, ou da ilegalidade da lei inferior com referência a superior, na escala de valores entre elas, ainda pode ser proclamada por qualquer dos poderes do Estado e, conseqüentemente, deixar de cumpri-la, e, outrossim, por particular.” (MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de, “in” Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, p. 283. 2ª. Edição. 1979, Forense.);

- insurgiu-se contra a ausência de pronunciamento, na via administrativa, sobre o confronto entre a lei e a Constituição;

- excluiu da base de cálculo da COFINS e do PIS os valores referentes ao ICMS, também efetivou a exclusão dos valores da própria contribuição ao PIS e da COFINS, que incidiram quando da aquisição de matérias-primas de seus fornecedores. Retratado procedi-



Processo nº : 11543.003695/2001-50
Recurso nº : 122.089
Acórdão nº : 203-08.869

mento, apesar de ser considerado ilegal pela autoridade autuante, deveria ser admitido nessa fase de julgamento, visto ser inarredável que todos os atos praticados pela empresa estão de acordo com o moderno entendimento doutrinário acerca da definição de faturamento e em conformidade com a legislação constitucional aplicável;

- não se poderia conceber que a COFINS, assim como o PIS, fossem tributos que incidissem na produção nacional “em cascata”, ou seja, de forma cumulativa, sendo arrecadado em todas as fases da produção e da comercialização dos bens jurídicos, pois tal sistemática vai de encontro com o princípio constitucional da não-cumulatividade que deveria ser obedecido;

- não se argumente que o princípio, tão importante para o bom desenvolvimento da economia nacional, erigido do artigo 154, inciso I, da Carta Maior, não se aplique à contribuição ao PIS e nem à COFINS;

- o Legislador Ordinário, estimulado pelo Poder Executivo, ao elaborar a Lei Complementar nº 70/91, assim como a Lei nº 9.718/98, delimitando e modificando as bases de cálculo da COFINS e do PIS, e inovando, quanto a última Lei, no sentido de fazer com que ambas incidissem sobre a receita bruta das empresas e não somente sobre o faturamento *stricto sensu*, conforme era o disposto no artigo 195, inciso I, alínea b, da CF/88, antes do advento da Emenda Constitucional nº 20, criaram, instituíram nova contribuição social;

- a mensuração da Taxa SELIC recaiu na mesma imprestabilidade afeta à TR/TRD, isto é, não servem a medir qualquer remuneração pela mora, pois tratam-se de taxas remuneratórias do capital aplicado no mercado especulativo. A TR teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 493-DF, publicado na RTJ nº 143, p. 714). A fixação destas taxas teve caráter unilateral, pois se deu ao arbítrio único e exclusivo do Estado; e

- a história tem mostrado, aos cidadãos brasileiros, que tais taxas são vergonhosamente manipuladas pelo Poder Executivo, sendo, portanto, confiscatórias do patrimônio, ferindo princípios constitucionais basilares: da moralidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, da propriedade e o princípio do não confisco de tributos.

Diante do exposto, requereu:

- fosse acolhida a preliminar argüida, sob pena de ferir os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

- caso não fosse acatada a preliminar, pelo princípio da eventualidade, fosse, no mérito, julgado procedente o presente Recurso para fins de declarar insubsistente o Auto de Infração; e



Processo nº : 11543.003695/2001-50

Recurso nº : 122.089

Acórdão nº : 203-08.869

- se ainda assim não entendessem, fosse desconsiderada a multa aplicada, ou pelo menos reclassificada para uma de menor impacto patrimonial.

À fl. 161 processou-se o respectivo arrolamento de bens para garantia da instância recursal.

É o relatório.



Processo nº : 11543.003695/2001-50

Recurso nº : 122.089

Acórdão nº : 203-08.869

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO**

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

No apelo apresentado a este Conselho, a recorrente alega, em suma, a inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência da contribuição com base na Lei nº 9.718/98, da multa de ofício nos percentuais lançados, e do uso da Taxa SELIC no cálculo dos juros de mora.

Protesta, ainda, contra a base de cálculo adotada no feito e a inclusão do ICMS na mesma.

Preliminarmente, quanto à inconstitucionalidade e à ilegalidade argüidas, é pacífico nesse Colegiado o entendimento de que não compete à autoridade administrativa a sua apreciação, atributo exclusivo do Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional.

No mérito, cabe lembrar que a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social incide sobre o faturamento da empresa traduzido pela venda de mercadorias ou de serviços, sendo irrelevante para a determinação da base de cálculo da contribuição as espécies de mercadorias vendidas.

Quanto à base de cálculo, ao presente caso aplicam-se as disposições da LC nº 70/91 e da Lei nº 9.718/98, pois o auto de infração em lide refere-se a períodos de apuração de maio até dezembro de 1998.

O art. 2º da LC nº 70/91 e da Lei nº 9.718/98 preceitua que a base de cálculo da COFINS será o faturamento mensal, entendendo-se como tal a receita bruta da pessoa jurídica (art. 3º da Lei nº 9.718/98).

Já o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 define receita bruta como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

O § 2º do mesmo artigo art. 3º determina os valores que não integram a base de cálculo, os quais são: o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Da mesma forma o parágrafo único do art. 2º da LC nº 70/91 estipula que não compõem a base da contribuição os valores do IPI, das vendas canceladas e devolvidas e os dos descontos a qualquer títulos concedidos incondicionalmente.

Desse modo, considerando que a recorrente não recolhe o tributo por substituição tributária, não existe previsão legal para a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da COFINS.



Processo nº : 11543.003695/2001-50

Recurso nº : 122.089

Acórdão nº : 203-08.869

Além disso, o entendimento sobre essa matéria já se encontra pacificado no Poder Judiciário e neste Conselho, que consideram incluso na base de cálculo da COFINS o valor do ICMS.

Em relação à multa de ofício, sua aplicação tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, visto que a exigência foi formalizada em procedimento de ofício.

Sobre os juros de mora vejo, também, que não assiste razão à recorrente. A exigência dos juros de mora nos percentuais lançados se deu conforme dispositivos legais em pleno vigor. A Taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os créditos tributários não recolhidos no seu vencimento, ou seja, Lei nº 9.430/96, e este não é o foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade e ilegalidade porventura existentes na lei.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO