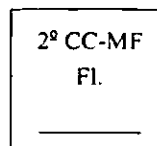
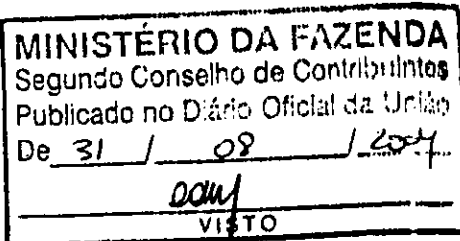




Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

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

**NORMAS PROCESSUAIS - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** - Não compete à autoridade administrativa o juízo sobre constitucionalidade de norma tributária, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional. **Preliminar rejeitada.**

**COFINS - 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.

**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 cumulatividade.

**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.

**JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA** - Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos incidem, a partir de 1º/4/1995, juros de mora calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, acumulada mensalmente.


**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: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004

  
Otacílio Dantas Cartaxo  
Presidente

  
Luciana Pato Reçanha Martins  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim (Suplente), César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Valdemar Ludvig, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva

Ausente, justificadamente, a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa.

Imp/cf/ovrs



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

Recorrente : DADALTO S/A.

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ no Rio de Janeiro – RJ:

“Versa o presente processo sobre o auto de infração de fls. 75/79, relativo ao não recolhimento do total devido para a Cofins, referente aos fatos geradores no período de maio/1998 a dezembro de 1998, consubstanciando exigência de crédito tributário referente à contribuição no valor de R\$34.128,64, multa de ofício de 75%, no valor de R\$25.596,45 e juros de mora, calculados até 31/08/2001, no montante de R\$18.616,77, em um total de R\$78.341,86.

2. Segundo a descrição dos fatos, de fl. 76, a impugnante foi autuada pela falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, pois para fins de recolhimento, a empresa excluiu da base de cálculo, sem o devido amparo legal ou medida judicial que respaldasse tal procedimento, o total da seguinte equação:

Total das exclusões = devoluções de compras + ICMS de compras – matéria prima (compra) – ICMS de vendas

3. O enquadramento legal baseia-se nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991.

4. Inconformada, a interessada apresentou, em 15/10/2001, a petição de impugnação, de fls. 85/108, alegando, em síntese, o seguinte:

### **Da legalidade da exclusão dos valores referentes ao ICMS das vendas da empresa**

4.1 a impugnante, para fins do recolhimento da COFINS, excluiu das suas bases 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 enquadram no conceito de faturamento, ou seja, por não serem tributáveis, conforme artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991;

4.2 o procedimento adotado pela impugnante e que não foi aceito pela Fazenda Nacional foi efetuado sempre em observância às normas aplicáveis à exação em comento, conforme será demonstrado;

4.3 a impugnante exclui da base de cálculo que sofreria a incidência das contribuições, tanto para o PIS, quanto para a COFINS, os valores referentes ao



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

ICMS e sobre a Prestação de Serviços de Transporte e Telecomunicações Interestaduais, pois são repassados integralmente ao Estado do Espírito Santo, não podendo, de forma alguma, serem considerados como faturamento nem receita das empresas para fins de tributação, pois o próprio texto constitucional, intrinsecamente assim dispõe, conforme será comprovado;

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

4.5 para que a regra de tributação se mantenha em conformidade com a norma constitucional de competência, há que se distinguir a mera entrada de dinheiro, que não integra o patrimônio da empresa, do faturamento originado das atividades inerentemente empresariais;

4.6 cita os tributaristas Geraldo Ataliba e o professor Roque Antônio Carraza, como defensores desta tese;

4.7 menciona, também, o art. 212 da Constituição Federal, concluindo que para o legislador constituinte os valores de impostos transferidos para terceiros não são considerados faturamento de quem os recebe;

4.8 reproduz, ainda, trecho de voto proferido no processo nº 89.03.39000-8 e na Apelação Cível nº 90.03.00915-5/SP;

4.9 afirma que, apenas a título exemplificativo, originariamente, a Lei nº 9.718/1998, também considerava que os valores repassados a terceiros não poderiam ser considerados para efeito de tributação;

4.10 considera que a manutenção do ICMS na base de cálculo da COFINS ofende o princípio da capacidade contributiva, inserto no art. 145, a Constituição Federal;

4.11 reproduz, ainda, parcialmente, o voto do ministro do STF, Dr. Marco Aurélio, no julgamento do RE nº 240-785-2/MG .

**Do direito às exclusões advindas da aquisição de matérias primas e dos ingressos decorrentes da devolução de compras**

4.12 em obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade, constante no art. 154, da Constituição Federal, a impugnante considera que devam ser excluídos da base de cálculo o valor referente às aquisições de matérias primas;

4.13 aduz, também, que os ingressos de numerários decorrentes de devolução de mercadorias, que a impugnante havia comprado de seus fornecedores, também não constituem faturamento, e, portanto, também devem ser excluídos da base de cálculo.



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

#### **Da ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa SELIC**

4.14 afirma ser evidente a ilegalidade da adoção da taxa SELIC, tendo em vista os preceitos constantes no art. 161 do CTN e os arts 5º e 151º da Constituição Federal, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro lei que a tenha instituído;

4.15 traz à impugnação, trechos do voto do Ministro Franciulli Neto do STJ em julgado de 17/02/2000, para sustentar a sua tese;

4.16 afirma também que a fixação dos valores dos juros pelo credor tem caráter unilateral, ferindo princípios constitucionais basilares, entre eles os da moralidade, da vedação do enriquecimento sem causa, da propriedade e o do não confisco de tributos, tendo já o STF se posicionado contra a fixação dos juros moratórios de forma unilateral;

4.17 junta aos autos trechos do voto do ministro Nilson Tavares em julgamento de 30/08/1995;

#### **Inexigibilidade da multa aplicada**

4.18 afirma que o percentual da multa aplicada fere os limites constitucionais tendo fins confiscatórios;

4.19 traz à impugnação a opinião de tributaristas sobre o assunto, no mesmo sentido;

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

5. Pelo exposto solicita o cancelamento do respectivo auto de infração.”

Pelo Acórdão de fls. 111/119 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 4ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ julgou o lançamento procedente:

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

*Ano-calendário: 1998*

*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.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

*MULTA DE OFÍCIO - A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada pela infração cometida, não 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”.*

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 125/157), onde reitera os argumentos da peça impugnatória.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de despacho comprovando o arrolamento de bens (fls. 158/167).

É o relatório.



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A recorrente insurge-se, preliminarmente, contra o acórdão recorrido em virtude de o mesmo não ter apreciado a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic. Outro entendimento não caberia por parte da Turma de Julgamento, posto que o juízo sobre a constitucionalidade das normas cabe exclusivamente ao Poder Judiciário. 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.

Da análise dos autos, verifica-se que a interessada foi autuada por ter excluído, sem amparo legal ou medida judicial, da base de cálculo da Cofins, o total da seguinte equação: Total das exclusões = devoluções de compras + ICMS de compras – matéria-prima (compras) – ICMS de vendas.

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, conseqüentemente, 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).

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,



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

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).

No que diz respeito ao direito às exclusões advindas da aquisição de matérias-primas e de ingressos decorrentes da devolução de compras decorrentes do princípio da 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.

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.



Processo nº : 11543.003701/2001-79  
Recurso nº : 124.562  
Acórdão nº : 203-09.461

Isso é prova de que, quando o Supremo Tribunal Federal 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.”

Conforme se verifica, a planilha de cálculo, denominada “Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada”, elaborada pela fiscalização, levou em conta as próprias informações fornecidas pela interessada, somente glosando a rubrica “outras exclusões”, e considerando as exclusões relativas à rubrica “vendas canceladas, devoluções e descontos incondicionais”, exatamente conforme determina a Lei Complementar nº 70/1991.

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 estreitos 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. Cumpre-se 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, é de se rejeitar 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. E, como já fundamentado pela decisão



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

**Processo nº** : 11543.003701/2001-79  
**Recurso nº** : 124.562  
**Acórdão nº** : 203-09.461

recorrida, o art. 161, § 1,º do CTN, permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em percentual superior a 1% ao mês.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS