



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n<sup>o</sup> : 10508.000245/2002-50  
Recurso n<sup>o</sup> : 121.698  
Acórdão n<sup>o</sup> : 201-77.773

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De 07 / 09 / 05 VISTO
--

2 <sup>o</sup> CC-MF Fl. _____
--------------------------------------

Recorrente : WAYTEC TECNOLOGIA EM COMUNICAÇÃO LTDA.  
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

### NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

À luz do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso a este Colegiado afastar a aplicação de lei vigente ao argumento de sua inconstitucionalidade.

### PIS. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS.

Os valores resultantes de crédito presumido do ICMS, por constituírem uma redução do passivo, sem a contrapartida de redução no ativo, representam receitas da empresa, devendo integrar a base de cálculo da contribuição cobrada na vigência da Lei n<sup>o</sup> 9.718/98.

### INCLUSÃO DO ICMS.

O ICMS integra o valor da mercadoria e, por conseguinte, o faturamento da empresa, razão porque deve ser incluído na base de cálculo da Cofins, cujas exclusões, devem estar expressamente previstas em lei. Precedentes nos Tribunais e neste Colegiado.



### VARIAÇÕES CAMBIAIS. ÔNUS DA PROVA.

Se o contribuinte não logra comprovar que as variações cambiais contabilizadas em conta única correspondem a despesas, mantém-se a autuação que tomou por base os valores lançados a crédito da conta.

### MULTA DE OFÍCIO.

Correta a aplicação da multa de 75%, nos exatos termos do art. 44, *caput*, e § 1<sup>o</sup>, inciso I, da Lei n<sup>o</sup> 9.430/96. O princípio do não confisco destina-se ao legislador e não ao aplicador da lei.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por WAYTEC TECNOLOGIA EM COMUNICAÇÃO LTDA.  

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 22 / 09 / 05 α. VISTO
--



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
<i>α.</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.
_____

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Sérgio Gomes Velloso, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004.

*Josefa Maria Coelho Marques*  
Josefa Maria Coelho Marques  
Presidente

*Adriana Gomes Rêgo Galvão*  
Adriana Gomes Rêgo Galvão  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim e José Antonio Francisco.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
α.
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : WAYTEC TECNOLOGIA EM COMUNICAÇÃO LTDA.

## RELATÓRIO

Waytec Tecnologia em Comunicação Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 302/350, contra o Acórdão nº 1.876, de 17/7/2002, prolatado pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA, fls. 291/297, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de PIS, fls. 8/16, relativo aos fatos gerados compreendidos no período de abril de 1998 a maio de 2001.

Do Termo de Complementação à Descrição dos Fatos, fls. 193/197, consta que o lançamento decorreu de diferenças apuradas pela Fiscalização no que tange à não inclusão na base de cálculo da contribuição, pela contribuinte, do ICMS, bem assim de incentivos fiscais de ICMS (crédito presumido) instituídos pelo Governo do Estado da Bahia, além de variações cambiais.

No tocante ao crédito presumido do ICMS, a Fiscalização destaca o art. 2º do Decreto nº 4.316/95, segundo o qual tal crédito é “em cada período de apuração, o valor equivalente ao saldo devedor do imposto apurado em cada mês, relativo às operações e prestações com tais produtos.”

Quanto às variações cambiais, informa o autuante que foi solicitado à contribuinte a informação sobre como foram consideradas estas variações em relação às bases de cálculo do PIS, Cofins, IRPJ e CSLL, bem assim a apresentação de demonstrativo dos valores lançados a crédito desta conta, havendo a recorrente informado que escriturara pelo regime de competência, porém, em uma única conta, razão porque a Fiscalização apurou tais valores com base no demonstrativo apresentado pela recorrente e, após conferir com o razão da conta, efetuou o lançamento.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 219/233.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA manteve o lançamento, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

*“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*

*Período de apuração: 01/04/1998 a 30/04/1998, 01/09/1998 a 30/09/1998, 28/02/1999 a 31/03/1999, 30/06/1999 a 30/11/2000, 28/02/2001 a 31/03/2001, 01/05/2001 a 31/05/2001*

*Ementa: ICMS. BASE DE CÁLCULO.*

*A base de cálculo da contribuição é aquela prevista em lei, sendo indevida a exclusão do ICMS.*

*RECEITAS DE INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS NÃO INCLUÍDAS NA BASE DE CÁLCULO.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
<i>α.</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.
_____

*Os créditos do ICMS provenientes de incentivos fiscais constituem receitas e devem integrar a base de cálculo da contribuição.*

**MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.**

*A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades.*

**VARIAÇÃO CAMBIAL.**

*Integra a base de cálculo da contribuição as receitas obtidas através da variação de cotação da moeda estrangeira em relação à nacional.*

*Lançamento Procedente”.*

Ciente da decisão de primeira instância em 2/8/2002, fl. 299, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 3/9/2002, onde alega, em síntese:

a) a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, por **confrontar** com a LC nº 7/70, norma hierarquicamente superior, que foi confirmada com a alteração realizada pela EC nº 20/98, esta eivada de vício em seu processo legislativo;

b) a ilegalidade da inclusão dos incentivos fiscais **de ICMS** na base de cálculo do PIS porque não se trata de receita, explicando a sistemática de **aproveitamento** do incentivo nos seguintes termos:

*“Primeiramente, ocorre o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de componentes, partes e peças, destinados à fabricação de produtos de informática, para o momento da saída dos produtos resultantes do processo de industrialização.*

*No momento desta saída, a Recorrente destaca na nota fiscal de venda de mercadoria o valor devido a título de ICMS, porém, em razão do incentivo que recebe não recolhe o mencionado imposto aos cofres públicos estaduais.*

*Assim sendo, a Recorrente simplesmente, deixa de pagar o ICMS devido ao Estado da Bahia, em razão de estar sendo contemplada com o incentivo em questão, na forma do Decreto nº 4.316/95.”*

c) que, além disso, a Receita Federal vem reconhecendo em diversas consultas que o benefício concedido pelos Estados a particulares, caracterizado como subvenções para investimento, poderão ser excluídos do faturamento da empresa;

d) a tributação do PIS sobre os valores a título de ICMS destacados nas notas fiscais de vendas de mercadorias caracteriza *bis in idem* e o § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não afirma, expressamente, que tais valores não constituirão a base de cálculo da contribuição porque estas não correspondem à receita auferida pelo contribuinte;

e) a não inclusão das variações cambiais na base de cálculo da contribuição, vez que as variações cambiais consideradas na autuação não foram **ativas** e sim passivas, correspondendo a despesas em razão da alta no preço do dólar, ocorrida no decorrer dos anos de 2000 e 2001;

f) que o Fisco deveria considerar como base de cálculo o valor real da operação, quando da sua liquidação, ou seja, se a variação da taxa cambial em **um determinado** mês gerou uma variação cambial passiva e em outro a obrigação foi diminuída **pela queda** da taxa cambial,

*401*

*4*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
<i>α.</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.
_____

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

a empresa deverá ajustar a obrigação com a contrapartida na conta da **própria** despesa financeira, pois, neste caso, não houve ganho financeiro, mas sim ajuste entre receita e despesa pela oscilação da taxa cambial;

g) que não foi produzida prova destes fatos, porque em momento algum lhe foi solicitado qualquer documento relativo ao afirmado, sendo esta uma função inata aos auditores-fiscais; e a grande quantidade de contratos atingidos pela variação cambial (mais de 250) impossibilitava a produção plena das provas, somente auferível mediante a realização de diligência; e

h) o caráter confiscatório da multa arbitrada.

Por fim, pede pela realização de diligência para comprovar o alegado quanto à variação cambial, pela total improcedência do lançamento de ofício e, se não acatadas estas, pela redução da multa ao percentual de 20%.

À fl. 392 consta relação de bens e direitos para fins de arrolamento.

É o relatório.

*Rap*      *scu*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22 / 09 / 04
VISTO

2º CC-MF
Fl.
_____

### VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Inicialmente cumpre esclarecer, no tocante aos argumentos em torno da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, que é defeso a este Colegiado apreciar a constitucionalidade das leis, devendo, tão-somente, aplicá-las de forma harmônica com o ordenamento jurídico vigente, enquanto não retiradas do mundo jurídico pelo órgão competente.

Neste sentido, destaco o disposto no art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, com as alterações da Portaria MF nº 103, de 23.04.2002, *verbis*:

*“Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*

*I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;*

*II – objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;*

*III – que embasem a exigência do crédito tributário:*

*a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou*

*b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal.”*

Aliás, mesmo antes da Portaria MF nº 103/2002, a doutrina já não era pacífica a este respeito, segundo observa DEJALMA DE CAMPOS<sup>1</sup>:

*“Para alguns autores a matéria é da competência exclusiva do Judiciário. Não só as leis mas especialmente os decretos executivos, ainda que ao arrepio da Lei Magna, devem ser integralmente cumpridos pelos Conselhos, enquanto não revogados ou fulminados pelo Supremo Tribunal Federal.*

*Está aí uma das maiores limitações dos órgãos judicantes administrativos. Integrando a pública administração, mas dela independendo de modo assaz relativo; a Justiça tributário-administrativa assegura obrigatoriamente a aplicação de textos, ainda quando espúrios.*

<sup>1</sup> Dejalma de CAMPOS. *Direito Processual Tributário*. Atlas: 6ª ed., 2000, p. 100.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 22/09/04
<i>α.</i>
VISTO

2º CC-MF Fl. _____
--------------------------

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

*Outros autores assim não entendem e acompanham o ponto de vista de Gastão Luiz Lobo D'Eça, pois no exercício de sua competência o Conselho de Contribuintes pode conhecer e decidir de recurso em que se argúi a inconstitucionalidade da exigência fiscal mantida pela decisão recorrida."*

Portanto, enquanto a Lei nº 9.718/98 não for retirada do mundo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, não compete a qualquer órgão julgador do Poder Executivo negar-lhe vigência, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Por oportuno, destaco jurisprudência do STJ, no sentido de dar plena eficácia aos mandamentos da aludida lei:

**"TRIBUTÁRIO - COFINS - LEI 9.718/98 - RECURSO ESPECIAL: FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL.**

1. Não é a tese jurídica em discussão que define se o prequestionamento é ou não de matiz constitucional. O fundamento jurídico do acórdão é que define a querela.
2. Acórdão impugnado que se fundamentou na legislação infraconstitucional e na Constituição.
3. A Lei 9.718/98 manteve, como base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS o faturamento da empresa, nos moldes da LC 70/91, mudando apenas o conceito de faturamento, ao incorporar todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica.
4. Faturamento, Receita da Empresa ou Receita Bruta são conceitos sinônimos na dicção do STF (RE 150.755/PE), o que resguarda a Lei 9.718/98 de ter agredido o art. 110 do CTN, por não alterar conceito algum.
5. Recurso especial improvido." (REsp nº 364.839/SC, DJ de 16/12/2002, Rel. Min. Eliana Calmon).

No tocante aos incentivos fiscais, discordo da argumentação da recorrente porque vislumbro nestes a natureza de receita, na medida em que representa um plus, uma vez que ocorre a diminuição de uma obrigação (de recolher), sem a correspondente diminuição de uma conta de ativo.

Basta analisar o decreto que instituiu o benefício, Decreto nº 4.316, de 10 de junho de 1965, fls. 160/168, para constatar que se trata de um crédito presumido, conforme se verifica nos seguintes artigos:

*"Art. 2º - A Os estabelecimentos industriais dedicados à produção de máquinas e aparelhos elétricos, eletro-eletrônicos e de telecomunicações e equipamentos de informática, cabos e fios de alumínio e de fibra ótica poderão lançar como crédito em sua escrita fiscal, em cada período de apuração, o valor equivalente ao saldo devedor do imposto apurado em cada mês, relativo às operações e prestações com tais produtos.*

*Art. 3º O estabelecimento comercial que promover a saída interna de produtos resultantes da industrialização, com aplicação de componentes, partes e peças, desde que oriundos de estabelecimento industrial deste Estado que os tenha recebido com o tratamento previsto no art. 1º, lançará a crédito o montante equivalente a 5% (cinco por cento) do valor da operação.*

(...)  
*[Assinatura]*

*[Assinatura]*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

*Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado nos incisos II e III do 'caput' do art. 1º, o estabelecimento que os importar lançará a crédito o valor correspondente ao indicado nos incisos abaixo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do § 1º do art. 1º:*

*I – 50% (cinquenta por cento) do imposto destacado, sem prejuízo do disposto no inciso V do art. 87 do RICMS/BA, quando relativas a produtos de informática;*

*II – 79,41118% (setenta e novi inteiros e quatro mil cento e dezoito décimos de milésimos por cento), quando relativas a produtos de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletro-eletrônicos, efetuadas por estabelecimento industrial.” (negritei)*

É bem verdade que no Protocolo de Intenções, fls. 242/248, consta os compromissos que a autuada se obrigou para fazer jus aos benefícios, porém, na sua cláusula terceira estão dispostos os compromissos fiscais e financeiros do Estado da Bahia, dentre os quais a concessão dos aludidos créditos na forma estabelecida nos artigos acima destacados.

É de se verificar, ainda, que a Secretaria da Receita Federal, analisando o crédito-prêmio do ICM e do IPI, decorrente de exportação incentivada, já se manifestou, por ocasião do Ato Declaratório Normativo nº 19/81, nos seguintes termos:

*“ATO DECLARATÓRIO (NORMATIVO) Nº 19 – DE 18 DE DEZEMBRO DE 1981*

*O Coordenador do Sistema de Tributação, no uso das atribuições que lhe confere o item II da Instrução Normativa do SRF nº 34, de 18 de setembro de 1974, e tendo em vista o disposto no Parecer CST/SIPR nº 2.415, de 18 de setembro de 1981,*

*Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que o crédito-prêmio de ICM e IPI decorrente de exportação incentivada, integra a receita bruta para o cálculo da receita líquida da pessoa jurídica. – Jimir S. Doniak, Coordenador do Sistema de Tributação.” (grifou-se)*

Assim, considerando que a partir de fevereiro de 1999 integram a base de cálculo da contribuição todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, devem ser incluídos nestas tais incentivos fiscais.

No tocante à argumentação da recorrente de que o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS, considero que já se trata de posição pacificada no STJ, conforme o enunciado da Súmula 68, que dispõe: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.”

Da mesma forma tem-se decidido nos Tribunais Federais e neste Colegiado, conforme jurisprudência que colaciono:

*“PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS. - Inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS devido pela empresa na condição de contribuinte (S. 258, TFR e S. 68, STJ), eis que tudo o que entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias corresponde à receita - faturamento -, independente da parcela destinada a pagamento de tributos.” (1ª Turma do TRF/4ª Região, AMS nº 83.169, em 02/04/2003).*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
<i>X</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.
_____

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

**“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXTENSÃO POR EQUIDADE AO ICMS EMBUTIDO NO PREÇO DA MERCADORIA. INCABIMENTO.**

1. *Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICMS devido pela empresa na condição de contribuinte (Súmulas 258 do TFR e 68 do STJ).*
2. *A substituição tributária "para frente" foi reconhecida pela CF/88 através da adição do par. 7º ao art. 150 da CF/88 pela EC 3/93, configurando o ICMS cobrado na condição de substituto tributário em mera antecipação do tributo devido pelo varejista na operação subsequente de venda a consumidor final.*
3. *Na cobrança do ICMS por substituição, o industrial age como mero intermediário entre o Fisco e seu cliente ostentando ainda condição de depositário do ICMS cobrado na condição de substituto tributário, razão por que essa verba não se confunde com faturamento - ainda que cobrada na nota fiscal - e, por isso mesmo, o ordenamento permite sua exclusão da base de cálculo.*
4. *O emprego da equidade não pode resultar na dispensa do pagamento do tributo, ex vi do par. 2º do art. 108 do CTN.*
5. *Apelação improvida.*” (2ª Turma do TRF/4ª Região, AMS nº 72.277, em 26/06/2001)

**“ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ART. 2º, § 2º, INC. I, DA LEI Nº 9.718/98. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Se o substituto tributário é o industrial ou o importador, e o substituído é a empresa distribuidora, não há falar em exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da descrição contida no art. 2º, § 2º, I, da Lei 9.718/98.”** (1ª Turma do TRF/4ª Região, AMS nº 61.211, em 02/05/2000).

**“PIS/FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador somente até a entrada em vigor da MP nº 1.212/95. Precedentes do STJ e da CSRF. PIS E COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO - O ICMS, como parcela componente do preço da mercadoria, faz parte da receita bruta decorrente do faturamento e, portanto, integra a base de cálculo da COFINS e do PIS. Recurso negado.”** (Acórdão nº 201-76.432, de 18.09.2002)

**“PIS - SEMESTRALIDADE - Tendo em vista a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no âmbito administrativo, impõe-se reconhecer que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador. BASE DE CÁLCULO - ICMS - Pacífico, na jurisprudência administrativa e judicial, que o ICMS deve compor a base de cálculo do PIS. Recurso parcialmente provido.”** (Acórdão nº 203-07.735, de 17.10.01)

E não poderia ser diferente, porque o ICMS é “cobrado por dentro”, ele está incluso no faturamento, ou seja, integra a receita, não podendo ser excluído da base de cálculo da aludida contribuição por falta de expressa previsão legal, já que, ao teor da legislação vigente (art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98), apenas pode ser excluído da base de cálculo o ICMS cobrado na condição de substituto tributário, o que não é o caso.

Urge esclarecer que o *bis in idem* é uma distorção na instituição do tributo, porém, não se aplica ao caso porque o PIS e o ICMS sequer são de competência da mesma pessoa jurídica de direito público. *RSP* *JOU*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 22/09/04
α.
VISTO

2ª CC-MF
Fl.
_____

Com relação às variações cambiais, concordo plenamente com a decisão recorrida de que caberia à recorrente destacar as variações monetárias passivas das ativas.

Não prospera a argumentação da recorrente de que não apresentou a documentação comprobatória de que somente auferiu despesas em razão de nunca lhe ter sido solicitada, pois, conforme se verifica à fl. 148, por meio do Termo de Intimação nº 9/2000, a Fiscalização solicitou demonstrativo dos valores mensais correspondente à variação monetária cambial ativa, havendo a mesma respondido, à fl. 155, que contabilizou tudo em uma só conta, porque entendia que só no momento da quitação do contrato é que se poderia apurar o saldo das variações, se receitas ou despesas, fazendo juntar demonstrativo apenas da variação cambial passiva.

Ocorre que, de acordo com o disposto na Lei nº 9.718/98, art 9º:

*“Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.”*

Na esteira da legislação sobre o assunto, temos ainda que até a edição da Medida Provisória nº 1.858-10/99, de 26/10/99, as variações monetárias ativas eram tratadas com receitas financeiras e integravam a base de cálculo segundo o regime de competência. Porém, com a edição desta Medida Provisória, podiam passar a ser reconhecidas quando da liquidação da operação da qual se originou, ou, pelo regime de competência, conforme se verifica no art. 30 desta Medida Provisória, que, após sucessivas reedições, transformou-se na MP nº 2.158-35/2001:

*“Art. 30. A partir de 1º de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.*

*§ 1º À opção da pessoa jurídica, as variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de todos os tributos e contribuições referidos no caput deste artigo, segundo o regime de competência.*

*§ 2º A opção prevista no § 1º aplicar-se-á a todo o ano-calendário.*

*§ 3º No caso de alteração do critério de reconhecimento das variações monetárias, em anos-calendários subseqüentes, para efeito de determinação da base de cálculo dos tributos e das contribuições, serão observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal.”*

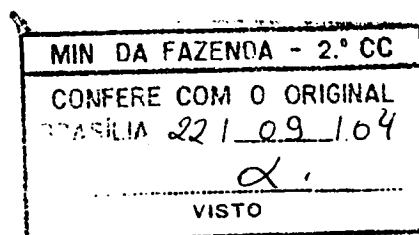
Da leitura destes dispositivos verifica-se que as variações monetárias podem ser receitas ou despesas e que podem ser reconhecidas quando da liquidação da operação ou, segundo o regime de competência, conforme adotou a recorrente, segundo resposta à fl. 155.

Entretanto, como a contabilização foi efetuada em conta única, com base nos demonstrativos apresentados à fl. 156 e 157, a Fiscalização, após conferência com o livro Razão,

*FM*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

considerou para efeito de base de cálculo da contribuição os valores lançados a crédito da conta e a recorrente não logrou comprovar, argumentando, apenas, que são 250 contratos e que não provou porque a Fiscalização é que deveria perquirir a verdade.

Ora, se na contabilidade constam saldos credores, caberia à recorrente provar sua alegação de que no período autuado houve somente variação monetária passiva.

Mas, ao invés de trazer aos autos a documentação comprobatória do que alega, pede diligência que, ao meu sentir, deve ser rejeitada, vez que tal providência deve ter lugar quando se deseja esclarecer fatos obscuros nos autos, e não para deslocar o momento processual de produção das provas, que, no caso, à luz do disposto no § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, deveria ter ocorrido quando da impugnação.

Portanto, ante à ausência de provas de que as variações monetárias auferidas dizem respeito tão-somente a despesas, estas devem ser mantidas na base de cálculo ora exigida.

Alega, ainda, a recorrente que a penalidade aplicada, qual seja, a multa de ofício de 75%, ofende o princípio do não confisco.

Ocorre que o aludido princípio se destina ao legislador e não ao aplicador da lei, que, no caso das autoridades fiscais, e por força do parágrafo único e *caput* do art. 142 do CTN, têm a obrigação de efetuar o lançamento, propondo a penalidade cabível, de forma vinculada às leis vigentes.

Neste sentido, a lei vigente que disciplina as multas aplicáveis aos lançamentos de ofício é a Lei nº 9.430/96, em seu art. 44, *verbis*:

*“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*

*I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*

*II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

*§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:*

*I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;*

*II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;*

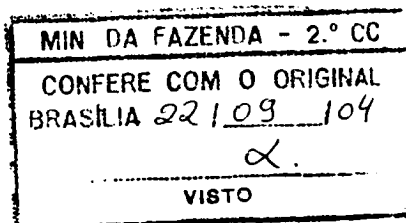
*III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste.*

*IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;*

*§ 2º Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10508.000245/2002-50  
Recurso nº : 121.698  
Acórdão nº : 201-77.773

*§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.*

*§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal." (grifei)*

Logo, havendo a autoridade atuante apurado a falta de recolhimento da contribuição e procedido ao lançamento do crédito tributário, aplicando-lhe a multa de ofício de 75%, é de se reconhecer que tal procedimento está em perfeita sintonia com o art. 44, inciso I, e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004.

*Adriana Gomes Rego Galvão*  
ADRIANA GOMES REGO GALVÃO



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Memo. 2º CC nº 227

Em 08 de outubro de 2004.

À: Chefe do Centro de Documentação – 2º CC

Assunto: Não formalização de acórdão.

Informo a V.Sa., para conhecimento e providências cabíveis, que o Acórdão nº 201-77.774, não será formalizado, em razão do pedido de desistência do recurso.

Atenciosamente,

*Sueli Tolentino*  
SUELI TOLENTINO MENDES DA CRUZ  
Secretária da Primeira Câmara



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Memo. 2º CC nº 228

Em 08 de outubro de 2004.

À: Chefe do Centro de Documentação – 2º CC

Assunto: Não formalização de acórdão.

Informo a V.Sa., para conhecimento e providências cabíveis, que o Acórdão nº 201-77.775, não será formalizado, em razão do pedido de desistência do recurso.

Atenciosamente,

  
SUELI TOLENTINO MENDES DA CRUZ  
Secretária da Primeira Câmara