



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Segundo Conselho de Contribuintes
Publicação no Diário Oficial da União
de 12 / 04 / 2004
Rubrica *[assinatura]*

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

Recorrente : UNIÃO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS

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

COFINS. ICMS. EXCLUSÃO. Só se admite a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição quando retido pelo contribuinte na condição de substituto tributário.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA COM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA INTERNA. Por inexistir previsão legal neste sentido, não há que se admitir a compensação com títulos da Dívida Pública

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
UNIÃO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS 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 14 de maio de 2003

[Assinatura]
Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

[Assinatura]
Valmar FONSECA DE MENEZES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, 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 : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

Recorrente : UNIÃO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório da decisão de primeira instância, do qual transcrevo os excertos a seguir:

“Contra a contribuinte foi lavrado o Auto de Infração de fls. 72/74, com os anexos de fls. 75/78 e “Termo de Constatação Fiscal” de fls. 79/88, formalizando a exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-COFINS, com intimação para recolhimento do valor de R\$427.381,30, relativamente a períodos de apuração entre 01/2000 e 03/2001, acrescido da multa de ofício de 75% e juros de mora regulamentares, em consequência da falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição, sendo os valores apurados a partir de conferência de planilha apresentada pela empresa com valores registrados na escrituração contábil e fiscal, constatado-se exclusão de valores da base de cálculo, tendo como base legal o art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991; os arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, com as alterações das Medidas Provisórias nºs 1.807, de 28/01/1999 e 1.858, de 29/06/1999, com suas reedições.

Houve ciência em 14/08/2001.

Às fls. 92/108 e 119/151 estão anexadas impugnações apresentadas pela contribuinte, através de procuradores, onde são expostas as seguintes alegações:

I. Impugnação apresentada em 11/09/2001 – fls. 92/108

a) a autoridade fiscal não concordou com compensações efetuadas, glosando importâncias indevidamente aproveitadas, estas relativas ao ICMS que excluiu da base de cálculo da COFINS. Transcreve excertos do Auto de Infração;

b) a COFINS tem como base de cálculo o faturamento e, também, a receita financeira da empresa - Lei nº 9.718, de 1998, referindo tratar-se o faturamento mensal como sendo a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Traça arrazoado a propósito de faturamento e mercadoria à luz do Código Comercial e da Lei nº 5.474, de 1968 (Lei das Duplicatas);

c) a exigência da COFINS, como imposto, incidindo sobre base de cálculo que inclui o ICMS, contraria expressamente o art. 110 do CTN, que não permite à lei tributária alargar conceitos e formas de direito privado. Reproduz o art. 110 do CTN, dizendo ser lícita sua contrariedade de não mais querer se submeter à incidência da COFINS sobre o montante do ICMS pago no mês, o



Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

qual, por sua natureza tributária, não constitui lucro da empresa, não é mercadoria e portanto, não se enquadra no conceito de faturamento, não podendo ser base de cálculo do tributo); somente excluiu da base de cálculo da COFINS a parcela do ICMS relativa ao comerciante varejista, consumidor final, não incluindo aí a parcela do imposto retida pelo contribuinte substituto, estendendo a si o direito conferido pela legislação ao substituto tributário;

e) o agente fiscal confundiu as figuras de intermediário na cadeia de comercialização, contribuinte substituto e contribuinte substituído, deduzindo que uma parcela de ICMS que é devida pelos varejistas clientes da empresa, deve ser tributada na COFINS por essa última. Quando a empresa vende para um varejista, passa para a condição de contribuinte substituto, enquanto aquele assume o papel de contribuinte substituído. Transcreve artigo da Lei nº 9.718, de 1998, faz demonstrativo de cálculos e aponta a existência do Parecer Normativo CST nº 77, de 1986;

f) discorre sobre a possibilidade de compensação, apontando legislação, concluindo correto e incensurável o seu procedimento;

g) a multa de ofício nos patamares em que foi aplicada está eivada de inconstitucionalidade, já que a Carta Magna proíbe a cobrança de tributo disfarçado de confisco, requerendo a redução de multa e juros eventualmente em vigência. Aponta posicionamento do judiciário;

h) recente decisão da Justiça Federal afastou os efeitos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 1995, que instituiu a taxa SELIC para débitos fiscais em atraso, ficando a Fazenda Nacional e o INSS proibidos de cobrar tal taxa nos débitos por atraso no recolhimento, podendo, alternativamente, aplicar taxa de juros de 1% ao mês. Transcreve Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ.

i) finaliza requerendo seja julgada procedente a impugnação, desconstituindo-se o crédito tributário apurado no Auto de Infração, julgando-o nulo e de nenhum efeito, absolvendo-se a empresa de qualquer cominação fiscal, seja tributo, multa ou juros, devendo a autoridade administrativa acatar a declaração de irregularidade da taxa SELIC.

(...)

Foram anexados os documentos de fls. 152/161.

Às fls. 162/164 a repartição preparadora anexou Extrato de Processo, informando à fl. 165. ”



Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

A Delegacia de Julgamento de origem, considerou procedente o lançamento, nos termos da ementa que a seguir se transcreve:

“Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/03/2001

Ementa: PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

PRELIMINAR. NULIDADE.

Para efeitos do Processo Administrativo Fiscal, as hipóteses de nulidade estão tratadas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

(...)

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/03/2001

Ementa: LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Sujeitam-se a lançamento de ofício os valores apurados em decorrência de auditoria fiscal, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO.

No regime de substituição tributária, os contribuintes substituídos não podem excluir da base de cálculo a parcela do ICMS que foi retida e recolhida pelo substituto.

MULTA DE OFÍCIO.

Cabível a aplicação da multa de 75% sobre a totalidade da contribuição devida, nos casos de falta de recolhimento.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A exigência da taxa SELIC como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo a autoridade administrativa afastar a sua pretensão

(...).

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a interessada apresenta recurso a este Colegiado, repisando os mesmos argumentos da impugnação, através das petições de fls. 189 e 211, na forma a seguir.

- o ICMS não constitui lucro da empresa, não se enquadrando no conceito de faturamento e não pode ser base de cálculo da contribuição, tendo a contribuinte excluído de tal base a parcela relativa ao comerciante varejista, estendendo a si o direito conferido pela legislação ao substituto tributário;
- a multa aplicada e a Taxa SELIC são inconstitucionais;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

- tece considerações sobre o depósito recursal para seguimento do recurso, contra o qual se levanta; e
- reitera os termos contidos na impugnação no sentido de compensação com títulos da Dívida Pública.

É o relatório.



Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES**

O recurso é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Preliminarmente, afirma a recorrente que a multa e juros foram aplicados sem amparo legal, configurando-se como confisco, o que implica em agressão à Constituição Federal, citando jurisprudência.

Os inúmeros pronunciamentos deste Colegiado convergem para o entendimento de que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A multa e juros cobrados no auto de infração foram aplicados em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração à fl. 74, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

Apenas como subsídio, recorro ao eminente Conselheiro José Antônio Minatel, através do Acórdão nº 108-03.820, da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cujas razões de decidir adoto, transcrevendo parte do voto condutor de referido acórdão:

“Primeiramente, quero consignar que tenho entendimento firmado no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III ‘b’, da Carta Magna.

O pronunciamento do Conselho de Contribuintes tem sido admitido não para declarar a inexistência de harmonia da norma com o Texto Maior, por lhe faltar esta competência, mas para certificar, em cada caso, se há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a matéria em litígio e, em caso afirmativo, antecipar aquele decisum para o caso concreto sob exame, poupando o Poder Judiciário de ações repetitivas, com a antecipação da tutela, na esfera administrativa, que viria mais tarde a ser reconhecida na atividade jurisdicional”.

Neste mesmo sentido, ratificando o entendimento até aqui defendido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

“5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprivação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F.,



Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal argüição.

*5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo *hic et nunc*, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.*

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI). ”

Não há, portanto, como apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente se insere na competência privativa do Poder Judiciário.

Rejeito, assim, a preliminar suscitada.

DO ICMS E DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Com relação ao ICMS e a sua suposta exclusão da base de cálculo da Contribuição, apenas o ICMS substituto não integra a base de cálculo do PIS. Neste aspecto, não há o que se discutir, visto que já se constitui em entendimento pacificado que a Lei Complementar nº 70/91, ao conceituar a base de cálculo da Contribuição, refere-se ao faturamento da pessoa jurídica, e o ICMS substituto, embora destacado nas notas fiscais e incluso no valor bruto das vendas realizadas, constitui-se em mera retenção do imposto devido pelo adquirente das mercadorias vendidas, devendo, pois, ser excluído das mesmas quando da apuração do faturamento real da contribuinte. Tal entendimento, inclusive, está consolidado pela Lei nº 9.718/98, que dispõe, *verbis*:

“Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.



Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

(...)"

Como ilustração ao raciocínio, cite-se que no mesmo sentido já dispôs, anteriormente, o Parecer Normativo nº 77/86, ao tratar da contribuição para o FINSOCIAL – precursor da COFINS – e do PIS, ao concluir, em sua ementa, que:

"O ICM referente às operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento. Sendo um imposto incidente sobre vendas, deve compor a receita bruta para efeito de base de cálculo das Contribuições ao PIS/PASEP e FINSOCIAL. Entretanto, o ICM referente à substituição tributária não integra a base de cálculo do contribuinte substituto no tocante às suas Contribuições para o PIS/PASEP e FINSOCIAL, por constituir uma mera antecipação do devido pelo contribuinte substituído."

Acrescenta, ainda , o referido Parecer:

"(...)

O ICM referente à substituição tributária é destacado na Nota Fiscal de venda do contribuinte substituto e cobrado do destinatário, porém, constitui uma mera antecipação do devido pelo contribuinte substituído.

Os atacadistas ou comerciantes varejistas, ao efetuarem a venda dos produtos, cujo ICM tenha sido retido pelo contribuinte substituto, não destacarão na Nota Fiscal a parcela referente ao imposto retido, mas no preço de venda dessas mercadorias, efetivamente estará contido tal imposto, devendo ser considerado como base de cálculo para as Contribuições ao PIS/PASEP e FINSOCIAL, desses contribuintes, o valor total da operação.

(...).



Processo nº : 11070.001782/2001-86
Recurso nº : 120.357
Acórdão nº : 203-08.907

Como se vê, não resta quaisquer dúvidas acerca da exclusão do ICMS do contribuinte substituído. A questão, porém, é que a premissa de tal raciocínio é que tenha havido, por parte do mesmo, a retenção do ICMS devido pelo contribuinte substituído.

Tal é o entendimento pacífico desta Câmara de que o ICMS integra a base de cálculo da mesma, à exceção do ICMS retido pelo contribuinte na condição de substituto tributário. Sendo assim, mesmo para esta única hipótese prevista legalmente e aceita sem ressalvas por este Colegiado, não vislumbro aplicação para o caso *in concreto*, por não se revestir a empresa, como a própria interessada admite, de tal requisito.

DA COMPENSAÇÃO COM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA.

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu artigo 170, ao tratar da compensação de créditos do sujeito passivo com o ente tributante:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento”.

Portanto, no presente caso, para fins de compensação tributária, não há previsão legal para tal, motivo pelo qual deve ser desconsiderada.

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES