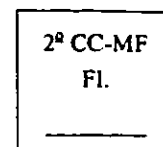
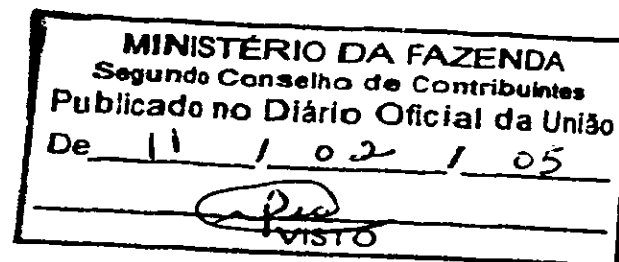




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores. A não apreciação de questões de inconstitucionalidades de Lei, por parte da autoridade administrativa, decorre de mandamento legal e constitucional, não sendo causa de cerceamento do direito de defesa.

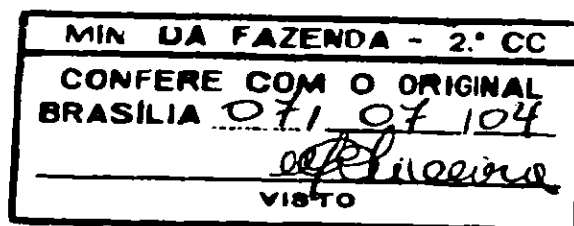
NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo,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

LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA. O lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

PIS. BASE DE CÁLCULO. O faturamento é a receita bruta, como definida pela legislação do Imposto de Renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia, excluindo-se as vendas de bens e serviços cancelados, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industriais - IPI, e o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Recurso negado.

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





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

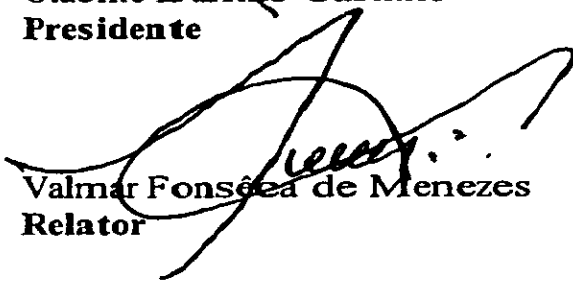
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464

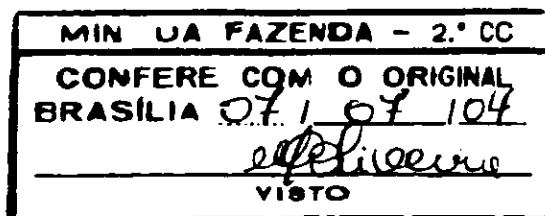
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares de inconstitucionalidade e de nulidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 18 de fevereiro de 2004


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

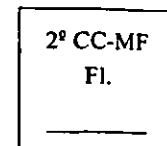
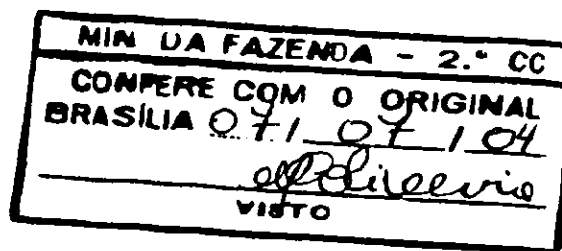

Valmar Fossêa de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim (Suplente), César Piantavigna, Maria Teresa Martínez López, Valdemar Ludvig, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Ausente, justificadamente, a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa.
Eaal/ovrs





Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464
Recorrente : DADALTO S/A



RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“Versa o presente processo sobre o auto de infração de fls. 75/79, relativo ao não recolhimento do total devido para o PIS, referente aos fatos geradores de maio/1998 a dezembro/1998, consubstanciando exigência de crédito tributário referente à contribuição no valor de R\$ 20.384,69, multa de ofício de 75%, no valor de R\$ 15.288,48, e juros de mora, calculados até 31/08/2001, no montante de R\$ 11.092,95, em um total de R\$ 46.766,12.

2. Segundo a descrição dos fatos, de fl. 76, a impugnante foi autuada pela falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), 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 no artigo 3º, alínea “b”, da lei Complementar nº 07/1970, art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 17/1973, Título 5, capítulo 1, seção 1, alínea “b”, itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142/82, e arts. 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º, da Lei nº 9.715/1998.

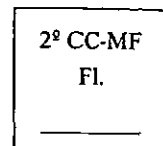
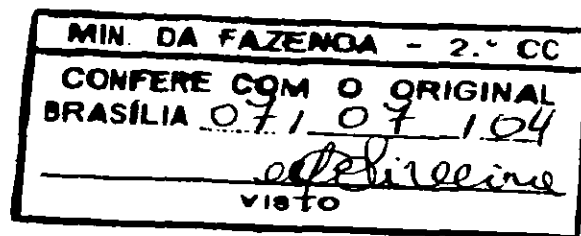
4. Inconformada, a interessada apresentou, em 15/10/2001, a petição de impugnação, de fls. 85/108, alegando, em síntese, o seguinte:

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

4.1 a impugnante, para fins do recolhimento do PIS, 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 artigo 3º, “b”, da Lei Complementar nº 07/1970;



Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464



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 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 inerentes 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;

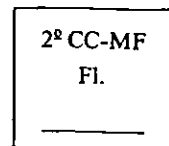
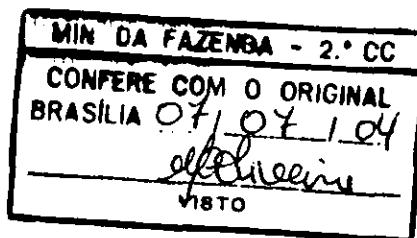
4.8 reproduz, ainda, trecho de voto proferido no processo nº 89.03.39000-8 e na Apelação Cível nº 90.03.00915-5/SP;

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 do PIS 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



Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464

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.

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."

A DRJ no Rio de Janeiro - RJ proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

adiante:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep



Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464

Ano-calendário: 1998

Ementa: PIS – EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO.

Somente são permitidas as exclusões da base de cálculo do PIS 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, 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”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, resumidos a seguir.

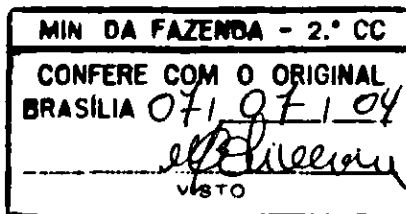
PRELIMINAR DE NULIDADE

- os julgadores administrativos não podem deixar de apreciar defesa que alega inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, sobre o que discorre longamente;
- a omissão da decisão recorrida em relação à alegação de inconstitucionalidade da SELIC implica na sua flagrante nulidade; e
- a Taxa SELIC é inconstitucional, bem como a multa aplicada, por confiscatória.

MERITORIAMENTE

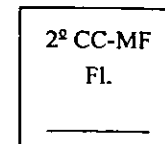
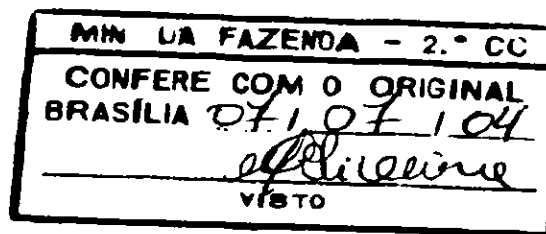
Reitera as suas razões de impugnação para pleitear a exclusão da base de cálculo da contribuição do ICMS referentes às vendas da empresa, dos valores da contribuição advindos de aquisição de matérias-primas e de ingressos decorrentes de devoluções de compras.

É o relatório.





Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464



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

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Analisando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos que:

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SELIC E DA MULTA DE OFÍCIO

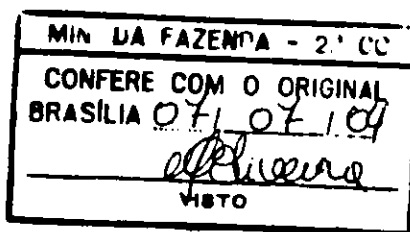
Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como de a constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

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.

Neste mesmo sentido, 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., 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 seqüencial, 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



Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464

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 se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Com relação, especificamente, ao Ato Declaratório nº 03/96, cabe apenas esclarecer que, embora este Colegiado não esteja hierarquicamente obrigado à sua observância, também não se insere na nossa competência o mister de declarar a sua inconstitucionalidade.

No tocante ao cancelamento dos atos praticados, verifiquemos a sua pertinência ao caso em análise.

Inicialmente, reproduzamos o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

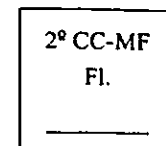
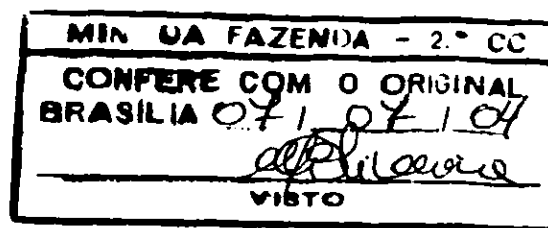
I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Verifica-se que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso primeiro e não se pode falar em cerceamento do direito de defesa na fase de lançamento, como bem lembra Antonio da Silva Cabral, em sua obra *Processo Administrativo Fiscal*, Editora Saraiva, 1993, página 524. Neste ponto, cabe-nos apenas ressaltar que o respeito ao princípio do contraditório está configurado pela ciência dos termos processuais por parte da autuada. Além disso, a possibilidade de ampla defesa está assegurada em diversos pontos da legislação citada pelo fisco, em especial as disposições do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, regulador do *Processo Administrativo Fiscal*, mencionado no próprio auto de infração lavrado, e do qual tomou ciência a contribuinte.

Somente como adendo, ressalte-se que a não apreciação de questões de inconstitucionalidades de Lei, por parte da autoridade administrativa, decorre de mandamento legal e constitucional, como exposto, não sendo causa de cerceamento do direito de defesa.

Rejeito, pois, as preliminares de nulidade e de inconstitucionalidade.



Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464

Por absoluta ausência de amparo legal, entendo que improcedem as argumentações a respeito da exclusão da base de cálculo da contribuição dos ICMS referentes às vendas da empresa, dos valores da contribuição advindos de aquisição de matérias-primas e de ingressos decorrentes de devoluções de compras.

DO ICMS

Apenas o ICMS substituto não integra a base de cálculo da Contribuição. 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, se refere ao faturamento da pessoa jurídica, e, o ICMS substituto, embora destacado nas notas fiscais e incluso no valor bruto das vendas realizadas, se constitui 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.

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 das 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."

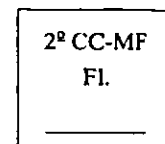
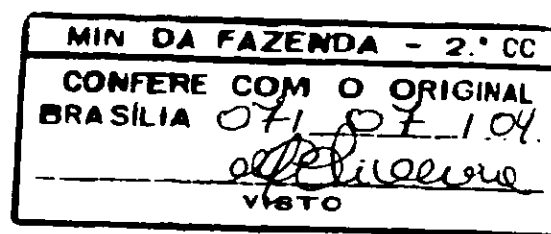
Acrescenta, ainda, o referido Parecer:

"(...)"



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11543.003716/2001-37
Recursos nº : 124.531
Acórdão nº : 203-09.464



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.

(...)"..

Do exposto, conclui-se que o ICMS compõe o preço da mercadoria, integrando o faturamento da empresa, portanto, constituindo-se em base de cálculo da contribuição.

DA EXCLUSÃO DOS VALORES DA CONTRIBUIÇÃO ADVINDOS DE AQUISIÇÃO DE MATÉRIAS-PRIMAS E DE INGRESSOS DECORRENTES DE DEVOLUÇÕES DE COMPRAS

A MP nº 1.212/1995 e suas reedições, convertida na Lei nº 9.715/1998, determina, no seu art. 3º e parágrafo único, ao tratar da base de cálculo da contribuição – o faturamento – que:

"Art. 3º. Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

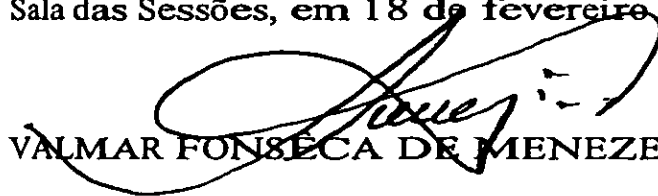
Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas de bens e serviços cancelados, os descontos incondicionais concedidos, o imposto sobre produtos industriais- IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias- ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário."

Claro está, pois, que a base de cálculo do PIS é a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, estando previstas as exclusões mencionadas.

Corretamente agiu, no meu entender, a fiscalização ao proceder à glosa dos valores questionados.

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade e de inconstitucionalidades, para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de fevereiro de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES