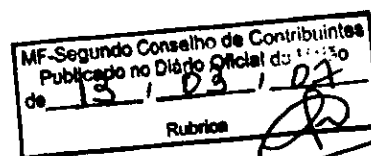




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10120.001349/2005-79
Recurso nº	135.857 Voluntário
Matéria	COFINS - Auto de Infração
Acórdão nº	203-11.535
Sessão de	09 de novembro de 2006
Recorrente	DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS ROSSAFA LTDA.
Recorrida	DRJ-BRASÍLIA/DF



Assunto: Contribuição para o Financiamento da
 Seguridade Social - Cofins

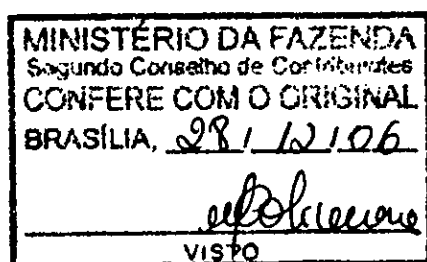
Período de apuração: 31/01/2000 a 31/12/2000,
 31/01/2001 a 31/12/2001, 31/01/2002 a 31/12/2002,
 31/01/2003 a 31/01/2004

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
 ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.
 As arguições de inconstitucionalidade constituem-se
 em matéria que não pode ser apreciada no âmbito
 deste processo administrativo fiscal, sendo de
 exclusiva competência do Poder Judiciário.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo
 da COFINS é a receita bruta de venda de
 mercadorias, admitidas apenas as exclusões
 expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso
 no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a
 receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma
 autorização expressa da lei para excluir o valor do
 ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da
 COFINS.

MULTA AGRAVADA DE 150%.

A prática reiterada de diminuir indevidamente a base
 de cálculo da contribuição da Cofins nas informações
 prestadas ao fisco federal, adotada durante quatro
 anos consecutivos, forma o elemento subjetivo da
 conduta dolosa, ainda que a contribuinte tenha
 escriturado corretamente suas receitas nos livros de
 apuração do ICMS e na contabilidade.



Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ANTONIO BEZERRA NETO

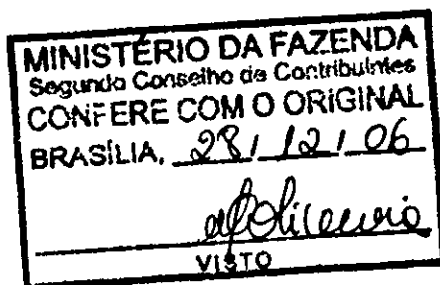
Presidente

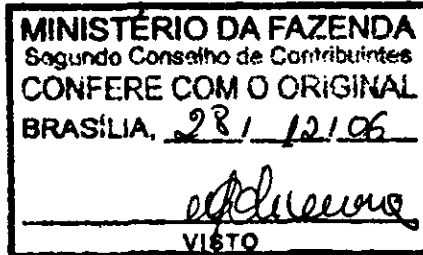

ODASSI GUERZONI FILHO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Roberto Velloso (Suplente, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Cesar Piantavigna.





Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração, para a exigência de Cofins dos períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 2000 a janeiro de 2004, por ter sido constatada a insuficiência de recolhimento de referida contribuição. O auto de infração foi lavrado em 9 de março de 2005 no montante de R\$ 4.420.929,56, nele incluídos os juros de mora e a multa qualificada de 150%. Foi elaborada a Representação Fiscal para Fins Penais.

Referida insuficiência de recolhimento foi detectada pelo fisco a partir da confrontação entre os valores declarados pela empresa a título de base de cálculo da Cofins em suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ e Declarações de Débitos e Créditos Federais – DCTF, com os valores escriturados a título de receitas de vendas no livro Registro de Apuração de ICMS e em sua contabilidade, bem como com os pagamentos efetuados. Registre-se, neste ponto, que a empresa atuava, à época dos fatos, na distribuição de bebidas alcoólicas, de refrigerantes e de água e da prestação de serviços afins.

Segundo demonstrativos elaborados pelo fisco às fls. 284, 285 e 303, a autuada excluiu indevidamente da base de cálculo da Cofins o equivalente a 58,14% em 2000, 73,58% em 2001, 75,27% em 2002, 74,12% em 2003 e 72,43% no mês de janeiro de 2004, deixando de efetuar o correspondente recolhimento da contribuição.

Por outro lado, o agravamento da multa se deu em razão da prática reiterada da empresa de fazer exclusões indevidas da base de cálculo da Cofins e, conseqüentemente, de efetuar o seu recolhimento a menor durante os períodos auditados, bem como em face do teor do documento de fl. 45, por meio do qual, em nome da autuada, um funcionário do escritório de contabilidade que atendia às intimações, informou que as diferenças apontadas pelo fisco decorriam da falta de condições financeiras para suportá-las.

Irresignada com a autuação, a empresa apresentou impugnação cujos principais argumentos estão a seguir resumidos:

- que a legislação que rege a Cofins trata de maneira desigual os que militam no comércio, como é o seu caso, e os que operam no setor financeiro e com a venda de veículos usados, já que para estes, a tributação da Cofins incide sobre a margem de lucro. Cita decisões judiciais de primeira instância que trataram do tema relacionado ao setor financeiro.

- que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da contribuição, sob pena de se configurar o *bis in idem*, caracterizado pela cobrança de tributo sobre tributo;

- que as exclusões efetuadas de sua base de cálculo foram efetuadas dentro da legalidade já que pretendeu recolher a Cofins com base no seu lucro bruto;

- que a informação na qual se baseou a autoridade para promover o agravamento da multa foi transmitida por pessoa desautorizada, alheia aos quadros da empresa e sem poderes de representação para este ou qualquer outro fim, devendo ser desconsiderada e, se possível, desentranhada do presente processo;

- que, por outro lado, se mostra incabível a majoração da multa pelo fato de o fisco ter apurado as divergências de recolhimento a partir das informações contidas em seus

livros fiscais e contábeis e das mesmas se caracterizarem apenas como declarações inexatas. Cita em seu favor diversos acórdãos do 1º Conselho de Contribuintes.

A DRJ de Brasília-DF, por meio do Acórdão nº 16.993, de 30 de março de 2006, manteve integralmente o lançamento, em decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins. Período de apuração: 01/01/2000 a 31/01/2004

Ementa: Insuficiência de Recolhimento

Constatada insuficiência de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

Base de Cálculo – Lucro bruto - ICMS

O conceito de "lucro bruto" das instituições financeiras, das que operam com mercados futuros ou com câmbio, não se aplica à empresa que tem como atividade a revenda de mercadorias.

O ICMS referente às operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento.

Ilegalidade e/ou Inconstitucionalidade

A discussão sobre legalidade ou constitucionalidade das leis é matéria reservada ao Poder Judiciário.

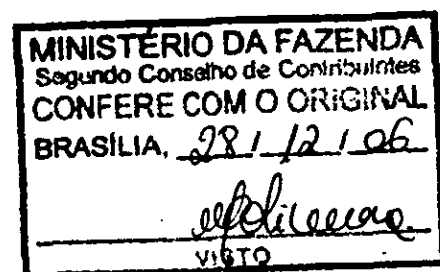
Multa Qualificada

Declarando a menor seus rendimentos, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Esta prática sistemática, adotada durante anos consecutivos, caracteriza a conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71, inciso 1, e 72 da Lei n.º 4.502/1964, ainda que a contribuinte tenha escriturado corretamente suas receitas nos livros comerciais e fiscais.

No recurso, a recorrente repetiu a mesma argumentação da fase impugnatória, clamando por que seja considerada como base de cálculo da Cofins apenas o seu lucro bruto, a exemplo das instituições financeiras, das empresas que operam com veículos usados e das que operam com a compra e venda de moedas. Não acolhida essa sua pretensão, que, ao menos seja excluída da base de cálculo o valor do ICMS. Por fim, que seja reduzida a multa de ofício para 75%.

O arrolamento de bens constou das fls. 330.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

Como dito alhures, a infração decorreu da constatação de que a empresa, por sua conta e risco, ou seja, em clara desobediência ao preceito legislativo que rege a cobrança da Cofins, recolhera a contribuição a menor dos períodos de apuração de janeiro de 2000 a janeiro de 2004, 49 meses, portanto, na vã esperança de ver seu procedimento passar ao largo das vistas do fisco federal. O método escolhido para tentar burlar o erário foi o de escriturar suas receitas nos livros fiscais e contábeis de acordo como elas aconteceram, porém, declarando à Secretaria da Receita Federal os referidos valores para fins de incidência da Cofins com exclusões de 58% no primeiro ano e de, em média, 73%, nos demais períodos da autuação.

Sua justificativa para tal procedimento foi a de que, a exemplo de outras atividades, tais como a financeira, a de compra e venda de moedas e a de compra e venda de veículos usados, suas receitas deveriam sofrer a incidência da Cofins sobre a margem de lucro.

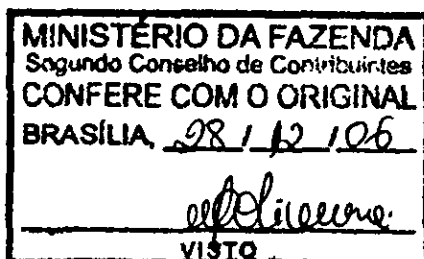
Reporta-se aos princípios constitucionais da isonomia e da equidade para rechaçar o tratamento tributário diferenciado em relação às instituições financeiras, às empresas que compram e vendem moeda estrangeira, e às revendedoras de veículos usados, trazendo à colação apenas uma decisão judicial ainda em sede de liminar em mandado de segurança.

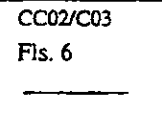
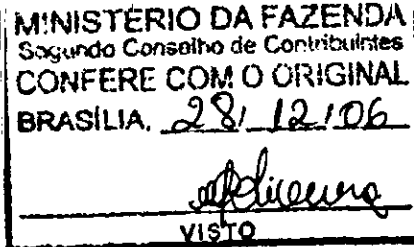
Além disso, clama pela exclusão da base de cálculo da Cofins do valor do ICMS calculado sobre suas vendas, sob pena de restar configurada a incidência de tributo sobre tributo.

Inicialmente, cumpre ressaltar que não compete à autoridade julgadora administrativa manifestar-se acerca da constitucionalidade ou adequabilidade de normas infraconstitucionais à Constituição Federal.

De fato, o questionamento de constitucionalidade das leis não é oponível na esfera administrativa, por ser defeso aos seus julgadores apreciarem legalidade ou constitucionalidade de ato normativo. Esta competência está circunscrita ao Poder Judiciário, para onde deverá ser dirigido o inconformismo relacionado com a legalidade ou constitucionalidade de normas legais regularmente editadas.

A decisão judicial que colacionou – tratava de liminar concedida à outra empresa em sede de mandado de segurança, reconhecendo a desigualdade acima suscitada – foi cassada, tendo sido o referido processo já sido arquivado (conforme pesquisa feita em 24/10/2006 no sítio da Internet do TRF da 5ª Região, Processo nº 2000.05.00.021713-1).





Por outro lado, não existem dúvidas quanto aos limites que determinam a base de cálculo da contribuição para a Cofins, a qual, em um primeiro momento, restou fixada pela Lei Complementar nº 70/91 como sendo o faturamento das empresas, posteriormente alterada pela Lei nº 9.718/98.

Anteriormente à edição da Lei nº 9.718, de 1998, a legislação considerava como base de cálculo o *faturamento mensal*, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, podendo-se excluir de seus totais os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) quando destacado nas notas fiscais, além das vendas canceladas, das devoluções e descontos incondicionais, não se denotando, conforme o dispositivo legal acima mencionado, a exclusão do ICMS incluído nos preços de vendas.

Após a edição da Lei nº 9.718, de 1998, a base de cálculo da contribuição passou a ser o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, esta entendida como sendo 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, *verbis*:

"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".

Assim, não obstante a possibilidade de se excluir da base de cálculo da Cofins o valor relativo ao ICMS nos casos de *substituição tributária*, hipótese que não se confunde com a tese defendida pela contribuinte, inexistente previsão legal para dedução das parcelas dos preços dos produtos correspondentes ao ICMS.

Portanto mostra-se absolutamente acertado o entendimento vergastado pela DRJ de Brasília, quando afirma a impossibilidade de exclusão da base de cálculo da Cofins da parcela do preço referente ao ICMS, e da aplicação do mesmo tratamento tributário das instituições financeiras, das operadoras de moedas estrangeiras e dos revendedores de veículos usados, em face da ausência de previsão legal nesse sentido.

A multa aplicada foi exasperada para 150% e não merece ser reparada, não obstante as argumentações trazidas pela recorrente no sentido de que sua prática se limitara a fazer declaração inexata, o que, de nos termos de alguns dos Acórdãos do 1º Conselho que citou, tal imposição restaria afastada. O problema é que nos tais acórdãos não se tratou da **prática reiterada**, ou seja, em nenhum dos exemplos trazidos pela recorrente, se vislumbra ter ocorrido aquela prática por mais de um ano. E, no presente caso, a "*declaração inexata*" se deu

por 49 meses ininterruptos, com percentuais elevadíssimos de redução indevida da base de cálculo da contribuição.

Restou claramente evidenciada a intenção dolosa da empresa de tentar ludibriar o fisco federal, visto que, sem qualquer amparo legal ou judicial e, sem que dispusesse de qualquer demonstrativo de cálculo que permitisse aferir a veracidade de seus argumentos, ou seja, se, realmente, o que restou declarado é a sua margem de lucro e/ou a parcela já deduzida do ICMS, recolheu com insuficiência os valores da Cofins durante o período de janeiro de 2000 a janeiro de 2004.

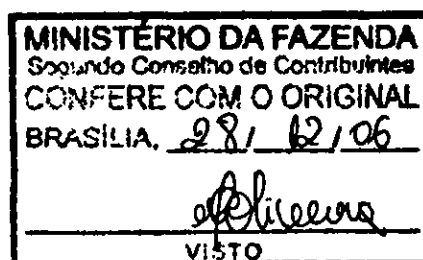
Vejamos o posicionamento do 1º Conselho de Contribuintes quando os fatos envolvem a prática reiterada:

"PRÁTICA REITERADA (EX. 99/02) – Declarando a menor seus rendimentos, sob a alegação de interpretação diferenciada de lei aplicável no cálculo de tributo, sistematicamente e durante anos consecutivos, com grande diferença entre as vendas declaradas ao Fisco Estadual e as informadas à Receita Federal, fica evidenciada a intenção de lesar o Fisco, caracterizando fraude e, portanto, aplicável o agravamento da multa de ofício". (Ac. 1º CC 105-14.036/03 – DO 07/07/03). No mesmo sentido, v. Ac 1º CC 107-6.899/02 (DO 23/04/03) e 107-6.916/02 (DO 01/09/03).

"PRÁTICA REITERADA (EX 97/01) – O dolo, elemento imprescindível à caracterização das figuras que justificam a exasperação da penalidade, resta comprovado pela conduta reiterada e sistemática, consistente em calcular o imposto de renda e informá-lo nas Declarações de Rendimentos e nas DCTF, tomando como base para apuração do tributo um percentual quase fixo (entre 7% e 10%) das receitas efetivamente auferidas e escrituradas em livros fiscais". (AC. 1º CC107-7.084/03 – DO 07/07/03).

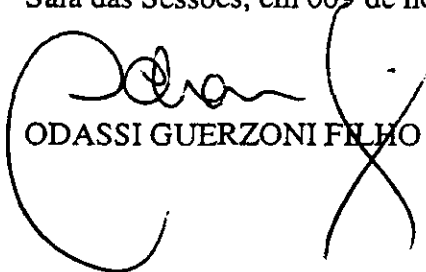
E o posicionamento desta Terceira Câmara, em julgamento do qual participaram os atuais Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna e Valdemar Ludvig, em Sessão de 27 de janeiro de 2005, no Recurso Voluntário nº 126.535, Acórdão nº 203-09.957, de relatoria da Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, com votação unânime:

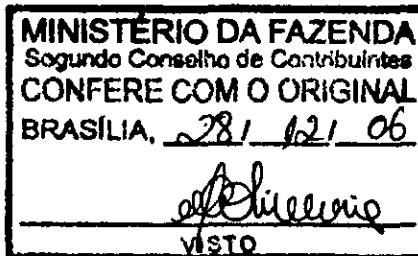
"MULTA AGRAVADA. PROCEDÊNCIA. Declarando a menor seus rendimentos, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. A prática sistemática, adotada durante anos consecutivos, forma o elemento subjetivo da conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente ao tipo previsto no art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/1964, ainda que a contribuinte tenha escriturado corretamente suas receitas nos livros de Apuração do ICM."



Em face de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 009 de novembro de 2006


ODASSI GUERZONI FILHO



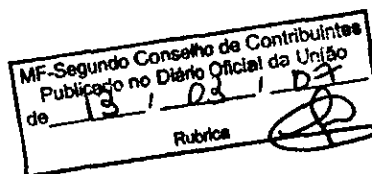


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13607.000306/2002-59
Recurso nº : 125.048
Acórdão nº : 203-11.537

Recorrente : AC FRANCHISING LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG



PIS. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. Cabe ao contribuinte apresentar suas razões de fato e de direito, apresentando demonstrativos, provas e tudo o mais que evidencie suposto equívoco do lançamento. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO COMO ARGUMENTO DE DEFESA. Comprovada a falta de recolhimento, é de ser efetuado o lançamento de ofício e juros de mora, sendo incabível alegar suposta compensação como exceção de defesa. MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. A inadimplência da obrigação tributária, na medida em que implica descumprimento da norma definidora dos prazos de vencimento, tem natureza de infração fiscal, e, em havendo infração, cabível a aplicação de penalidade, desde que sua imposição se dê nos limites legalmente previstos, o que aqui se dá à razão de 75%, cumulada como os juros de mora da Taxa SELIC.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **AC FRANCHISING LTDA.**

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

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2006.

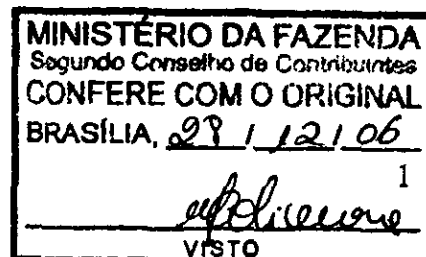
Antonio Bezerra Neto
Presidente

Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Roberto Velloso (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Odassi Guerzoni Filho e Eric Moraes de Castro e Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Cesar Piantavigna.

Eaal/inp



enf



Processo nº : 13607.000306/2002-59
Recurso nº : 125.048
Acórdão nº : 203-11.537

Recorrente : AC FRANCHISING LTDA.

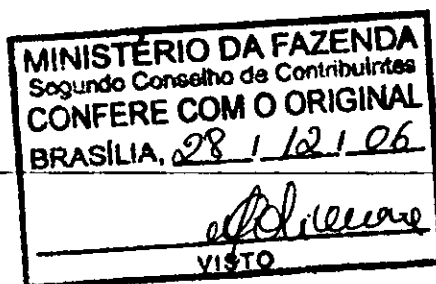
RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto, pela interessada, contra o Acórdão DRJ/BHE nº 4.350 e de fls. 33 e seguintes, que consubstancia decisão unânime da Primeira Turma da DRJ Belo Horizonte, pela procedência do lançamento de PIS insuficientemente recolhido, nos períodos de abril e dezembro de 1997.

Como razões de defesa, em impugnação e em apelo voluntário, a interessada alega o seguinte:

- (i) Promoveu a compensação de valores de PIS com informação através de DCTF;
- (ii) Não foi observado para o PIS o critério da semestralidade, o que resultou num recolhimento a maior da exação, aumento esse que foi abatido quando dos recolhimentos posteriores e para o próprio PIS; e
- (iii) Não procede a multa de ofício e juros de mora imposta.

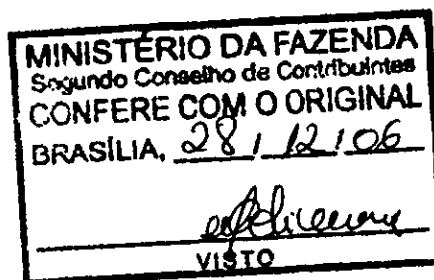
É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13607.000306/2002-59
Recurso nº : 125.048
Acórdão nº : 203-11.537



2ª CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, daí dele conhecer.

Como relatado, a recorrente insurge-se contra lançamento levado a efeito, pela Fiscalização, em face da apuração de insuficiência de recolhimento de PIS, em dois períodos do ano de 1997.

Para sustentar suas alegações, a recorrente alega que (i) promoveu a compensação de valores de PIS; uma vez que (ii) não foi observada as compensações de PIS para PIS realizadas, em face da aplicação do critério da semestralidade; e, (iii) não procede a multa de ofício aplicada no valor de 75%, bem como os juros de mora pela Taxa SELIC.

O Segundo Conselho de Contribuintes já possui entendimento pacificado no sentido de que "*Comprovada a falta de recolhimento, é de ser efetuado o lançamento de ofício, acrescido de multa de ofício e juros de mora, sendo incabível alegar suposta compensação como exceção de defesa.*"¹, sendo que, por relevante, consigno filiar-me a tal corrente de posicionamento jurisprudencial.

E, *in casu*, foi assim o modo como procedeu a ora recorrente, ao argumentar e não comprovar quando do primeiro momento processual oportuno que dispunha – na impugnação –, que as compensações diretas – e sem pleito administrativo – supostamente promovidas demonstrariam a razão pela qual o PIS foi recolhido de forma insuficiente, como apurado pela Fiscalização.

Aliás, a propósito da apresentação de DCTF informando da compensação supostamente promovida, o acórdão recorrido afirma que tal DCTF estaria relacionada a Processo Administrativo de Consulta de IRPJ.

Por fim e com relação à multa de ofício, diferente não é o entendimento desse Colegiado, senão, vejamos:

"MULTA DE OFÍCIO - A aplicação da multa de 75% tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, visto que a exigência foi formalizada de ofício." (RV 123.297)

Deveras, a aplicação da Taxa SELIC com base no citado diploma legal, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, não padece de qualquer coima de ilegalidade, estando a norma jurídica que a instituiu em plena vigência e dotada de toda eficácia.

Conf

¹ Acórdão 201-77481, Recurso Voluntário 121.010, Conselheiro relator Serafim Fernandes Corrêa



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

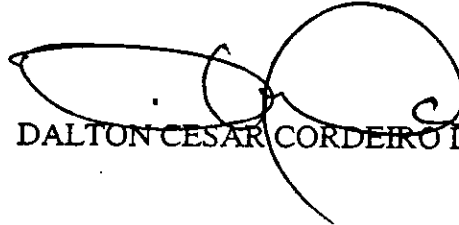
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13607.000306/2002-59
Recurso nº : 125.048
Acórdão nº : 203-11.537

Nestes termos, voto pela negativa de provimento ao recurso voluntário manejado a este Segundo Conselho.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2006.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

