



Processo nº : 10120.002121/2002-53
Recurso nº : 120.858
Acórdão nº : 201-76.782

Recorrente : SUPORTE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A Instância Administrativa é incompetente para apreciar argüições de inconstitucionalidade.

COFINS. REPRESENTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. JUROS. MULTA. A falta de recolhimento, total ou parcial, da COFINS enseja, quando apurada pela Autoridade Fiscal, lançamento de ofício, com os devidos acréscimos legais. **AGRAVAMENTO DA MULTA.** Não restando comprovado ter o contribuinte agido dolosamente, não é cabível a majoração da multa de ofício, cujo percentual deve ser reduzido de 150% para 75%.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. Não há previsão legal para exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, bem como a interpretação do termo faturamento, pelos Tribunais Superiores, tem sido pela manutenção do ICMS em seu valor.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPORTE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa para 75%, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003.


Josefa Maria Coelho Marques
Presidente


Antonio Márcio de Abreu Pinto
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Serafim Fernandes Corrêa, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

Eaal/cf



Processo nº : 10120.002121/2002-53
Recurso nº : 120.858
Acórdão nº : 201-76.782

Recorrente : SUPORTE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação lavrada em 10/04/2002 para fins de desdobramento do Processo nº 10120.003015/2001-14 e prosseguimento da cobrança, nos termos da norma em vigor, em decorrência da falta de recolhimento da COFINS.

Em 10/04/2002, foi apresentada, tempestivamente, Impugnação de fls. 34/53, pugnando a Contribuinte seja determinada uma nova apuração, a fim de que a base de cálculo da COFINS seja o lucro bruto, tal qual é para as instituições financeiras, empresas que comercializam com veículos usados e as que operam com câmbio, ou, alternativa e subsidiariamente, seja excluído o ICMS da receita bruta. Requereu, ainda, fosse desconsiderada a multa qualificada, visto que calculou seus tributos com base em entendimento amplamente debatido no meio jurídico e, sobretudo, porque não foi encontrada nenhuma omissão de suas operações na escrituração fiscal e contábil, bem como porque não deixou de prestar os esclarecimentos solicitados, mas ficou impossibilitada de apresentar o Livro Caixa no prazo estipulado, o que não motiva o agravamento.

Entendeu o douto julgador monocrático da DRJ em Brasília/DF, em sua Decisão de fls. 56/62, no seguinte sentido:

a) nos termos da Lei nº 9.718/98, a COFINS devida pelas pessoas jurídicas de direito privado será calculada com base no faturamento, correspondente à receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. Desta forma, a pretensão da Contribuinte não pode ser atendida, haja vista que os dispositivos contemplados nas Leis nºs 9.701/98 e 9.718/98 aplicam-se ao "lucro bruto" das instituições financeiras e das instituições que operam com mercados futuros ou com câmbio, sendo que a autuada não se enquadra em nenhum dos tipos enumerados, pois tem como atividade a revenda de mercadorias;

b) quanto à dedução do valor do ICMS, incidente sobre as vendas, da receita bruta, também é descabida a pretensão do Contribuinte. O ICMS que não se inclui na receita bruta é somente o que é cobrado destacadamente do comprador ou contratante, do qual o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário. Assim, na determinação da base de cálculo da COFINS, deve ser incluído, no conceito de receita bruta, o ICMS incidente sobre as vendas;

c) no tocante à aplicação da multa de 150%, afigura-se extremamente artificial a interpretação dada à legislação pela Contribuinte, até porque a legislação invocada só se aplica a partir do ano de 1998, enquanto que o procedimento da Autuada data desde janeiro de 1996, não



Processo nº : 10120.002121/2002-53
Recurso nº : 120.858
Acórdão nº : 201-76.782

havendo como se acatar a boa-fé da Contribuinte. Pelo exposto, é de se manter a exasperação da multa de 150%, conforme preceito do art. 2º, I, da Lei nº. 8.137/90; e

d) assiste razão à Contribuinte no que se refere à aplicação do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pois evidencia-se que Contribuinte não se furtou a prestar esclarecimentos à intimação fiscal no prazo marcado, haja vista que declarou não ter encontrado o Livro Caixa. A falta de apresentação do Livro Caixa deu ensejo ao arbitramento do lucro, mas não caracteriza desatendimento no prazo à intimação para prestar esclarecimentos, previsão legal que autoriza a exacerbação da multa de ofício no percentual de 225%.

Inconformada, em parte, com a referida decisão, a Recorrente interpôs, às fls. 65/96, em 07/05/2002, Recurso Voluntário para este Conselho de Contribuintes, sob os seguintes argumentos:

a) a prática de crime se verifica quando a Contribuinte tenta fugir do controle da administração, omitindo de forma deliberada, no todo ou em parte, sua movimentação financeira e patrimonial, lançando mão de inúmeras estratégias, o que não ocorreu no caso presente. A realidade dos fatos é que a Recorrente tem ponto de vista que é seguido tanto por outros contribuintes quanto por doutrinadores e tribunais, e macular de fraude tal entendimento é totalmente inaceitável;

b) fundamenta-se no tratamento diferenciado concedido às instituições financeiras, as operadoras de moeda estrangeira e revendedoras de carros usados, pela Lei nº 9.718/98, para alegar o recolhimento das contribuições com base no lucro bruto. Além de alegar colisão de tais comandos com os princípios constitucionais da igualdade e da equidade; e

c) destaca, ainda, que o ICMS não constitui receita ou faturamento da Recorrente, mas sim do Estado, daí a razão de se excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição em comento.

É o relatório.



Processo nº : 10120.002121/2002-53
Recurso nº : 120.858
Acórdão nº : 201-76.782

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTONIO MARIO DE ABREU PINTO

O Recurso é tempestivo, dele tomo conhecimento.

Cuida-se de Recurso Voluntário que tem por escopo seja julgada improcedente a aplicação da multa qualificada de 150%; seja considerado como base de cálculo da COFINS apenas o lucro bruto, tal qual o é para as instituições financeiras, empresas que comercializam com veículos usados e empresas que operam com a compra e venda de moeda; e seja determinada a exclusão do ICMS da receita bruta.

Como primeiro ponto, passa-se a analisar a questão da multa qualificada de 150%.

Assiste razão à Contribuinte em pugnar por sua redução, pois o ocorrido não se caracteriza como fraude, eis que não houve divergência entre as notas fiscais emitidas às escrituradas nos livros fiscais e contábeis ou omissão de receita decorrente da falta de emissão de documento fiscal. Complemente-se a isso o fato de que embora a empresa tenha feito declaração inexata, informando receitas a menor, estas foram apuradas pela fiscalização a partir dos valores escriturados em livros fiscais.

Outrossim, os fiscais enquadraram a conduta da Contribuinte no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, que pressupõe o dolo, figura típica e fundamental para que se possa agravar a multa. Convém ressaltar que o dolo apresenta-se em certas circunstâncias, como a emissão de “notas frias”, “notas calçadas”, dentre outros expedientes ilegais, cuja função seria a de iludir o Fisco notoriamente.

Desta forma, ombreando-me na jurisprudência e doutrina pátrias, e não restando patentemente comprovado ter a Contribuinte agido dolosamente, não será cabível a majoração da multa de ofício, devendo, assim, com fulcro no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, o percentual ser reduzido de 150% para 75%.

Superada a questão da multa qualificada, deparamo-nos e com a tese de que seja considerado como base de cálculo da COFINS apenas o lucro bruto, tal qual o é para as instituições financeiras, empresas que comercializam com veículos usados e empresas que operam com a compra e venda de moeda, sob pena de ferir contundentemente preceitos constitucionais.

Observo que foi feliz a posição adotada pela DRJ em Brasília/DF, uma vez que a Contribuinte não se enquadra em nenhum dos tipos elencados entre os §§ 3º ao 5º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que tem como atividade a revenda de mercadorias.

Por fim, quanto ao pleito de que seja determinada a exclusão do ICMS da receita bruta, não merece guarida o pleito da Contribuinte, não só pelas razões aduzidas pela DRJ em Brasília/DF, à fl. 60, que, por si sós, já seriam suficientes, mas também por versar sobre matéria



Processo nº : 10120.002121/2002-53
Recurso nº : 120.858
Acórdão nº : 201-76.782

há muito pacificada tanto neste Conselho como em nossos Tribunais Superiores, conforme se observa do ementário abaixo colacionado:

“EMENTA: BASE DE CÁLCULO. ICS. EXCLUSÃO - Não há previsão legal para exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, bem como a interpretação do termo faturamento, pelos Tribunais Superiores, tem sido, por enquanto, pela manutenção do ICMS em seu valor. **Recurso negado**”. (Recurso nº.116.966, Rel. Eduardo da Rocha Schmidt)

“EMENTA: TRIBUTARIO. COFINS. BASE DE CALCULO. ICMS. Tudo quanto entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias e receita dela, não tendo qualquer relevância, em termos jurídicos, a parte que vai ser destinada ao pagamento de tributos. Conseqüentemente, os valores devidos a conta do ICMS integram a base de calculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social. **Recurso Especial não conhecido**”. (RESP 152736/SP, Min. Ari Pargendler).

Diante do exposto, **dou parcial provimento** ao presente Recurso, no sentido de desconstituir a multa agravada, reduzindo-a para o percentual de 75%, com fulcro no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003.

ANTONIO MARIO DE ABREU PINTO