MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 04 / 07 / 06
VISTO

Processo nº : 10680.018496/2003-71
Recurso nº : 126.820
Acórdão nº : 202-16.657

Recorrente : DNA PROPAGANDA LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPETÊNCIA.

Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar litígios referentes à Contribuição para o PIS e à Cofins, quando estas exigências estiverem lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DNA PROPAGANDA LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, declinando da competência de julgamento ao Primeiro Conselho de Contribuintes.**

Sala das Sessões, em 8 de novembro de 2005.

Antonio Carlos Atulim
Presidente e Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 21 / 12 / 2005
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Antonio Zomer, Raimar da Silva Aguiar, Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente), Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Processo nº : 10680.018496/2003-71
Recurso nº : 126.820
Acórdão nº : 202-16.657

Recorrente : DNA PROPAGANDA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório da decisão recorrida:

"Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o auto de infração de fls. 06/11 para exigência de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) no valor de R$ 203.376,99, acrescida de multa de ofício e juros de mora pertinentes, relativamente a fatos geradores compreendidos no exercício de 1999.

Na descrição dos fatos, ressaltou a fiscalização que houve falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal (TVF).

No enquadramento legal, figuraram os arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

O Termo de Verificação Fiscal foi anexado às fls. 12/20, contendo registro das alterações contratuais da empresa, das intimações lavradas relativamente a diversos períodos de apuração e da base legal da autuação. Merecem destaque os seguintes registros pertinentes à matéria objeto do lançamento.

Registrou a fiscalização que não foi prestada nenhuma informação sobre a data e como ocorreu o extravio dos documentos pertinentes ao ano-calendário de 1998, muito menos se foram atendidas as determinações do art. 264 do RIR/1999.

A fiscalizada fez a opção pela tributação com base no lucro real, conforme declaração de rendimentos do período base de 1998 (cópia - Anexo 1).

As informações constantes das declarações de rendimentos devem estar embasadas em livros e documentos contábeis e fiscais que são passíveis de exame pelo fisco.

Cita normas legais do Regulamento de 1999 pertinentes à escrituração, obrigação de possuir livros contábeis e fiscais e dever de conservar em boa ordem tais documentos.

Ressaltou a autoridade fiscal que não foram atendidos os questionamentos acerca do extravio de documentos, nem foram adotadas as providências legais atinentes à publicidade do ocorrido.

Em resumo, constatou a fiscalização que, apesar das intimações, não foram apresentados os seguintes documentos: livros comerciais e fiscais dos anos-calendário de 1994 a 1998 e de 2000 a até fevereiro/2003; cópia das notas fiscais emitidas para o Banco do Brasil e Ministério do Trabalho nos anos-calendário de 1998 e 1999; livros de Registro de Serviços Prestados compreendendo o período de janeiro/1994 a dezembro/1998; cópia das demonstrações financeiras dos exercícios encerrados em 31/12/1998, 31/12/2000, 31/12/2001 e 31/12/2002.

Nestas circunstâncias, procedeu-se ao arbitramento dos lucros com base na receita bruta informada pelos tomadores de serviço.

Com relação ao PIS e à Cofins, esclarece que estas contribuições têm como parâmetro de incidência o faturamento, nos termos da legislação específica.

A legislação do PIS/Pasep e da Cofins não permite a exclusão dos valores repassados pelas agências de propaganda a empresas de rádio, televisão, jornais, publicidade ao ar livre, cinema e revistas, nem tampouco os valores repassados a terceiros.

Conclui que a base de cálculo do PIS e da Cofins é o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, excluindo-se desta os valores previstos na legislação de regência.

Para fins de apuração do valor tributável do PIS e da Cofins, a fiscalização tomou por base o valor das notas fiscais encaminhadas por clientes da fiscalizada, cuja relação e consolidação mensal foi feita em demonstrativos próprios.

Observou a fiscalização que a receita por ela apurada é inferior ao efetivamente percebido pelo contribuinte, tendo em vista a falta de algumas notas fiscais na relação confeccionada. O trabalho de circularização tomou por base os clientes do ano de 1999, tendo sido acentuado que a fiscalização não teve conhecimento de nenhum documento contábil do ano de 1998.

Foi registrado ainda no TVF que a base de cálculo do PIS e da Cofins tributada pela fiscalização, para o ano-calendário de 1998, é resultante do valor consignado nos demonstrativos em anexo, excluída a base declarada na DIPJ.

A relação das notas fiscais foi juntada às fls. 21/58 e os demais documentos que fundamentam o lançamento constam das fls. 01/05 e 59/104, além de documentação que compõe o Anexo 01 (243 folhas).

Cientificado das exigências em 19/12/2003, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 107/144 em 16/01/2004, cujo conteúdo pode ser assim resumido.

O contribuinte faz uma descrição sucinta do lançamento salientando o arbitramento do lucro no período lançado para, em seguida, ressalvar que a empresa autuada não se recusou a entregar sua escrituração ao fisco, mas se viu impossibilitada de fazê-lo, tendo demonstrado esta impossibilidade aos fiscais. Nestas condições, descaberia, no entendimento do impugnante e do Primeiro Conselho de Contribuintes, o arbitramento do lucro.

- O direito aplicável. Preliminares

Sustenta que a impugnação é tempestiva.

No que diz respeito ao mérito, entende a autuada ser insubsistente o lançamento por atingir fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos.

Com efeito, estudando-se a crônica da legislação aplicável à Cofins, verifica-se que a mesma está indissoluvelmente ligada à legislação do imposto de renda das empresas.

Após fazer um histórico do IRPJ, considera que o imposto de renda das empresas é um tributo lançado por homologação e incide sobre lucro apurado mensalmente (e não mais anual).

Conclui que o lançamento feito pelo fisco, na situação dos autos, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 1998, é nulo, uma vez que já havia decaído o direito do fisco de fazê-lo no mês de dezembro de 2003. A regra decorre da aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do CTN.

Cita jurisprudência administrativa acerca do assunto em pauta.

Segundo o contribuinte, a digressão feita em tudo se aplica à Cofins. É ela um imposto que incide sobre o faturamento das empresas, lançado ademais por homologação, uma vez que a iniciativa de calcular o quantum debeatur e pagá-lo é do contribuinte. Além

disso, é um imposto cobrado mensalmente, já que incide sobre o faturamento mensal das empresas. Vistos tais pressupostos, o lançamento constante dos autos é nulo, por ferir preceitos jurídicos basilares relativos à decadência do direito de o fisco lançar.

- Ilegalidade dos juros Selic na correção de débitos tributários

O contribuinte contesta a exigência da taxa Selic a título de juros de mora, afirmando que o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, apontado como fundamento do lançamento, padece de vícios jurídicos que impõem a sua não aplicação neste caso.

Citando normas do CTN, destaca que, sendo a taxa Selic invariavelmente superior a 1%, sua incidência nos débitos tributários é contrária ao § 1º do art. 150 da Constituição Federal.

Conclui que as características da taxa Selic (1) falta de previsão legal e (2) inadequação entre a natureza da taxa como criada e regulamentada pelo Banco Central e o campo tributário, que vêm somar-se à delegação de competência contrária ao CTN, tornam a sua aplicação absolutamente inaceitável aos débitos de natureza tributária.

- No mérito

Ressalta o impugnante que a suposta recusa da empresa em apresentar os seus livros fiscais decorreu, não de um desejo de postergar indefinidamente a fiscalização, mas de fatos concretos e reais, ligados ao extravio dos citados livros.

Assevera que possuem absoluta veracidade os dados e informações contidos na declaração de rendimentos IRPJ apresentada pelo contribuinte no ano-calendário de 1998 (exercício de 1999), tendo em vista que a própria fiscalização afirmou que a receita por ela fixada para realizar o arbitramento do lucro era inferior à receita declarada.

Além disso, a empresa possui, hoje, o seu livro Diário, conforme provado pela documentação que se junta aos autos. A sua declaração de rendimentos IRPJ do ano-calendário de 1998 deve ser considerada consistente e, ainda que não se possa desfazer o arbitramento feito pelo fisco pela não apresentação dos livros fiscais na época oportuna, torna-se imprescindível que sejam considerados, no cálculo do imposto de renda, os valores relativos ao IR fonte, CSLL, PIS e Cofins retidos pelas entidades públicas, conforme dados que se juntam à presente impugnação (planilha – fl. 118).

Nestas condições, são inúmeros os valores provados pelos documentos e quadros anexados à impugnação, fornecidos pelas mencionadas entidades públicas, tendo sido salientado que todos eles constam na declaração de rendimentos IRPJ – exercício de 1999, razão pela qual não podem ser descartados como se não existissem nas revisões e auditorias fiscais.

Tais valores, decorrentes da aplicação do art. 64 da Lei nº 9.430, de 1996, referem-se a pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, sujeitos à incidência na fonte do Imposto de Renda, Contribuição Social, Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep.

Por outro lado, a Instrução Normativa SRF nº 23, de 2 de março de 2001, disciplinou essa retenção a ser feita nos pagamentos, mediante a aplicação de percentual que corresponde à soma das alíquotas do imposto de renda e das contribuições.

Releva notar que a própria fiscalização relacionou as entidades públicas no TVF relativo ao IRPJ e CSLL, sendo possível observar que a autuada prestou, no ano-

calendário de 1998, serviços ao Ministério do Trabalho, órgão sujeito a realizar as retenções de tributos diversos no ato dos pagamentos.

Acentua que uma forma de reparação do erro cometido seria o retorno do auto de infração à fiscalização para que fossem refeitos os cálculos, anulando-se o lançamento ora guerreado. É o que se requer em face das razões e provas apresentadas.

- Do pedido

Requer que seja anulado o lançamento, por ter sido realizado sem que fossem considerados pormenores que o evitariam, tais como a decadência, além da existência de créditos fiscais que anulariam, pelo seu valor, o imposto suplementar apurado pelo fisco.

Por último, caso venha remanescer alguma parcela do crédito tributário, que seja excluída a taxa Selic exigida a título de juros de mora.

À impugnação, foi anexada cópia da seguinte documentação: documento de identidade, contrato social e alterações (fls. 122 e 131/144); além de relação e respectivos Darf (fls. 147/192).

Posteriormente, foram juntadas, pela DRF de origem, telas "consulta pagamento" (doc. fls. 145/153).

É o relatório."

A 2ª Turma da DRJ em Belo Horizonte - MG manteve o auto de infração por meio do Acórdão nº 5.701, de 30/03/2004, sob os seguintes fundamentos: a) o prazo de decadência para o lançamento da Cofins é de dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; b) é legítima a exigência da contribuição apurada com base nas diferenças detectadas entre o que foi declarado em DIPJ e as notas fiscais obtidas junto aos clientes do contribuinte; c) é legítima a incidência dos juros de mora com base na taxa Selic.

Regularmente notificado daquele acórdão em 12/04/2004, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 194/207, em 30/04/2004, instruído com o arrolamento de bens de fls. 208/209. Em síntese, reprisou os argumentos apresentados em primeira instância, acrescentando que a autoridade recorrida deixou de considerar a existência do livro diário, conforme comunicado e provado na impugnação. Acrescentou que o diário ratifica os valores declarados na DIPJ do ano calendário fiscalizado e que deveria ter sido levado em conta pela decisão recorrida. Alegou que o livro diário deve ser levado em conta porque as agências de publicidade estão sujeitas a um regime de comissões previsto no art. 11 da Lei nº 4.680, de 18/06/1965, e que, portanto, não ficam com a totalidade dos valores recebidos. Insurgiu-se contra os juros de mora na forma posta no lançamento e requereu fosse dado provimento ao recurso e reformada a decisão recorrida.

Em 13/12/2004 o contribuinte aditou o recurso voluntário reiterando que está sendo cobrado um valor muito superior ao devido porque não foram considerados os repasses efetuados aos veículos de comunicação. Informou que é membro da Associação Brasileira das Agências de Publicidade – Abap e que é beneficiário da sentença proferida no Mandado de Segurança nº 2002.34.00.015024-9, no qual o Judiciário reconheceu o direito de as agências de publicidade excluírem da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores repassados aos meios de comunicação. Entende que o feito não pode mais prosseguir na esfera administrativa porque tem a seu favor o pronunciamento do Judiciário sobre a questão. Acrescentou que o art. 13 da Lei nº

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTONIO CARLOS ATULIM

Assim dispõe o art. 7º do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes:

"Art. 7º Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar os recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, observada a seguinte distribuição:

I - às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras:

(...)

d) os relativos à exigência da contribuição social sobre o faturamento instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e das contribuições sociais para o PIS, PASEP e FINSOCIAL, instituídas pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, e pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, respectivamente, quando essas exigências estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica;

(...)" (grifei)

Conforme se pode constatar no texto acima grifado, a competência do Primeiro Conselho de Contribuintes para o julgamento das contribuições não está restrita apenas aos processos onde existam lançamentos reflexos ou decorrentes da exigência do IRPJ.

A competência do Primeiro Conselho de Contribuintes abrange não só os lançamentos reflexos, mas também os lançamentos das contribuições sociais *"(...) quando essas exigências estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração (...)"* tenha servido para determinar a prática de infração no âmbito do IRPJ.

Ora, a leitura do termo de verificação fiscal revela que houve arbitramento do lucro porque a empresa não tinha os livros fiscais e contábeis exigidos pela fiscalização.

Além disso, foi feita uma circularização junto aos clientes da autuada onde se descobriu a existência de outras notas fiscais de prestação de serviços emitida pela autuada, cujas receitas não foram oferecidas à tributação. Estas notas fiscais descobertas pela fiscalização foram consideradas como receita tanto no arbitramento do lucro no auto de infração de IRPJ quanto nos autos de infração da Contribuição para o PIS e da Cofins.

Portanto, tratando-se de exigências de tributos distintos (IRPJ e Contribuição para o PIS e Cofins), lastreadas no todo ou em parte, no mesmo fato (omissão de receita) que determinou a lavratura do auto de infração de IRPJ, claro está que o órgão competente para julgar este processo é o Primeiro Conselho de Contribuintes, nos precisos termos do art. 7º, I, letra "d", do Regimento Interno.