



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 22 / 06 / 2004

Caf
Visto

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10735.000831/00-51
Recurso nº : 123.520
Acórdão nº : 203-09.281

Recorrente : NOVA IGUAÇU DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE - A alegação de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, não merece acolhimento, quando estão minuciosamente relacionados todos os fatos e dispositivos legais que o ensejaram, possibilitando à recorrente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal. **Preliminar rejeitada.**

COFINS - BASE DE CÁLCULO – A base de cálculo da COFINS será o faturamento mensal, entendendo-se como tal a receita bruta da pessoa jurídica.

EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO - Não existe previsão legal para a exclusão da base de cálculo da contribuição dos valores pagos ao fornecedor das mercadorias revendidas pelo sujeito passivo da contribuição.

ICMS - SUBSTITUÍDA - O ICMS, como parcela componente do preço, faz parte da receita bruta da contribuinte, e o valor pago pela substituída tributária à sua substituta a título de ICMS não pode ser excluído da base de cálculo da COFINS.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
NOVA IGUAÇU 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 nulidade por cerceamento do direito de defesa; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2003


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Valmar Fonsêca de Menezes, Maria Teresa Martínez López, Mauro Wasilewski, César Piantavigna, Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, Maria Cristina Roza da Costa e Luciana Pato Peçanha Martins.

Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 10735.000831/00-51
Recurso nº : 123.520
Acórdão nº : 203-09.281

Recorrente : NOVA IGUAÇU DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.

RELATÓRIO

A empresa NOVA IGUAÇU DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA. foi autuada em 30/03/2000 (doc. fls. 35/37), pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de apuração de janeiro/1999 a setembro/1999.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição, juros de mora e multa, perfazendo o crédito tributário o total de R\$2.623.176,61.

O autuante, às fls. 31/32, esclareceu que:

- a contribuinte não declarou e nem recolheu a COFINS relativa aos períodos alcançados pelo auto de infração; e
- a autuada informou ter contabilizado o ICMS substituição tributária como receita, estornando-o depois como despesa de ICMS.

A autuada, às fls.42/49, apresentou impugnação tempestiva, onde:

- preliminarmente, invocou a nulidade do auto de infração lavrado, por cerceamento do seu direito de defesa, visto a exigüidade do prazo concedido para prestação de esclarecimentos na fase inquisitória do procedimento fiscal;
- no mérito, alegou que no lançamento foram erroneamente computados, a título de base de cálculo da contribuição, os valores destacados nas notas fiscais de saídas referentes ao ICMS por substituição tributária, consignando demonstrativo dos valores que julga incorretamente considerados como base de cálculo, dos valores relativos ao ICMS substituição tributária;
- protestou pela incidência da contribuição somente sobre “a diferença entre o preço de recebimento e preço de entrega multiplicada pela quantidade de unidades entregues de cada produto”, pois a atividade da recorrente cingia-se ao armazenamento e a distribuição de produtos de um único fornecedor para diversos e pré-determinados clientes de uma região definida, e que, dessa forma, não exercia atividade de comerciante; e
- afirmou que a Lei nº 9.718/98 excluiu da base de cálculo da COFINS o ICMS recebido por substituição tributária.



Processo nº : 10735.000831/00-51
Recurso nº : 123.520
Acórdão nº : 203-09.281

À fl. 92 a DRJ/CTBA baixou o processo em diligência para que o autuante se pronunciasse sobre a inclusão na base de cálculo da contribuição do ICMS recebido por substituição tributária.

Cumprindo a diligência solicitada, a fiscalização informou que (doc. fls. 150/151):

- a contribuinte indicou no quadro demonstrativo de fls. 46, a título de ICMS substituição, os valores de ICMS retidos pela Companhia Cervejaria Brahma, na qualidade de substituto tributário, nas operações de venda de mercadorias para ela efetuadas; e

- tais valores não poderiam ser excluídos da base de cálculo da contribuição, *ex vi* do Parecer Normativo nº 77/86 e do art. 3º da Lei Complementar nº 44/83.

Devidamente intimada do teor da diligência fiscal, a contribuinte, às fls. 155/161, reafirmou os argumentos da sua impugnação.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada (doc. fls 168/174):

*"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Período de apuração: 01/01/1999 a 30/09/1999*

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. As exclusões da base de cálculo da contribuição são tão somente as previstas em lei, não se incluindo dentre elas o ICMS retido nas operações de compra de mercadorias, pela contribuinte.

Lançamento Procedente".

Inconformada com a decisão singular, a autuada, às fls. 186/198, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, onde reiterou integralmente as razões da peça impugnatória.

No processo nº 10735.001038/00-79, apenso, processou-se arrolamento de bens, nos termos da Lei nº 9.532 e da IN SRF nº 143/98.

É o relatório.



Processo nº : 10735.000831/00-51
Recurso nº : 123.520
Acórdão nº : 203-09.281

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO**

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

Como relatado, a empresa NOVA IGUAÇU DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA. foi autuada em 30/03/2000 (doc. fls. 35/37), pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de apuração de janeiro/1999 a setembro/1999.

No apelo apresentado a este Conselho, a recorrente, preliminarmente, alega a nulidade do auto de infração lavrado, por cerceamento do seu direito de defesa, visto a exigüidade do prazo concedido para prestação de esclarecimentos na fase inquisitória do procedimento fiscal.

No mérito, contesta a base de cálculo adotada no feito. Argúi que não estão excluídos os valores do ICMS substituição tributária e protesta pela incidência da contribuição somente sobre a diferença entre o preço de venda e o preço pago por cada produto.

Preliminarmente, a alegação de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa não merece acolhimento. No auto de infração lavrado e nos documentos anexos ao mesmo estão minuciosamente relacionados todos os fatos e dispositivos legais que o ensejaram, possibilitando à recorrente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal.

Ademais, nos presentes autos verifico que à autuada está dado o direito de se pronunciar sobre todas as imputações que lhe foram feitas, inclusive quanto ao resultado da diligência solicitada pela autoridade julgadora de primeira instância.

Isso posto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração alegada.

Em relação ao mérito, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social incide sobre o faturamento total da empresa traduzido pela venda de mercadorias ou de serviços, não havendo permissão legal para exclusão do pagamento feito à empresa fornecedora dos produtos revendidos pela recorrente, ou melhor, do custo das mercadorias vendidas.

O art. 2º da Lei nº 9.718/98 preceitua que a base de cálculo da COFINS será o faturamento mensal, entendendo-se, como tal a receita bruta da pessoa jurídica (art. 3º da Lei nº 7.918/98).

Já o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 define receita bruta como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.



Processo nº : 10735.000831/00-51
Recurso nº : 123.520
Acórdão nº : 203-09.281

O § 2º do mesmo artigo art. 3º determina os valores que não integram a base de cálculo, os quais são: o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de **substituto tributário**.

Resta então analisar os valores que a recorrente pretende excluir da base de cálculo da contribuição a título de ICMS substituição tributária, e sobre o fato esclarece o acórdão recorrido:

"No caso em análise, os valores que pretende a contribuinte excluir da base de cálculo da contribuição, informados no quadro demonstrativo de fl. 46, a título de ICMS substituição, referem-se, efetivamente, aos valores retidos pela Companhia Cervejaria Brahma, em operações de venda de mercadorias para ela efetuadas, fato assinalado pela fiscalização (fls. 150 e 151), corroborado pelos assentamentos contábeis de fls. 50/57 e 100/146 e não refutado pela interessada.

Na verdade, como aduz a fiscalização (fls. 150 e 151), os valores referidos à fl. 46 como "ICMS substituição", são na verdade aqueles retidos pelo fabricante de bebidas, escriturados pela contribuinte como operações de compra de mercadorias.

Observe-se que em tais operações a Companhia Cervejaria Brahma figura como substituta tributária, caracterizando-se a contribuinte como substituída

Não se poderia, assim, cogitar de excluir os valores de ICMS retidos pela substituta tributária, da base de cálculo da contribuição devida pela substituída, por falta de permissivo legal."(grifei)

Dessa forma, não há como se excluir da base de cálculo da COFINS o ICMS pago a substituta tributária da recorrente, na qualidade de substituída, quando da compra dos produtos a serem revendidos, pela absoluta falta de amparo legal.

Além do mais, é cediço neste Segundo Conselho que o ICMS incidente na venda de mercadorias ou na prestação de serviços, como parcela componente do preço, faz parte da receita bruta e compõe a base de cálculo da COFINS, e é irrelevante que o pagamento se dê pela substituída tributária à sua substituta.

Dentre vários exemplos sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS podem ser citadas as decisões consubstanciadas nos Acórdãos nºs 201-76.432, 202-13.048 e 203-06.915, que, respectivamente, foram assim ementados:

"PIS/FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador somente até a entrada em vigor da MP nº 1.212/95. Precedentes do STJ e da CSRF. PIS E COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO - O ICMS, como parcela componente do preço da mercadoria, faz parte da receita



Processo nº : 10735.000831/00-51
Recurso nº : 123.520
Acórdão nº : 203-09.281

bruta decorrente do faturamento e, portanto, integra a base de cálculo da COFINS e do PIS. Recurso negado.

COFINS - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO DO ICMS - CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO - O ICMS não se exclui da base de cálculo da COFINS por integrar o preço da mercadoria, e, estando agregado ao preço de venda, inclui-se no faturamento. Recurso a que se nega provimento.

NORMAS PROCESSUAIS - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não há indícios sequer de sua materialização, porque a autoridade monocrática, em sua decisão, nomeou a fonte normativa que determina a aplicação da Taxa SELIC, qual seja, o art. 13 da Lei nº 9.065/95 - DECADÊNCIA - O Decreto-Lei nº 2.049/83, bem como a Lei nº 8.212/90, estabeleceram o prazo de 10 anos para a decadência do direito da Fazenda Pública formalizar o lançamento das Contribuições ao FINSOCIAL. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no art. 150 do mesmo diploma legal. Preliminar rejeitada. COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - 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. JUROS DE MORA CALCULADOS A TAXAS SUPERIORES A 1% AO MÊS - LEGALIDADE - O art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, permite a cobrança de juros calculados a taxas superiores ao limite de 1% ao mês, desde que esteja previsto em lei. Recurso negado."

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2003

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO