



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 23 / 01 / 03
Rubrica *AP*

412
2º CC-MF
Fl.

Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

Recorrente: DRJ EM CURITIBA - PR
Interessada: Extensão Comércio de Derivados de Petróleo Ltda.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE MÚTUO.
Exclui-se da base de cálculo os valores relativos a produtos adquiridos em operações de mútuo que já haviam sido objeto de retenção da COFINS na sistemática de substituição tributária.
Recurso de ofício ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **DRJ EM CURITIBA - PR.**

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

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2002

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Adolfo Montelo
Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/cf/ja



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

Recorrente: DRJ EM CURITIBA - PR

RELATÓRIO

Neste processo administrativo fiscal, em que foi efetuado lançamento com exigência de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, adoto o relatório da decisão de primeira instância, que transcrevo:

"Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto à empresa qualificada, foi lavrado auto de infração de fls. 34/45, que exige o recolhimento de R\$ 1.399.018,89 a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e R\$ 1.049.264,05 de multa de ofício, prevista no art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, c/c art. 4º, I, da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e art. 106, II, 'c', da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), além dos encargos legais.

2. *A autuação, cientificada em 28/08/2000, ocorreu devido à falta/insuficiência de recolhimento da Cofins, inclusive por substituição tributária, relativamente aos períodos de apuração 01/06/1996 a 31/12/1996; 01/03/1997 a 31/03/1997; 01/09/1997 a 31/01/1999; 01/03/1999 a 30/09/1999 e 01/11/1999 a 30/11/1999, conforme demonstrativos de apuração às fls. 34/37 e de multa e juros de mora às fls. 38/40, tendo como fundamento legal os artigos 1º, 2º e 4º da Lei Complementar nº 70, de 1991 e os arts. 2º a 6º, e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e reedições, e da Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999, e reedições.*

3. *À fl. 42, no campo 'Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal', do auto de infração, item 001 (Cofins), consta que os valores relativos aos períodos de apuração 01/12/1996 a 31/12/1996 e 01/09/1997 a 31/01/1999, foram apurados a partir das informações existentes nas planilhas de fls. 06/12, firmadas pela própria contribuinte, e que os valores não-recolhidos deixaram de ser incluídos nas Declarações de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, respectivas. Consta, também, que até o mês de maio de 1996 a empresa exerceu a atividade de TRR - Transportador Revendedor Retalhista, somente efetuando compras de derivados de petróleo e álcool etílico de distribuidores contribuintes da Cofins por substituição. Consta, ainda, que a partir de junho de 1996 a empresa passou a operar como distribuidora, passando à condição de contribuinte por substituição em relação às respectivas operações.*



Processo n°: 10980.005777/00-29
Recurso n°: 118.036
Acórdão n°: 202-13.900

4. Já, à fl. 43, no mesmo campo do auto de infração, item 002 (Cofins-Substituição Tributária), consta que, em relação aos períodos de apuração 01/06/1996 a 30/11/1996; 01/03/1997 a 31/03/1997; 01/09/1997 a 31/01/1999; 01/03/1999 a 30/09/1999 e 01/11/1999 a 30/11/1999, a contribuinte, na condição de substituto tributário, deixou de recolher, ou recolheu a menor a Cofins apurada com base nas informações contidas nas planilhas de fls. 13/25, por ela própria firmadas, sendo que os valores respectivos não foram inseridos nas DCTF ou nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais. Consta, ainda, que as bases de cálculo foram levantadas segundo os critérios fixados na legislação; que a partir de fevereiro de 1999, a empresa passou a ser substituída do comerciante varejista em relação às operações de comercialização de álcool para fins carburantes e de álcool adicionado à gasolina automotiva, e que a partir do mês de maio de 1999, em face do início de atividades da filial inscrita no CNPJ sob n° 77.994.177/0004-65, as bases de cálculo relativas às operações respectivas foram consolidadas na matriz.

5. Tempestivamente, em 27/09/2000, a interessada, por intermédio de procurador legalmente habilitado (procuração às fls. 50 e 65), interpôs a impugnação de fls. 51/64, instruída com os documentos de fls. 66/476, alegando, em síntese, que:

- tratando-se de supostos ilícitos cuja comprovação depende dos mesmos elementos de prova (art. 9º, § 1º, do Decreto n° 70.235, de 06 de março de 1972), conveniente e razoável seria que os autos de infração de PIS (contribuição ao Programa de Integração Social) e Cofins, fossem reunidos em um só processo;
- em nenhum momento foram solicitadas informações ou esclarecimentos acerca das supostas diferenças encontradas, ou seja, não houve aprofundamento na investigação dos fatos (transcreve doutrina acerca do direito constitucional à ampla defesa);
- houve equívoco na informação prestada acerca do valor da exclusão da base de cálculo no mês 12/1996 (junta as planilhas de fls. 66/69);
- o não-recolhimento dos débitos relativos ao período de apuração 01/09/1997 a 28/02/1998 deve-se à compensação implementada em face de créditos relativos aos valores pagos a maior a título de Finsocial (contribuição para o Fundo de Investimento Social), em alíquotas superiores a 0,5%, no período de 09/1989 a



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

03/1992, e de valores suportados, enquanto TRR, na qualidade de contribuinte substituído tributário, em montante superior ao devido (junta as planilhas de fls. 70/355);

- as diferenças relativas aos períodos de 06/1996 a 11/1996, 03/1997, 09/1997 a 10/1998 e 03/1999 a 11/1999, estão relacionadas à substituição tributária, nelas se justificando;*
- a substituição 'progressiva' ou 'para frente' sempre foi refutada pela doutrina, pois tributa operações futuras, cujo acontecimento é sempre incerto.*
- a substituição tributária, na forma como implementada ('para frente'), implica a incorreta identificação da base de cálculo, tornando improcedentes os lançamentos de Cofins e PIS (transcreve doutrina);*
- não foi considerado pela fiscalização o fato de que em algumas operações a contribuinte foi eleita como substituída (transcreve o art. 4º, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991 e o art. 6º da Lei nº 9.715, de 1998), sendo de fácil percepção que a formação da base de cálculo, em vários períodos, ocorreu de modo absolutamente incorreto;*
- no período de 1º/06/1998 a 31/12/1998 parte dos combustíveis foi adquirida para revenda diretamente de outras distribuidoras, e, nessas operações houve substituição tributária, tendo as contribuições ao PIS e Cofins sido retidas na operação originária (juntas as planilhas de fls. 356/370);*
- parte dos combustíveis comercializados no período de 1º/01/1998 a 31/01/1999 tem origem em operações de mútuo com a empresa Único Combustíveis Ltda., que já efetuou o pagamento, por substituição tributária, dos débitos de PIS e Cofins quando das aquisições feitas da distribuidora (junta as planilhas e documentos de fls. 371/405);*
- o valor referente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não pode ser considerado no conceito de faturamento, tal como previsto no art. 3º, parágrafo único da Lei nº 9.715, de 25*

//

J



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

de novembro de 1998, eis que representa mera recuperação de despesas da pessoa jurídica (transcreve jurisprudência e o disposto no art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718, de 1998):

- *a exclusão do ICMS na formação da base de cálculo, seja nas operações próprias, seja nas operações de substituição é medida de rigor, estando incorretas as bases de cálculo do lançamento (junta as planilhas e documentos de fls. 406/476), e*
- *a parcela relativa à variação da Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) deve ser excluída da exigência, haja vista o flagrante descompasso com a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988 (art. 192, § 3º); o Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - art. 1062); a Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933) e o próprio CTN, de 1966, uma vez que todos prevêm que a taxa de juros moratórios deve ser de, no máximo, 12% (doze por cento) ao ano (transcreve jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).*

6. *Ao final, requer o cancelamento do auto de infração.*

7. *Tendo em vista os argumentos e a documentação apresentada, o processo foi devolvido à repartição de origem (fls. 480/481), retornando para julgamento (fl. 485) após a juntada dos esclarecimentos de fls. 483/484.*

8. *Além dos documentos mencionados, instruem o processo: termo de início de ação fiscal (fl. 03); tabela de preços máximos ao consumidor e de menor preço máximo, de gasolina, álcool hidratado e óleo diesel (fls. 04/05); extratos do Sistema de Informações da Arrecadação Federal - 9ª Região Fiscal - SINAL09 (fls. 26/31); demonstrativos de imputação de pagamento (fls. 32/33); termo de encerramento de ação fiscal (fl. 46) e cópia das planilhas referidas no subitem 4.1 do despacho de fls. 483/484 (fls. 487/190)."*

Na Decisão DRJ/CTA N.º 1.707, de 30 de novembro de 2.000, a autoridade julgadora de primeira instância houve por bem em julgar procedente em parte o lançamento consubstanciado no Auto de Infração de fls. 34/45 para adequar as bases de cálculo relativas aos períodos de apuração de 01 a 04/1998 e 06/1998 a 01/1999, com a conseqüente exoneração de R\$519.223,83 de COFINS e R\$389.417,87 de multa de ofício e seus acréscimos legais, mantendo a exigência de R\$879.795,06 de COFINS, de R\$659.846,18 de multa de ofício e dos acréscimos legais, com base na Fundamentação de fls. 496/508.



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

Referida decisão tem a ementa com o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Periodo de apuração: 01/06/1996 a 31/12/1996, 01/03/1997 a 31/03/1997, 01/09/1997 a 31/01/1999, 01/03/1999 a 30/09/1999, 01/11/1999 a 30/11/1999

Ementa: EXIGÊNCIA AUTÔNOMA DE PIS E COFINS. DESCABIMENTO DE JUNTADA DE PROCESSOS.

O disposto no art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993, não se refere aos casos de exigência autônoma de contribuições.

FASE DE AUDITORIA. NÃO-SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

A não-solicitação de esclarecimentos quando da realização da auditoria fiscal não implica a nulidade, por cerceamento ao direito de defesa, do auto de infração correspondente, pois o direito de defesa só se estabelece após a ciência do lançamento.

COMPENSAÇÃO. COMPETÊNCIA.

O pedido de restituição/compensação de tributos deve, previamente, ser analisado pelo titular da Delegacia da Receita Federal do domicílio do requerente, competindo, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, apenas apreciar eventual manifestação de inconformismo quanto às decisões proferidas por aquela autoridade.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

A sistemática de substituição tributária prevista para os derivados de petróleo e o álcool etílico hidratado para fins carburantes encontra respaldo na legislação de regência, não cabendo às autoridades administrativas manifestarem-se a respeito.

BASE DE CÁLCULO. EQUÍVOCOS.

Se o contribuinte comprova que as bases de cálculo utilizadas no lançamento contemplam valores relativos a produtos adquiridos em operações de mútuo que já haviam sido objeto de retenção da Cofins e da contribuição ao PIS, na sistemática de substituição tributária revisa-se o lançamento, exonerando-se o crédito tributário respectivo.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

O imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços - ICMS, ressaltado o valor retido pelo vendedor na condição de substituto tributário, integra a receita bruta da empresa e, não havendo dispositivo legal que assim determine, não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais, por expressa previsão legal.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE".

Os autos subiram para apreciação deste Colegiado, em razão do Recurso de Ofício de fls. 509, apresentado pela autoridade singular, por ter exonerado o sujeito passivo do pagamento de contribuições e encargos de multa de valor superior a R\$500.000,00, de acordo com o limite de alçada estabelecido na Portaria MF n.º 333, de 11. 12.1997.

É o relatório.



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ADOLFO MONTELO

Por preencher os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso de ofício.

Como relatado, o presente processo trata da exigência de importâncias da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e seus acréscimos legais.

O cerne da questão é a apreciação, apenas, do recurso de ofício, uma vez que a parte mantida do lançamento foi transferida para o Processo nº 10980.004202/2001-87, onde a interessada apresentou recurso voluntário.

Para o cancelamento e reduções de valores de parte do lançamento a autoridade de primeira instância se valeu da fundamentação que transcrevo:

“52. Atendendo à diligência solicitada (fls. 480/481), a fiscal autuante prestou os seguintes esclarecimentos, in verbis:

“4.2- Quanto a alegação de aquisições de combustíveis através de operações de mútuo, esclarecemos que conferimos as planilhas (fls. 375 a 391) e procede o argumento do contribuinte, já que constatamos a existência das Notas Fiscais de Transferências de produtos e respectiva escrituração contábil. Salientamos que tais valores não foram constatados no decorrer da fiscalização, pois a base de cálculo é obtida basicamente a partir das contas de receita e em nenhum momento o contribuinte nos esclareceu a respeito destas operações.” (fls. 483/484)

53. Dessa forma, acata-se o argumento da impugnante, corrigindo-se o lançamento.

54. Essa correção produz dois efeitos: a diminuição da quantidade vendida em litros de óleo diesel com substituição tributária, ou seja, a diminuição da quantidade vendida com a retenção e recolhimento obrigatórios, por parte da contribuinte, do PIS e da Cofins, com a redução concomitante da base de cálculo da contribuição respectiva, e a exclusão da base de cálculo da contribuição devida sobre o total de vendas no período, dos valores correspondentes às vendas do mesmo produto.

55. Deve-se se salientar, contudo, que o valor da exclusão da base de cálculo não pode ser calculado da forma como realizado pela impugnante nos demonstrativos de fls. 378/380. Com efeito, como já delineado, o ponto de partida para a obtenção do valor da aludida exclusão não é o preço utilizado


8



Processo nº: 10980.005777/00-29
Recurso nº: 118.036
Acórdão nº: 202-13.900

como base para a retenção da distribuidora, o qual, é oportuno considerar, não foi o mesmo (RS 0,383 por litro) em todos os períodos analisados (fls. 04/05), mas, segundo a legislação de regência, o preço de venda da mercadoria, ou seja, o valor correspondente no faturamento da empresa.

56. No entanto, como foram várias as operações realizadas, adota-se o preço médio de venda em cada período considerado, preço esse que, sem sombra de dúvidas, não traz qualquer prejuízo à contribuinte.

57. Assim, devem ser feitos os seguintes ajustes na base de cálculo da Cofins, devida em razão da substituição tributária, nas operações em que a empresa atuou como distribuidora relativamente à venda de óleo diesel: (...).

58. Da mesma forma, devem ser feitos os seguintes ajustes na base de cálculo da Cofins, calculada com base no faturamento, ou seja, da base de cálculo relativa à contribuição incidente sobre a receita bruta: (...)."

No Quadro de fl. 502, do item "57", a autoridade julgadora monocrática demonstrou a nova base de cálculo da COFINS/Substituição Tributária, onde consta a quantidade total em litros de óleo diesel vendido, diminuindo a quantidade emprestada (mutuo) e a quantidade com retenção, chegando-se à base de cálculo da COFINS/Substituição Tributária.

Ainda, foi demonstrado no quadro do item "58" os ajustes na base de cálculo da COFINS, calculada com base no faturamento, ou seja, da base de cálculo relativa à contribuição incidente sobre a receita bruta.

Com base na fundamentação citada anteriormente, constante da decisão referida, foi julgado parcialmente procedente o lançamento e determinou-se as exonerações de fl. 509, sendo o principal exonerado como consta do Demonstrativo de fl. 508.

Assim, mediante todo o exposto e o que dos autos consta, entendo que não merece reforma a parte da decisão de primeira instância que reduziu o valor do lançamento, e, por isso, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2002

ADOLFO MONTELO