



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	D. 09/06/2000
C	<i>[Assinatura]</i>
	Rúbrica

220

Processo : 10983.002375/96-85

Acórdão : 202-11.775

Sessão : 25 de janeiro de 2000

Recurso : 104.665

Recorrente : D'AQUINO ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA.

Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

COFINS – Apurada falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes. **PRELIMINAR DE NULIDADE** - O auto de infração se constitui no instrumento apropriado para a constituição de crédito tributário. Improcedente a alegação de nulidade, quando o auto apresenta-se devidamente formalizado nos termos do Decreto nº 70.235/72. **IMUNIDADE** - A imunidade prevista no artigo 150 da CF diz apenas aos impostos, não fazendo parte a COFINS, regulada pelo § 7º do artigo 195, da qual não se enquadra a contribuinte. **BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÕES** - Excluem-se somente da base de cálculo da COFINS, as deduções permitidas pelo § único do art. 2º da LC nº 70/91. **PERÍCIA - INDEFERIMENTO** - Considera-se não formulado o pedido de perícia, quando a interessada abstém-se de formular os quesitos e de indicar o nome, endereço e qualificação profissional de seu perito. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: D'AQUINO ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helvio Escovedo Barcellos.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2000

[Assinatura]
Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente

[Assinatura]
Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Oswaldo Tancredo de Oliveira, Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Luiz Roberto Domingo e Ricardo Leite Rodrigues.

cl/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10983.002375/96-85

Acórdão : 202-11.775

Recurso : 104.665

Recorrente : D'AQUINO ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada, foi lavrado auto de infração, exigindo-lhe a COFINS no período de abril de 1992 a maio de 1996, tendo em vista a falta de recolhimento da contribuição.

Inconformada, a autuada apresenta impugnação tempestiva (fls. 73/86) onde alega, em síntese o seguinte: Preliminarmente, a nulidade do lançamento, por dois motivos. Primeiro, porque o auto de infração não constituiria instrumento apropriado para constituição de crédito tributário. Segundo, porque o referido auto não conteria a devida fundamentação e o enquadramento legal da exigência, acarretando cerceamento do direito de defesa.

No mérito, sustentou que o serviços prestados à União, Estados e Municípios, bem como às suas fundações e autarquias, não estariam sujeitos à incidência da COFINS, por força da imunidade recíproca, prevista no art. 150 da Constituição Federal e da não incidência subjetiva, prevista no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91. Nesse sentido, mencionou jurisprudência relativa à imunidade do ISS sobre serviços prestados à União e citou artigos da antiga Constituição Federal de 1969.

Defendeu a exclusão do ISS da base de cálculo da COFINS, com base no RECOFIS, aprovado pelo Decreto nº 92.698/86. Argumentou que o ISS, a exemplo do PIS, não pode ser incluído no conceito de faturamento. Nesse sentido (v. fl. 80), mencionou doutrina e Acórdão do TRF - 3º Região, decidindo pela exclusão do ICM da base de cálculo do antigo FINSOCIAL.

Também pleiteou a exclusão dos valores repassados a empreiteiras e subempreiteiras da base de cálculo da COFINS, com base nos arts. 116, 117 e 144 do CTN e no item 2.b da IN SRF nº 126/88 (relativa à Contribuição para o PIS). Em defesa de seu entendimento, apresentou vasta argumentação sobre o conceito de aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda.

A autuada considerou devida apenas a multa moratória de 20%, prevista no art. 1º da Lei nº 8.696/93. Afirmou que a autoridade fiscal aplicou a lei mais antiga e onerosa, em



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10983.002375/96-85

Acórdão : 202-11.775

desacordo com o disposto no art. 106 do CTN. No seu entender, a manutenção de outra multa representaria uma afronta aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material.

Requer a realização de perícia técnica, visando "calcular os exatos valores". Absteve-se, contudo, de indicar seu perito e de formular os quesitos que pretendia ver respondidos.

A autoridade singular, através da decisão nº 1075/97, manifestou-se pela procedência parcial do lançamento, cuja ementa está assim redigida:

"COFINS

AUTO DE INFRAÇÃO

Fatos geradores: abril de 1992 a maio de 1996.

PRELIMINAR DE NULIDADE

O auto de infração se constitui no instrumento apropriado para a constituição de crédito tributário. Improcedente a alegação de nulidade, quando o auto apresenta o enquadramento legal da exigência.

COFINS - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÕES

Excluem-se da base de cálculo da COFINS, IPI, vendas canceladas, devoluções e descontos incondicionais, conforme art. 2º da LC nº 70/91. Incluem-se na referida base de cálculo o ISS incidente sobre as vendas de serviços, os valores repassados a empreiteiras ou subempreiteiras, bem como as receitas decorrentes de serviços prestados à União, Estados e municípios.

MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO.

Nos casos de lançamento de ofício, é devida a multa de ofício prevista na Lei nº 8.218/91. Com o advento da Lei nº 9.430/96, a referida multa, que era de 100%, foi reduzida para 75%. Tal redução aplica-se retroativamente aos atos ou fatos pretéritos não definitivamente julgados, conforme determinação contida no ADN nº 01/97.

PERÍCIA - INDEFERIMENTO



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10983.002375/96-85
Acórdão : 202-11.775

Considera-se não formulado o pedido de perícia, quando a interessada abstém-se de formular os quesitos e de indicar o nome, endereço e qualificação profissional de seu perito.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE".

Tempestivamente, a contribuinte apresenta recurso a este Colegiado, onde além de reiterar todos os argumentos apresentados em sua impugnação, aduz que:

- ser a COFINS mais um imposto, sob o disfarce de contribuição social, razão pela qual aplicar-se-ia as normas de imunidade válidas aos impostos;
- quanto à perícia, alega que: *"Sendo objetivo, verifica-se que quando a recorrente solicitou a perícia, demonstrou da sua necessidade para que apurasse a conta certa, dentro do que preceitua a LC nº 70/91, verificando-se o quanto devido, o quanto já pago pelos empreiteiros e subempreiteiros, quais as NFs que foram canceladas etc.*

Os quesitos foram formulados, pois, os fundamentos da defesa já informam qual a intenção clara da recorrente, qual seja, a correta elaboração da conta erroneamente apresentada pelo Fisco.

Quanto à negativa pela inobservância do disposto no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, notadamente por não ter a recorrente indicado o nome e endereço do seu perito, em nada obsta o deferimento do pleito, pois, é facultado ao sujeito passivo, a qualquer momento desistir da formulação feita e, sendo assim, a indicação do seu perito, em nada influencia na decisão do singular.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10983.002375/96-85

Acórdão : 202-11.775

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Cuidam os autos, basicamente, da nulidade do auto, sob fundamento de erros na constituição do lançamento, da alegada "imunidade" referida no artigo 150, VI, "c", do CTN, das exclusões da base de cálculo (ISS e valores repassados de empreiteiras e subempreiteiras) e por último, da solicitação de perícia, indeferida pela autoridade singular.

Da análise dos autos constata-se que devem ser desconsideradas as preliminares argüidas pela recorrente. A um porque o auto de infração é o instrumento apropriado para constituição de crédito tributário. A dois porque o auto de infração em apreço possui, sim, a devida fundamentação fática e correto enquadramento legal como bem exposto pela autoridade singular.

No mérito, entendeu a recorrente que os serviços prestados à administração direta e indireta da União, Estados e Municípios, não estariam sujeitos à incidência da COFINS, tendo em vista a imunidade recíproca (CF, art. 150) e a não incidência subjetiva (LC nº 70/91, art. 2º). A imunidade constante do artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal refere-se exclusivamente a **impostos**, e nem se diga, como alega a contribuinte de que a COFINS é espécie de imposto e sob esse aspecto aplicar-se-ia as regras estabelecidas para a imunidade dos impostos. A imunidade da Contribuição para a Seguridade Social (art. 195, § 7º, da CF) e a isenção da COFINS, constante do inciso III do artigo 6º da Lei Complementar nº 70/91, são estabelecidas para as **entidades beneficentes de assistência social**, que no seu considerar abrangem as santas casas de misericórdia, os asilos, os orfanatos, as entidades de educação sem fins lucrativos etc., que atendam as exigências legais. Em sendo a COFINS espécie de contribuição social, e portanto, sujeita ao disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal, para que a entidade fosse imune (ou isenta para alguns) necessário, se faria demonstrar, que a interessada cumpre requisitos estabelecidos especificamente no artigo 55, da Lei nº 8.212/91¹.

¹ - "seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou Municipal; - seja portadora do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada 3 anos (veja-se também, o Decreto nº 2.536, de 6 de abril de 1998). - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes. - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades (alterado pela Lei nº 9.528/97).



Processo : 10983.002375/96-85

Acórdão : 202-11.775

Não é o caso dos presentes autos, vez que a autuada possui objetivos comerciais de natureza não filantrópicos, diferente do previsto e preconizado pelo artigo 195, § 7º, da Constituição Social.

Por outro lado, a obtenção de receitas por empresas privadas, decorrentes da venda de mercadorias ou serviços, está contida no conceito de faturamento e, conseqüentemente, constitui fato gerador da COFINS. Totalmente irrelevante, indagar se a pessoa destinatária da venda é ou não contribuinte desta Contribuição. Afinal, como bem salientado pela autoridade singular, se prevalecesse o entendimento da autuada, a referida Contribuição também não poderia incidir sobre as vendas destinadas a pessoas físicas, uma vez que as mesmas também não são contribuintes da COFINS.

No que se refere às exclusões, tanto o ICMS como o ISS devidos sobre as vendas da pessoa jurídica, na condição de contribuinte, não podem ser deduzidos na determinação da base de cálculo da COFINS. Afinal, sendo estes impostos incidentes sobre vendas e cujo valor integra o preço da operação (ao contrário do que ocorre com o IPI), devem compor o faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo da COFINS. Inexiste na legislação de regência da COFINS, qualquer dispositivo que autorize a exclusão do ICMS ou do ISS da sua base de cálculo. A base de cálculo dessa Contribuição está assim definida no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91:

Art. 2º - A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

Parágrafo único - Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) - do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) - das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente;*

A Lei Complementar nº 70/91 estabelece taxativamente que a base de cálculo da COFINS é o faturamento, assim entendido a receita bruta de vendas, nela incluídas todas as parcelas que compõem o preço, salvo aquelas cujas exclusões sejam expressamente autorizadas. O parágrafo único do art. 2º trata das exclusões da base de cálculo, dentre as quais não se encontram o ICMS ou o ISS. Em razão do exposto não há como acolher a pretensão da recorrente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10983.002375/96-85

Acórdão : 202-11.775

Dentro desse contexto, é também improcedente a pretensão de excluir da base de cálculo da COFINS, os valores repassados a empreiteiras e subempreiteiras. Conforme demonstrado anteriormente, os únicos valores passíveis de exclusão da base de cálculo da COFINS, são aqueles relativos ao IPI, vendas canceladas, devoluções e descontos incondicionais, nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91. Inexiste, no período questionado, autorização para a referida exclusão, razão pela qual, ao exemplo das demais exclusões pretendidas pela recorrente, sou pelo indeferimento do pretendido.

Quanto à multa, esclareça-se que não há de se confundir multa de ofício com multa de mora; esta é devida quando os contribuintes recolhem o imposto devido fora do prazo, mas espontaneamente; aquela é devida no caso de lançamento de ofício, tal como o ocorrido nos presentes autos. O percentual da multa de mora, atualmente em vigor, é de 0,33% por dia de atraso, limitado a 20%, enquanto que na multa de ofício, quando da apuração da infração fiscal, era de 100% do imposto lançado pela fiscalização conforme artigo 4º da Lei nº 8.218/91, atualmente, tendo em vista a superveniência da Lei nº 9.430, de 27.12.96, artigo 44, inciso I, reduzido ficou para 75%, tal como procedido pela decisão singular. Neste caso, a multa somente é devida quando o contribuinte não cumpre com a obrigação tributária, nos termos em que é exigida por lei. Assim sendo, é claramente devida a multa de ofício, conforme previsto no art. 4º, I, da Lei nº 8.218/91.

Quanto ao pedido de perícia insinuado pela recorrente, fls. 86, o mesmo foi devidamente desconsiderado, uma vez que a interessada se absteve de formular seus quesitos e de indicar o nome, endereço e qualificação profissional de seu perito, conforme previsto no art. 16 do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748/93.

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

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2000

MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ