



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

Recorrente : SONAE DISTRIBUIÇÃO BRASIL S/A

Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

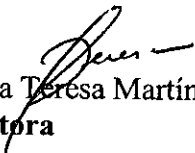
RESOLUÇÃO Nº 203-00.451

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
SONAE DISTRIBUIÇÃO BRASIL S/A.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2004


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Imp/cf



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

Recorrente : SONAE DISTRIBUIÇÃO BRASIL S/A

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 01/01/1995 a 31/12/1999, por entender a fiscalização ter ocorrido insuficiência no recolhimento da contribuição.

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir reproduzo:

“Das infrações

(...)

2. Decorre a exigência de verificação levada a cabo pelos fiscais autuantes no estabelecimento do contribuinte SONAE DISTRIBUIÇÃO BRASIL S/A, doravante referido apenas como SONAE. Durante os procedimentos fiscalizatórios foram apuradas infrações à legislação tributária que rege as atividades das pessoas jurídicas, faltas estas que acarretaram a insuficiência de recolhimento da Cofins nos períodos de apuração abrangidos pelos meses janeiro de 1995 a dezembro de 1999.

3. Segundo a fiscalização, restou constatado, pela análise da documentação apresentada, que diversas receitas auferidas pelo SONAE deveriam ter integrado a base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e para a Cofins, mas, no entanto, não foram oferecidas a tributação. A seguir, estão especificadas resumidamente cada uma dessas receitas. Maiores detalhes podem ser conferidos no “Relatório de Atividade Fiscal” às fls. 51 a-75:

Receita decorrente da atividade de locação das lojas de “conveniência”

4. O contribuinte auferiu receita de aluguel das lojas ou espaços situados no interior de seus empreendimentos, tais como supermercados, hipermercados, *shoppings centers* e galerias comerciais. No entanto, o SONAE não vem incluindo essas receitas nas bases de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e para a Cofins.

Receitas advindas dos diversos valores cobrados pelo SONAE dos seus próprios fornecedores (“pedágios”)

5. Pela análise da documentação apresentada, foi constatado que o SONAE cobra de seus próprios fornecedores diversos valores. Esses valores são



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

classificados pelos próprios fornecedores como cobrança de “pedágio”, sendo, ainda, por alguns, considerados abuso de poder econômico. No entanto, o que interessou aos fiscais autuantes foram apenas os aspectos tributários decorrentes dos procedimentos adotados pelo SONAE. Pode-se dividir estes “pedágios” em dois grandes subgrupos: aqueles que têm como contraprestação verdadeiros serviços prestados pelo SONAE aos seus próprios fornecedores e aqueles que não têm esta contrapartida.

6. Entre os primeiros estão:

a) **Receita decorrente da atividade de locação de espaços especiais de venda no interior das lojas (gôndolas, ilhas de vendas etc.)** – o SONAE cobra de seus fornecedores uma remuneração pela cessão de espaços físicos especiais de venda no interior de suas lojas por período e seção definidos. Esses valores não são suportados por documentação fiscal alguma, sendo recebidos em carteira, mediante a emissão de cobrança bancária, ou ainda, através de desconto no pagamento. O fornecedor pode, ainda, pagar os referidos valores através de fornecimento de mercadorias, as chamadas bonificações;

b) **Receita decorrente da atividade de distribuição de mercadorias** – o SONAE cobra de seus fornecedores uma remuneração denominada “Desconto Centralização”, que tem como contraprestação direta a centralização de entregas das mercadorias, ou seja, a utilização por parte do fornecedor do Centro de Distribuição (CD) e da frota de veículos do SONAE, o que, nos termos do “Acordo Nacional para Utilização do CD e da Frota da SONAE”, implicaria na redução de custos para o tomador dos serviços;

c) **Receita decorrente da atividade de reposição ou promoção de produtos no interior das lojas** – o SONAE cobra de seus fornecedores uma remuneração que tem como contraprestação o fornecimento de promotores ou repositores de mercadorias. Em outras palavras, caso o fornecedor não disponibilize para o supermercado pessoas para realizar a tarefa de reposição ou promoção de seus produtos no interior das lojas, o SONAE cobra do fornecedor uma remuneração em decorrência dessa atividade;

d) **Receita decorrente da atividade de propaganda** – os fornecedores são compelidos pelo SONAE a pagar uma remuneração para que seus produtos ou mercadorias constem dos anúncios publicitários veiculados pelo supermercado.

7. Por sua vez, entre os “pedágios” que não têm como contrapartida um serviço prestado por parte do SONAE, encontram-se:

a) **Aniversário e aberturas de loja e/ou re-inauguração (enxoval)**– conforme pode ser constatado no “Acordo de Fornecimento Nacional 2000” (fls. 215), os fornecedores do SONAE podem participar de promoções



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

realizadas pelo supermercado em datas e eventos determinados, desde que paguem a ele as seguintes verbas:

- **Aniversário:** corresponde a um valor especial de verba destinada à campanha de aniversário de cada insígnia (Big, Cândia, Coletão, Mercadorama, Muffatão, Nacional), em que o SONAE e seus fornecedores ajustam um valor a ser pago quando da realização do aniversário ou um percentual incidente em todas as compras (independente de insígnia), sobre o valor total das notas fiscais entregues no SONAE;

- **Abertura de loja e/ou re-inaugurações:** corresponde a um valor especial de verba destinada à campanha de abertura ou de re-inauguração de loja, em que o SONAE e seus fornecedores ajustam um valor a ser pago quando da realização destes eventos.

b) Rappel ou prêmio fidelidade e objetivo de crescimento – em reconhecimento ao fato de que o SONAE representa uma garantia de escoamento de pelo menos uma parte da produção dos fornecedores, e também em reconhecimento ao fato de que a relação comercial estabelecida pode proporcionar um significativo crescimento dos fornecedores, estes devem pagar, de acordo com o volume total de vendas apuradas no ano civil, determinados percentuais, incidentes sobre o valor total das vendas de cada período, que são estabelecidos em contrato. É o chamado “Rappel”, “Rappel Escalões” e “Prêmio Fidelidade e Objetivo de Crescimento” (fls. 112, 114, 117, 137, 138, 209 e 211);

c) Desconto não devolução – valor cobrado pelo SONAE pela não emissão de notas de devolução contra o fornecedor para mercadorias avariadas no interior das lojas ou depósitos (mercadorias em poder do supermercado). É interessante observar que essa cobrança não tem qualquer relação com a devolução originada de avaria, falta ou outro motivo no ato da entrega da mercadoria pelo fornecedor. Outro aspecto a ser destacado é que a cobrança desses valores independe da efetiva ocorrência das avarias nas mercadorias, tendo em vista que o gerenciamento do estoque depende, exclusivamente, de políticas que são adotadas e implementadas pelo SONAE de maneira unilateral;

d) Bonificações de mercadorias– essas bonificações têm como justificativa a compensação de estoque de produtos adquiridos a custos superiores àqueles praticados pelos seus concorrentes, ou reações a preços de promoções realizadas pelos mesmos.

8. No que tange a este segundo grupo de pedágios, apenas após o advento da Lei nº 9.718/1998 as operações nele enquadradas passaram a ser tributadas pela Cofins. Correlacionadas àquele diploma legal, o contribuinte impetrou algumas ações judiciais questionando a majoração da alíquota da Cofins, bem



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

como a ampliação do conceito de faturamento, o que teria reflexo naquela contribuição e no PIS/Pasep (fls. 361 a 434). Com base nessas ações, o SONAE incluiu algumas dessas receitas na respectivas bases de cálculo e declarou o valor das contribuições resultantes. No caso da Cofins, o valor da contribuição incidente sobre essas receitas (apenas algumas delas) foi depositado judicialmente. Os montantes que foram incluídos pelo contribuinte na base de cálculo das contribuições em análise podem ser observadas na planilha "Composição Base de Cálculo PIS e COFINS" (fls. 306).

Conforme detalhado a seguir, as ações propostas pelo contribuinte não obtiveram êxito. Dessa forma, desde fevereiro de 1999, todas as demais receitas auferidas, todos os demais valores cobrados a título de "pedágio", mesmo que não tenham como contraprestação um serviço por parte do SONAE, deveriam ter sido incluídos na base de cálculo das ditas contribuições.

Do processo judicial nº 99.0003892-4

9. No dia 10/03/1999, o SONAE impetrou mandado de segurança preventivo com pedido de liminar contra ato do Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Porto Alegre/RS, requerendo, resumida e essencialmente (fls. 361 a 364 e 376 a 412):

a) que fosse deferida medida liminar a fim de suspender a exigibilidade da contribuição Cofins na forma em que alterada pela Lei nº 9.718/1998, referente ao fato gerador de fevereiro de 1999 e aqueles relativos aos demais meses subseqüentes, ou assim não se entendesse, que fosse deferida a liminar em parte: ou para que se determinasse a suspensão da exigibilidade das modificações perpetradas pela Lei nº 9.718/1998 1) na base de cálculo da Cofins; ou 2) na sua alíquota, majorada de 2% para 3%; e, em qualquer dos casos, na parcela não abrangida pela medida liminar, 3.1) referentemente aos fatos geradores de fevereiro e março de 1999, contando-se dita *vacatio legis* da publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998 ou, ainda, 3.2) referentemente ao fato gerador de fevereiro de 1999, tudo conforme pleiteado no bojo do mandado de segurança, determinando-se que a autoridade fiscal se abstivesse de qualquer providência tendente à indicação do SONAE como infrator dos arts. 2º, 3º, §1º e 8º da Lei nº 9.718/1998, e normas a ela complementares, impondo ao SONAE exigência correspondente à contribuição social impaga em função da ação mandamental, bem como que deixasse de tomar, ou suspendesse, eventuais iniciativas tendentes a causar-lhe entraves ou embaraços ao desenvolvimento de suas atividades normais, inclusive obtenção de certidões negativas;

b) que, ao final, fosse concedida a segurança para que, definitivando a liminar inicialmente requerida, fosse extinta em relação ao SONAE, a partir do mês de competência fevereiro de 1999, a exigibilidade da Cofins, na forma em



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

que pretendida pela Lei nº 9.718/1998, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da ordinária norma como um todo, ou, na eventualidade de que assim não fosse entendido, na(s) parte(s) impugnada(s), 1) seja quanto à base de cálculo, alheia ao permissivo do art. 195, I, da Constituição Federal; 2) seja quanto à alíquota (CF/88, art. 59); e, cumulativamente, 3) ao princípio da anterioridade nonagesimal (CF/88, art. 195, §6º), contando-se, aí, dito prazo 3.1) a partir de abril de 1999 (da publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998) ou, assim não se entendendo, 3.2) a partir de março de 1999 (da publicação da Lei nº 9.718/1998), tudo conforme pleiteado no bojo do *writ* mandamental.

(...)

Da autuação

15. Os valores da Cofins devida que compõem o Auto de Infração encontram-se demonstrados nas planilhas "Receitas Não Incluídas nas Bases de Cálculo das Contribuições PIS/PASEP e COFINS", para os anos de 1995 e 1996 (fls. 76 a 79 e 92). e "Cálculo das Contribuições PIS/PASEP e COFINS", para os anos de 1997, 1998 e 1999 (fls. 80 a 92). Ressalte-se que as exigências em tela não se encontram declaradas em DCTF, eis que decorrem de montantes não incluídos pelo contribuinte na base de cálculo da Cofins.

Da impugnação

16. Tempestivamente, em 14/11/2002, a interessada impugna o lançamento de ofício (fls. 522 a 550), aduzindo as seguintes alegações:

- a) que impõe-se, preliminarmente, o reconhecimento da decadência do direito do Fisco de lançar créditos tributários sobre os fatos geradores abrangidos no período de 31/01/1995 até 30/09/1997, vez que a ciência do Auto de Infração deu-se em 16 de outubro de 2002, e que este somente poderia abranger fatos geradores ocorridos até cinco anos de referida data;
- b) que o entendimento segundo o qual o prazo decadencial de cinco anos é aplicável às contribuições sociais, tomando-se como termo inicial de sua contagem a data do respectivo fato gerador, tem sido adotado pela esmagadora maioria dos mais recentes julgados do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda;
- c) que as receitas de aluguéis de imóveis não configuram prestação de serviços e não estão sujeitas à Cofins no que concerne aos fatos geradores ocorridos na vigência do art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, isto é, até o mês de fevereiro de 1999;) que as remunerações advindas de contratos de locação de imóveis somente passaram a ser tributadas pela Cofins a partir de fevereiro de 1999, após o advento da Lei nº 9.718/1998, a qual ampliou a base de cálculo do tributo para nela incluir todas as receitas auferidas;



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

- e) que a não incidência de Cofins sobre a receita de locação de imóveis é matéria pacífica na jurisprudência do Conselho de Contribuintes;
- f) que, apesar do art.3º da Lei nº 9.718/1998 determinar que as receitas de aluguéis integrem a base de cálculo do tributo em questão, como a exigibilidade de Cofins sobre os valores a tal título recebidos a partir de fevereiro de 1999 encontra-se suspensa em virtude de depósito judicial, o Auto de Infração, nesse item, deve conformar-se aos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, cancelando-se o lançamento das multas de ofício e de mora, no que couber;
- g) que no entendimento unânime da Corte Constitucional uma locação de bens não pode ser assemelhada, nem mesmo por lei complementar, a um serviço, ficando, assim, afastada a exigência de Cofins sobre os valores recebidos e contabilizados na rubrica “Aluguel de Espaços de Lojas”, no que concerne ao período em que vigorou o art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991;
- h) que, no período concernente à vigência da Lei nº 9.718/1998 – a partir de fevereiro de 1999 – considerou as receitas de “Aluguel de Espaços de Lojas” para efeito de determinação do montante dos depósitos judiciais realizados com o propósito de suspender a exigibilidade dos créditos tributários em discussão no processo judicial nº 99.0003892-4, razão pela qual, como em relação às receitas de locação de lojas de conveniência, requer a adequação do lançamento aos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/1996;
- i) que, na questão atinente à distribuição de mercadorias, foi, no mínimo, esdrúxula a conclusão alcançada pelo Fisco ao pretender fazer incidir o tributo em causa – que tem como fato gerador a obtenção de uma receita – sobre um desconto concedido pelo próprio fornecedor;
- j) que o transporte que o comprador se dispõe a fazer em percursos que caberia ao vendedor realizar na ausência de estipulação em contrário não se caracteriza como um serviço profissional e autonomamente remunerado, mas sim como uma vantagem econômica proporcionada aos seus fornecedores, que repercute sobre o custo do produto adquirido, pois reduz os custos de transporte que o fornecedor incorreria caso ele próprio realizasse a entrega dos produtos fornecidos diretamente nos pontos de venda;
- k) que os valores recebidos pelo desempenho de atividades de reposição ou promoção revestem a natureza de receitas, mas não de receitas de prestação de serviços, eis que o pretense “serviço” é realizado por seus empregados no interesse comum de ambas as partes, constituindo-se, isso sim, em receita inominada, consistente na assunção conjunta dos custos de reposição/promoção;
- l) que, no período concernente à vigência da Lei nº 9.718/1998 – a partir de fevereiro de 1999 – considerou os valores relativos às atividades de reposição

7



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

ou promoção para efeito de determinação do montante dos depósitos judiciais realizados com o propósito de suspender a exigibilidade dos créditos tributários em discussão no processo judicial nº 99.0003892-4, razão pela qual requer a adequação do lançamento aos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/1996;

m) que se não há dúvidas quanto à finalidade dos valores pagos a título de “atividade de propaganda”, não é o critério de determinação que irá transmutar sua natureza jurídica de reembolsos para torná-los preços de uma prestação de serviços;

n) que sendo a atividade de propaganda *reembolso de despesas* e não modalidade de remuneração, tal como designado pelo Relatório de Atividade Fiscal, fica evidenciada a im procedência da exigência de Cofins sobre os valores lançados a esse título;

o) que as verbas referentes ao aniversário e abertura de loja e/ou re-inauguração revestem natureza de descontos especiais sobre o preço de venda das mercadorias e, por isso mesmo, não representam receita de qualquer espécie, mas apenas uma redução de custos de mercadoria;

p) que, independentemente de se tratem de descontos condicionais ou incondicionais, o “prêmio fidelidade” e o “objetivo de crescimento” não configuram receita de qualquer espécie, mas tão somente redutores do custo das mercadorias compradas, razão pela qual não estão sujeitos à incidência da Cofins;

q) que revestindo “o desconto não devolução” natureza de ressarcimento, evidentemente não há que se falar em incidência de Cofins;

r) que tendo as “bonificações de mercadorias” natureza de descontos individuais *in natura*, referidos valores não se podem incluir na base de cálculo de Cofins, tributo incidente sobre receitas, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Do pedido

17. Ao final de sua defesa (fls. 550), com fundamento nas razões expostas, requer a interessada seja decretada a nulidade do Auto de Infração em matéria de Cofins.”

Por meio do Acórdão nº 1.988, de 24 de janeiro de 2003, os Membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre - RS, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/1999

Ementa: COFINS. DECADÊNCIA – O prazo decadencial para a exigência da Cofins é de dez anos, conforme prescreve o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, combinado com o inciso I do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, entendimento ratificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

COFINS. ALUGUEL DE IMÓVEIS – As receitas decorrentes da locação de imóveis estão sujeitas à incidência da Cofins, tanto durante a vigência da Lei Complementar nº 70/1991, quanto nos períodos de apuração em que esta contribuição já se encontrava sob a égide da Lei nº 9.718/1998.

COFINS. VALORES RECEBIDOS A DIVERSOS TÍTULOS. INCIDÊNCIA – A denominação dada a uma receita ou o tratamento contábil a ela dispensado não tem o condão de descaracterizá-la como faturamento e, conseqüentemente, de excluí-la do campo de incidência da Cofins.

Lançamento Procedente”.

Inconformada com a decisão proferida pela autoridade de primeira instância, a contribuinte apresenta recurso, onde reitera os argumentos expostos em sua impugnação. Em apertada síntese: a) defende a extinção do crédito tributário operado pela decadência no período de 31/01/1995 a 30/09/97; b) que as receitas de aluguel de imóveis não estão sujeitas à COFINS na vigência da Lei Complementar nº 70/91; e c) defende a não tributação de verbas lançadas na contabilidade, por se tratarem de descontos, ressarcimentos ou de receitas inominadas para fins de compor a base de cálculo da COFINS.

Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e Instrução Normativa SRF nº 26, de 06/03/2001.

É o relatório.



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Trata-se de auto de infração lavrado contra pessoa jurídica de direito privado que se dedica ao comércio varejista e atacadista de supermercados e hipermercados, compreendendo o comércio de gêneros alimentícios em geral e demais mercadorias passíveis de venda em supermercados e hipermercados, bem como a importação e exportação de produtos para a venda no seu objeto social, exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 01/01/1995 a 31/12/1999, por entender a fiscalização ter ocorrido insuficiência no recolhimento da contribuição.

As matérias objeto de análise, conforme relatado, podem ser, em síntese, assim discriminadas:

- 1- da decadência no período de 01/01/1995 a 31/12/1999;
- 2- da receita de aluguel de imóveis antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 9.718/98;
- 3- da base de cálculo da COFINS de verbas outras, contabilizadas na contabilidade, assim discriminadas:
 - 3.1- importâncias recebidas decorrentes da atividade de distribuição de mercadorias;
 - 3.2- verbas decorrente da atividade de reposição ou promoção de produtos no interior das lojas;
 - 3.3- importâncias recebidas decorrente da atividade de propaganda; e
 - 3.4- verbas recebidas dos chamados pedágios, sem contrapartida com o serviço prestado por parte da SONAE, a seguir discriminados: a) aniversário e aberturas de loja e/ou re-inauguração (enxoval); b) rappel ou prêmio fidelidade e objetivo de crescimento; c) desconto não devolução; e d) bonificações de mercadorias.

A priori, antes de entrar na análise das matérias discriminadas, necessário se faz observar, conforme relatado pela autoridade administrativa de primeira instância: que em 10/03/1999 a SONAE impetrou mandado de segurança preventivo (nº 99.0003892-4) com pedido de liminar contra ato do ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Porto Alegre/RS, requerendo, resumida e essencialmente (fls. 361 a 364 e 376 a 412):

a) que fosse deferida medida liminar a fim de suspender a exigibilidade da Cofins na forma em que alterada pela Lei nº 9.718/1998, referente ao fato gerador de fevereiro de 1999 e aqueles relativos aos demais meses subseqüentes, ou assim não se entendesse, que fosse deferida a



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

liminar em parte: ou para que se determinasse a suspensão da exigibilidade das modificações perpetradas pela Lei nº 9.718/1998: 1) na base de cálculo da Cofins; ou 2) na sua alíquota, majorada de 2% para 3%; e, em qualquer dos casos, na parcela não abrangida pela medida liminar; 3.1) referentemente aos fatos geradores de fevereiro e março de 1999, contando-se dita *vacatio legis* da publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998 ou, ainda, 3.2) referentemente ao fato gerador de fevereiro de 1999, tudo conforme pleiteado no bojo do mandado de segurança, determinando-se que a autoridade fiscal se abstinhasse de qualquer providência tendente à indicação da SONAE como infratora dos arts. 2º, 3º, §§ 1º e 8º da Lei nº 9.718/1998 e normas a ela complementares, impondo à SONAE exigência correspondente à contribuição social impaga em função da ação mandamental, bem como que deixasse de tomar, ou suspendesse, eventuais iniciativas tendentes a causar-lhe entraves ou embaraços ao desenvolvimento de suas atividades normais, inclusive obtenção de certidões negativas;

b) que, ao final, fosse concedida a segurança para que, definitivando a liminar inicialmente requerida, fosse extinta em relação à SONAE, a partir do mês de competência de fevereiro de 1999, a exigibilidade da Cofins, na forma em que pretendida pela Lei nº 9.718/1998, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da ordinária norma como um todo, ou, na eventualidade de que assim não fosse entendido, na(s) parte(s) impugnada(s): 1) seja quanto à base de cálculo, alheia ao permissivo do art. 195, I, da Constituição Federal; 2) seja quanto à alíquota (CF/88, art. 59); e, cumulativamente, 3) ao princípio da anterioridade nonagesimal (CF/88, art. 195, § 6º), contando-se, aí, dito prazo: 3.1) a partir de abril de 1999 (da publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998) ou, assim não se entendendo, 3.2) a partir de março de 1999 (da publicação da Lei nº 9.718/1998), tudo conforme pleiteado no bojo do *writ* mandamental.

Que, em despacho datado de 10/03/1999 a excelentíssima juíza Ana Maria Wickert Theisen deferiu em parte a liminar para o efeito de: 1) afastar a nova base de cálculo da Cofins estabelecida pela Lei nº 9.718/1998; e 2) aceitar como válida a majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3% somente a contar dos fatos geradores ocorridos a partir de 27/02/1999, mas sempre computada a base de cálculo a que se refere a Lei Complementar nº 70/1991 (fls. 413 a 417).

Que, no dia 04/05/2000 foi proferida sentença tornando definitiva a liminar — apenas no que se refere ao seu item 1), revogando o item 2) e declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 3º e seu § 1º da Lei nº 9.718/1998, quanto à Cofins, e reconhecendo à impetrante o direito de recolher a Cofins mediante a observância da base de cálculo do faturamento, tal como definido no art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991, isto é, considerando-se como faturamento mensal a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza (fls. 363 e 418 a 428).

Que, no dia 31/05/2000, a Procuradoria da Fazenda Nacional entrou com um recurso de apelação contra a segurança concedida na primeira instância (fls. 361 a 363, 365 e 366). Em 01/09/2000, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deferiu o pedido de suspensão da execução da sentença pleiteado pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 429 a 432). Inconformada, a SONAE interpôs, em 25/09/2000, agravo regimental, o qual foi negado pelo



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

Tribunal no dia 25/10/2000 (fl. 369). Dessa decisão a contribuinte interpôs Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados por unanimidade no dia 01/02/2001 (fls. 368 e 369).

Que no dia 09/03/2001 a contribuinte interpôs recursos especial e extraordinário, os quais não foram admitidos, conforme decisão publicada no dia 10/07/2001 (fls. 367 e 368). Em 31/07/2001, a SONAE interpôs os agravos de instrumento nºs 2001.04.01.066941-7 (no Recurso Especial) e 2001.04.04.066942-9 (no Recurso Extraordinário) (fl. 367). O primeiro encontra-se aguardando julgamento no Superior Tribunal de Justiça – STJ (fls. 373 e 375) e o segundo encontra-se aguardando decisão do STJ a respeito do primeiro (fls. 371 e 372).

Que, em 18/07/2001, foi publicada no Diário da Justiça a Ementa do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.04.01.146454-9/RS, conforme transcrito abaixo (fl. 433):

“COFINS, LEI COMPLEMENTAR 70/91. ALTERAÇÕES BASE DE CÁLCULO, E ALÍQUOTA. LEI Nº 9.718/98. LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE.

A COFINS tem matriz constitucional, portanto não precisava do veículo da lei complementar, para sua criação. Tampouco, é necessária a maioria qualificada, para aprovação de eventuais alterações, na base de cálculo, e alíquota. Respeita-se o prazo nonagesimal, para a entrada, em vigência, e eficácia, da nova sistemática do tributo. Contudo, tendo, a Lei nº 9.718/98 sido precedida, pela Medida Provisória nº 1.724/98, a referida vacância de 90 (noventa) dias foi preservada (pois conta-se da edição da medida provisória). A constitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 27.11.98 já foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, nesta Corte, aliás, rejeitada. Sentença reformada. Apelação e remessa oficial conhecidas e providas. Apelação da parte autora prejudicada.”

Consta da impugnação apresentada pela contribuinte e sintetizada no relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir destaco:

“... que, no período concernente à vigência da Lei nº 9.718/1998 – a partir de fevereiro de 1999 – considerou as receitas de “Aluguel de Espaços de Lojas” para efeito de determinação do montante dos depósitos judiciais realizados com o propósito de suspender a exigibilidade dos créditos tributários em discussão no processo judicial nº 99.0003892-4, razão pela qual, como em relação às receitas de locação de lojas de conveniência, requer a adequação do lançamento aos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/1996;

“... que, no período concernente à vigência da Lei nº 9.718/1998 – a partir de fevereiro de 1999 – considerou os valores relativos às atividades de reposição ou promoção para efeito de determinação do montante dos depósitos judiciais realizados com o propósito de suspender a exigibilidade dos créditos tributários em discussão no processo judicial nº 99.0003892-4, razão pela qual requer a adequação do lançamento aos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/1996;

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância:



Processo nº : 11080.013954/2002-26
Recurso nº : 123.405

“No que tange a este segundo grupo de pedágios, apenas após o advento da Lei nº 9.718/1998 as operações nele enquadradas passaram a ser tributadas pela Cofins. Correlacionadas àquele diploma legal, o contribuinte impetrou algumas ações judiciais questionando a majoração da alíquota da Cofins, bem como a ampliação do conceito de faturamento, o que teria reflexo naquela contribuição e no PIS/Pasep (fls. 361 a 434). Com base nessas ações, o SONAE incluiu algumas dessas receitas na respectivas bases de cálculo e declarou o valor das contribuições resultantes. No caso da Cofins, o valor da contribuição incidente sobre essas receitas (apenas algumas delas) foi depositado judicialmente. Os montantes que foram incluídos pelo contribuinte na base de cálculo das contribuições em análise podem ser observadas na planilha “Composição Base de Cálculo PIS e COFINS (fl. 306).”

Consta da decisão recorrida, à fl. o que segue:

“Dos valores depositados judicialmente

51. Conforme verifica-se a fls. 90 e 91, os valores depositados em juízo não foram objeto do lançamento de ofício. Os montantes declarados em DCTF como suspensos foram considerados pelo Fisco no cálculo do total dos créditos a serem abatidos da correspondente exigência de Cofins. A autuação refere-se apenas a parte da exação que extrapola a totalidade dos valores consignados em DCTF.

52. Assim, não há objeto no pleito da interessada que deseja ver canceladas as multas de ofício e de mora que teriam sido aplicadas sobre os valores depositados. Uma vez que tais quantias nem compuseram o lançamento, não há como seus consectários legais estarem consignados na autuação.”

Há indícios, pelo contido nos autos, que a contribuinte busca, concomitantemente, junto ao Poder Judiciário e à Administração Tributária, questionar algumas das receitas aqui exigidas pela fiscalização, razão pela qual solicitou a exclusão da multa de ofício, sobre algumas das discriminadas no auto de infração. Ainda que determinado valor, em face do depósito, não esteja sendo exigido nos autos, há de se observar que, no que diz respeito ao mérito, seguindo a jurisprudência já firmada nesta Câmara, a discussão na via judicial implica em renúncia à esfera administrativa (aplicação do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, e do Ato Declaratório Normativo nº 03/96).

Por outro lado, observo inexistir nos autos principais peças judiciais que dizem respeito às ações judiciais, tais como: cópia protocolada pela Justiça Federal do mandado de segurança impetrado pela interessada (nos autos consta apenas, às fls. 376/412, fotocópia sem protocolo), bem como planilha detalhada, contendo valores depositados e correspondentes denominações de suas receitas (vide exemplo às fl. 306).

Pelo princípio da verdade material, o julgador tem o direito e dever de carrear para o processo todos os dados e informações que contribuam para a solução da lide.



Processo nº : 11080.013954/2002-26

Recurso nº : 123.405

Considerando o acima exposto, resolvo, com o objetivo de enriquecer a instrução deste processo, **VOTAR** pela conversão do julgamento do recurso voluntário em **DILIGÊNCIA** à repartição de origem, a fim de que a mesma faça a juntada de fotocópia de seu Estatuto Social e das principais peças processuais que venham a esclarecer as dúvidas aqui expostas. Em caso de inexistência de planilha na ação judicial, deverá ser solicitado da recorrente a elaboração dessa, com identificação das verbas questionadas e depositadas judicialmente.

Após a juntada do material, a repartição pública deverá se manifestar, conclusivamente, sobre a questão da renúncia administrativa, dando-se então conhecimento à contribuinte do feito para, em assim o querendo, apresentar, no prazo de 30 dias, contestação.

Posteriormente, devem os autos subir para apreciação deste Eg. Conselho.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2004


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ