



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
de 10 / 07 / 2003  
Rubrica

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13603.002127/98-85

Recurso nº : 118.160

Acórdão nº : 201-76.578

Recorrente : SUPERMIX COMERCIAL LTDA.

Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

**COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.**

Mantém-se o lançamento da Cofins constituído de acordo com a legislação vigente.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
SUPERMIX COMERCIAL LTDA.

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

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2002.

*Josefa Maria Coelho Marques*

Josefa Maria Coelho Marques

**Presidente e Relatora**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antonio Mario de Abreu Pinto, Serafim Fernandes Corrêa, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/cf



Processo nº : 13603.002127/98-85

Recurso nº : 118.160

Acórdão nº : 201-76.578

Recorrente : SUPERMIX COMERCIAL LTDA.

## RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 144/149:

*“Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/12, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$2.102.636,28 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, juros de mora e multa proporcional, por falta de recolhimento da contribuição em causa.*

*Cientificada em 27/11/1998 (fl. 01), a interessada apresentou, em 22/12/1998, impugnação ao lançamento, conforme arrazoadado de fls. 85/95, no qual alega, basicamente que:*

*1) foram desconsiderados na apuração da exigência elementos indispensáveis para a correta configuração da base de cálculo, bem como houve violação ao devido processo legal, na medida em que a empresa efetuou consulta ainda não respondida pela fiscalização;*

*2) efetuou durante o período da autuação diversos pagamentos a título da contribuição que não foram consideradas no momento da lavratura do Auto de Infração, ou seja, exige-se o pagamento de valores já efetivamente recolhidos ao fisco;*

*3) o procedimento de apuração da empresa através do levantamento do livro de Registro de Apuração do ICMS é totalmente irregular e produz distorções no resultado final obtido pela fiscalização, uma vez que muitos dos valores que ali constam como devidos a título de ICMS não podem ser transportados para a esfera federal, por não se constituírem em verdadeiro faturamento;*

*4) foi considerado para fins da apuração da base de cálculo da contribuição em tela o valor das operações realizadas, bem como - das presumidas - substituição tributária - sem considerar deduções permitidas pela legislação, como, por exemplo, vendas canceladas futuramente e que foram objeto de estorno do ICMS recolhido, valor efetivo das vendas dos produtos objeto de substituição tributária, os quais constituem em parcela relevante do faturamento da empresa;*

*5) anexa cópia de notas fiscais de mercadorias que comprovam, sem sobra de dúvidas, a inexistência de receita com relação a tais*



Processo nº : 13603.002127/98-85  
Recurso nº : 118.160  
Acórdão nº : 201-76.578

*produtos, devendo, portanto ser refeito todo o procedimento de apuração da base de cálculo, com a anulação do auto de infração, por vício no lançamento e elaboração de novo ato administrativo de lançamento;*

*6) o faturamento efetivamente auferido pela empresa é, na maior parte das vezes, diverso do valor lançado na Nota Fiscal e/ou cupons e no livro de Apuração do ICMS, pois, neste consigna-se o valor destacado na NF-ST, o qual não revela efetivamente o valor da venda da mercadoria; sendo este o valor efetivo da receita bruta da empresa não poderia haver a tributação com base no livro de Apuração do ICMS, uma vez que este não revela de forma efetiva e satisfatória o faturamento obtido pela empresa, havendo, pois, vício de apuração que impõe o imediato cancelamento do Auto de Infração;*

*7) se a base de cálculo é o faturamento, ou seja, a receita bruta obtida com a venda de mercadorias e serviços é impossível que se possa incluir na base de cálculo impositivo o valor do ICMS recolhido, pois, este valor é efetivamente uma despesa, nunca uma receita, o que contraria a legislação aplicável - parágrafo único do art. 3º da Medida Provisória nº 1.546, de 18 de dezembro de 1996;*

*8) pela simples leitura do livro fiscal, confrontando com as notas fiscais e/ou cupons que deram origem a escrituração verifica-se que existem diversas mercadorias que se encontram sujeitas exclusivamente à tributação pelo ICMS, não podendo o faturamento obtido com tais produtos ser considerado para a apuração da base de cálculo do PIS;*

*9) verifica-se que há um total equívoco na autuação, pois, considerou como faturamento parcelas não tributáveis, ou que não se constituem em verdadeiro faturamento, mas sim despesas efetivas, bem como, outras cuja dedução é expressamente autorizada pela legislação tributária;*

*10) diversas vendas efetuadas pela empresa foram posteriormente canceladas, havendo nesses casos, devolução de mercadoria; assim não se pode incluir tais valores na base de cálculo do tributo, ainda que para fins de arbitramento, pois, este toma como base impositivo a receita bruta da empresa, sendo pacífico que as vendas canceladas, descontos incondicionais, bônus e brindes concedidos, além do IPI incidente na operação não integram a base de cálculo do tributo;*

*11) ante o exposto nos itens anteriores há inequívoco erro por parte da fiscalização que deixou de excluir tais valores da base de cálculo da contribuição, o que nulifica todo o procedimento fiscal, uma vez que a correta eleição da base de cálculo é fundamental para a prática do ato administrativo vinculado ao lançamento;*



Processo nº : 13603.002127/98-85

Recurso nº : 118.160

Acórdão nº : 201-76.578

12) não estando preenchidos validamente quaisquer dos pressupostos necessários à validade do ato administrativo, restará viciado o lançamento, tornando-se imperativa sua anulação;

13) em diversas operações mercantis sujeitas a tributação do ICMS o Estado determina que o IPI - ainda que destacado na Nota Fiscal-integre a base de cálculo do imposto; tal fato desvirtua a base de cálculo do imposto estadual e, em virtude do lançamento da COFINS ter sido efetuado com base no livro de Apuração do ICMS tal vício foi aproveitado pela fiscalização federal, inseriu-se na base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento despesas realizadas com o pagamento do IPI, o que eiva de ilegalidade o lançamento efetuado, devendo, pois, ser anulado o auto de infração;

14) a multa aplicada é de natureza confiscatória, ferindo a Constituição e os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, aliados aos princípios que regem a dosimetria - se ampara e cita jurisprudência e doutrina para corroborar o seu entendimento;

15) a exigência do pagamento de juros de mora sobre os tributos vencidos, calculados por taxa de juros de natureza remuneratória infringe o conceito jurídico e econômico de juros moratórios, bem como, o art. 161 do Código Tributário Nacional, e o artigo 192, § 3º da Constituição Federal de 1988.

Ao final, solicita perícia, conforme quesitos de fls. 94/95."

A autoridade monocrática, mediante a dita decisão, julgou procedente o lançamento, em decisão assim ementada:

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

**Período de apuração:** 31/01/1995 a 31/12/1997

**Ementa:** As alegações constantes da impugnação devem ser acompanhadas de provas bastantes que a confirmem.

**LANÇAMENTO PROCEDENTE".**

Tempestivamente, a Recorrente interpôs o Recurso de fls. 153/170, que leio para o conhecimento dos Srs. Conselheiros.

A Recorrente, em razão da exigência do depósito prévio obrigatório instituído pelo art. 32 da Medida Provisória nº 1.621-30/97, apresentou arrolamento de todos os bens do ativo permanente, suprimindo a referida exigência.

É o relatório.



Processo nº : 13603.002127/98-85

Recurso nº : 118.160

Acórdão nº : 201-76.578

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

O recurso voluntário é tempestivo. Assim, conheço do recurso.

A autoridade de primeira instância manteve a exigência, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

*"A impugnação é tempestiva; logo, dela toma-se conhecimento.*

*A empresa afirma que estaria amparada pelo instituto de consulta, mas não acostou aos autos, prova do que alega.*

*Quanto aos pagamentos efetuados pela interessada - que ela afirma não terem sido compensados para a cobrança do crédito tributário de ofício - verifica-se que lhe falece razão, pois, da análise do Demonstrativo de Apuração de fls. 04/09 encontra-se tais pagamentos deduzidos dos valores que ela deveria recolher. Constata-se, também, que o único DARF (cópia) apresentado pela autuada (fl.96) foi compensado nos Demonstrativos de fl. 02 e fl.04.*

*No que se refere à inclusão na base de cálculo da contribuição - exigida pelo presente Auto de Infração - de devoluções de vendas também não procede, pois, examinando o demonstrativo de fl. 19 verifica-se que foram excluídas. Quanto às notas fiscais anexadas pela interessada inexistente comprovação de que não estão incluídas nos valores explicitados em fl. 19. Ressalte-se que a empresa anexou à sua defesa, elementos aleatórios sem especificar onde estariam os supostos erros na base de cálculo. No que se refere as alegadas incorreções da base de cálculo da contribuição exigida de ofício - que nos valores constantes do Auto de Infração estariam parcelas que legalmente não deveriam constar - temos a considerar que a interessada simplesmente alega incorreção, sem discriminar valores, sem demonstrar onde estariam os erros cometidos pela fiscalização. Afirma, mais não acosta aos autos nenhuma prova do que alega.*

*A propósito de provas não anexadas aos autos, deve-se dizer que é da essência da relação processual que as alegações de parte a parte sejam devidamente instruídas com as respectivas provas. Tal princípio encontra-se evidente no Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993, o qual disciplinando os trâmites do processo administrativo fiscal, assim reza em seu art. 16, inciso III:*

*' Art. 16 - A impugnação mencionará:*

*I - (...)*

*II - (...)*

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.' (grifamos).*

*Em outras palavras, deve o sujeito passivo comprovar o que diz, sob pena de descrédito de sua impugnação. No caso vertente, a empresa limitou-se a afirmar que a base de cálculo estaria incorreta, sem nada provar.*



Processo nº : 13603.002127/98-85

Recurso nº : 118.160

Acórdão nº : 201-76.578

*O artigo 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, determina que a base de cálculo da contribuição, para as empresas em geral, é o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Por sua vez, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que não integra a receita referida no artigo, para efeito da determinação da base de cálculo em foco, o valor do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal; o valor das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.*

*Da leitura do parágrafo anterior, verifica-se que a Lei Complementar nº 70, de 1991, não considera como exclusão da base de cálculo da COFINS, o ICMS incluso no faturamento mensal, assim, não são cabíveis as considerações da autuada, no sentido de que esse imposto deve ser retirado da base de cálculo da contribuição. Incabível, também, a afirmação de que existe faturamento de produtos que está sujeito ao ICMS e não a COFINS. As duas exigências não se confundem, têm fatos geradores diversos. No caso em exame - a COFINS - o faturamento é o fato gerador. Impossível, portanto, dizer que sobre ele incide ICMS e não a contribuição em foco.*

*Quanto ao ICMS relativo à substituição tributária que o contribuinte alega não ter sido excluído da base de cálculo, cumpre esclarecer que na base de cálculo apurada não se incluiu o ICMS porventura retido por substituição. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 25 do Regulamento do ICMS (transcrito a seguir), aprovado pelo Decreto nº 38.104/96 o ICMS retido por substituição tributária deve ser escriturado em folha subsequente àquela destinada para registrar suas operações, o que não foi feito conforme se observa pela cópia Livro de Registro e Apuração do ICMS apresentados (fls. 29/76).*

*Art. 25 - O contribuinte substituto observará o seguinte:*

*§ 2º - O contribuinte substituto apurará os valores relativos ao imposto retido, no último dia do respectivo período, no livro Registro de Apuração do ICMS, em folha subsequente à destinada à apuração relacionada com as suas próprias operações, com a indicação da expressão 'Substituição Tributária', utilizando, no que couber, os quadros 'Débito do Imposto', 'Crédito do Imposto' e 'Apuração dos Saldos', observado o seguinte:*

*Quanto ao IPI a interessada não é contribuinte do imposto, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal de fl. 18, não havendo assim destaque de IPI em suas notas fiscais.*

*Assim caem por terra, as assertivas da autuada em sua defesa e, especialmente aquelas transcritas nos itens 11, 12 e 13 do relatório da presente decisão.*

*Adite-se que, apesar de a empresa afirmar que o levantamento fiscal se deu, estritamente, de acordo com o Livro de Apuração do ICMS, tal fato não ocorreu, pois, consta do Auto de Infração (fl. 14) - consignado pelos autuantes - que o 'valor foi apurado com base nos documentos fiscais da empresa, relativo ao período de janeiro de 1995 a dezembro de 1997, conforme Termo de Verificação Fiscal e planilha de apuração da base de cálculo de fls. 18 e 19.' (grifo não é original).*

*No que se refere à multa aplicada está de acordo com o que determina a lei, bem como a aplicação da taxa de juros SELIC. O presente foro não é local apropriado para se*



**Processo nº :** 13603.002127/98-85

**Recurso nº :** 118.160

**Acórdão nº :** 201-76.578

*examinar questões sobre a constitucionalidade e legalidade de leis, cabendo à autoridade administrativa tão-somente dar-lhes cumprimento. atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Em que pese a jurisprudência e abalizada doutrina citada sobre o assunto, não é aplicável nesta esfera de julgamento qualquer entendimento que não esteja determinado em lei.*

*No que concerne aos pedidos de diligência e perícia devem ser indeferidos, por desnecessários ao julgamento da lide.*

### **CONCLUSÃO**

*Com base nos fundamentos expostos, RESOLVO:*

*a) INDEFERIR OS PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA, pelos motivos expostos nos fundamentos da presente decisão.*

*b) JULGAR PROCEDENTE o lançamento. ”*

Por concordar com tal entendimento, prestando as devidas homenagens à DRJ em Belo Horizonte - MG, adoto como minhas as suas razões de decidir.

Assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2002.

*Josefa Maria Coelho Marques.*

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES