



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002884/2003-16
Recurso nº : 125.931
Acórdão nº : 201-78.662

MINISTÉRIO DA FAZENDA	
Segundo Conselho de Contribuintes	
Publicado no Diário Oficial da União	
De	08 / 05 / 06
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : EMPAX EMBALAGENS LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

COFINS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não merecendo reparos se procedida nos exatos termos da legislação de regência. O PIS e a Cofins incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EMPAX EMBALAGENS 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 12 de setembro de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

Gustavo Vieira de Melo Monteiro

Gustavo Vieira de Melo Monteiro
Relator

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 31 / 10 / 2005
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Roberto Velloso (Suplente), Maurício Taveira e Silva, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco e Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002884/2003-16
Recurso nº : 125.931
Acórdão nº : 201-78.662

MIN. DA FAZENDA - 2º CC CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>31 / 10 / 2005</u>  VISTO

2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : EMPAX EMBALAGENS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de recurso voluntário apresentado contra Decisão da DRJ em São Paulo - SP que julgou procedente o lançamento de ofício efetuado pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo - SP, relativo à Cofins, correspondente aos fatos geradores ocorridos entre 30 de janeiro de 1999 e 30 de junho de 2003.

Compulsando os autos, especificamente a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 41 a 44, verifica-se que a autoridade fiscal aponta que:

a) o sujeito passivo apresentou, através do formulário "Informações Prestadas à SRF", suas bases de cálculos do PIS e da Cofins, as quais, após confrontadas com os livros próprios, mostraram-se consistentes;

b) verificou-se que a empresa não apresentou as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, como também não recolheu os tributos relativos ao PIS e à Cofins. A verificação limitou-se aos períodos de janeiro de 1999 a junho de 2003, em virtude da Portaria Cofis nº 28, de 31/05/2002, com alteração dada pela Portaria Cofis nº 50/2002;

c) em relação à entrega da DCTF, a contribuinte regularizou sua situação após intimação lavrada em 04/04/2003. Já em relação aos débitos referentes ao PIS e à Cofins, os mesmos serão exigidos de ofício através dos respectivos autos de infração; e

d) as bases de cálculos da Cofins foram extraídas do formulário "Informações Prestadas à SRF" e estão discriminadas à fl. 42.

Assim, em razão das infrações constatadas, foi lavrado o auto de infração (fls. 54 a 57), no valor total de R\$ 27.729.176,37, incluindo-se tributo, multa proporcional e juros de mora, estes calculados até 31/07/2003, para constituir o crédito tributário relativo ao PIS dos períodos de apuração de janeiro de 1999 a junho de 2003, com enquadramento legal exposto às fls. 53 e 57.

Regularmente notificada em 25/08/2003, conforme ciência nos próprios autos, a contribuinte autuada apresentou a impugnação tempestiva às fls. 78 a 87, acompanhada de documento às fls. 88 a 157, alegando, fundamentalmente, que: i. a base de cálculo da Cofins é composta pelo faturamento bruto do contribuinte, inclusive compõe a sua base de cálculo o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); ii. os produtos fabricados pela impugnante são destinados aos encomendantes, estando, portanto, sujeitos ao ISS, de competência municipal, não estando sujeitas ao ICMS que compõe a base de cálculo da Cofins; iii. o valor cobrado a título de Cofins está incorreto, uma vez que o ICMS não pode compor a base de cálculo desta contribuição; iv. a empresa está indevidamente compelida ao recolhimento de ICMS sobre as operações de encomendas de embalagens gráficas, etiquetas e rótulos que a mesma confecciona; v. os produtos que a impugnante produz para uma empresa não podem ser utilizados para outra, eis que são encomendas personalizadas e destinadas a consumo final; vi. no presente auto de infração está se exigindo o recolhimento da Cofins com a inclusão na base de cálculo do ICMS, muito embora os serviços de composição gráfica sejam alcançados somente



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002884/2003-16
Recurso nº : 125.931
Acórdão nº : 201-78.662

MIN. DA FAZENDA - 2º CC CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>31</u> / <u>10</u> / <u>2005</u>  VISTO
--

2º CC-MF
Fl. _____

pelo ISS; vii. os serviços prestados pela contribuinte devem ser excluídos da incidência do ICMS, haja vista o disposto no Decreto-Lei nº 406/68, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 834/69, artigo 8º, § 1º. Cita a Portaria nº 42/95 do Município de São Paulo, que corrobora o seu entendimento; vii. a lei municipal não se sobrepõe à LC nº 56/87, porquanto resta adstrita aos serviços especificados na lista de serviços baixada pela própria lei complementar que esgota o rol dos serviços tributados pelo ISS; viii. estando os serviços prestados pela contribuinte arrolados na lista de serviços, estes somente são alcançados pelo ISS e não pelo ICMS, razão pela qual este não pode ser incluído na base de cálculo da Cofins; ix. a própria Administração (Secretaria de Finanças de São Paulo), através da Consulta nº 37-057.632-8080, reconhece que os serviços de embalagens e composição gráfica feita sob encomenda e de uso exclusivo do encomendante estão sujeitos ao ISS e não ao ICMS; x. segundo o laudo de constatação (fls. 118 a 157), resta evidente que a atividade da contribuinte é a fabricação de embalagens sob encomenda, razão pela qual encontra-se sujeita apenas ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, o ISS; e xi. conclui, ao final, que a atividade, caracterizada como fabricação de embalagens sob encomenda, não está sujeita ao ICMS e, conseqüentemente, este não pode ser utilizado na base de cálculo da Cofins, restando, portanto, indevida a cobrança pretendida pelo Fisco.

A insigne DRJ em São Paulo - SP julgou o lançamento procedente, mantendo a exigência fiscal devidamente acrescida de juros e multa de ofício sob os auspícios de que, constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, *ex vi legis*, porquanto o ICMS e o ISS são partes integrantes do preço das mercadorias e dos serviços que integram a base de cálculo das contribuições sociais, inexistindo competência da Fazenda Federal para dirimir se o ICMS recolhido pela empresa é devido, não havendo como desconsiderar o valor do referido imposto na formação da base de cálculo da Cofins.

Obstinada, a contribuinte manejou o competente recurso voluntário, oportunidade em que reiterou as razões aduzidas na sua peça impugnatória.

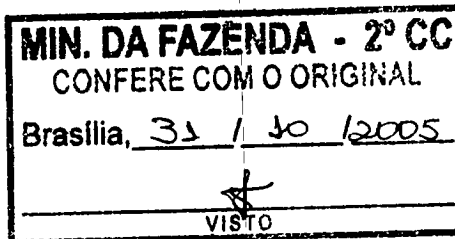
Promovido o arrolamento, subiram os autos para apreciação deste Conselho de Contribuintes.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002884/2003-16
Recurso nº : 125.931
Acórdão nº : 201-78.662



2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
GUSTAVO VIEIRA DE MELO MONTEIRO

A decisão exarada pela insigne DRJ em São Paulo - SP é irreparável.

Cumpra afirmar que o lançamento de ofício em questão guarda estreita consonância com a legislação concernente à espécie, especificamente no que diz respeito à Lei Complementar nº 70/91, à Lei nº 9.718/98, bem como ao disposto no Decreto nº 70.235/72.

É certo que compete à autoridade administrativa a constituição do crédito tributário pelo lançamento, atividade a qual afigura-se plenamente vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN).

Assim, uma vez verificadas incorreções, omissões ou inexatidões nos recolhimentos da exação tributária, cumpre à autoridade administrativa fiscal lavrar o competente auto de infração, respeitando o prazo decadencial, concedendo o prazo para impugnação ao sujeito passivo da exação tributária (Decreto nº 70.235/72).

Sendo assim, competindo à Administração Pública e assim ao Fisco a observância das leis vigentes, resta inequívoca a regularidade do lançamento de ofício especificamente no que diz respeito à aplicação do disposto na legislação concernente à espécie de tributo.

Dito isso, cumpre registrar que, procedendo o escorço do recurso interposto pela contribuinte, verifica-se que seus argumentos de defesa giram em torno da atividade por ela exercida (produção de embalagens sob encomenda) caracterizada como prestação de serviços, e que, portanto, não estaria sujeita ao ICMS e sim ao ISS.

Informa, inclusive, que estaria em litígio com a Fazenda do Estado de São Paulo pretendendo ver declarada a não incidência do ICMS sobre suas atividades, razão pela qual entende que o ISS não compõe a base de cálculo da Cofins e que, por sua atividade ser de prestação de serviço, o ICMS, o qual é indevidamente compelido a recolher, não pode ser incluído na base de cálculo da indigitada contribuição social.

Vale registrar que inexistem dúvidas quanto aos limites que determinam a base de cálculo da contribuição para a Cofins, a qual, em um primeiro momento, restou fixada pela Lei Complementar nº 70/91 como sendo o faturamento das empresas, posteriormente alterada pela Lei nº 9.718/98.

O artigo 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, dispunha que a contribuição em espécie deveria incidir sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, ressalvando que não integra a receita bruta de que trata o referido artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal, tampouco as vendas canceladas, das devolvidas e os descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

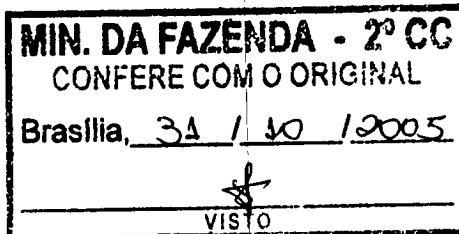
Note-se que, anteriormente à edição da Lei nº 9.718, de 1998, a legislação considerava como base de cálculo o faturamento *mensal*, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, podendo-

[Assinaturas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002884/2003-16
Recurso nº : 125.931
Acórdão nº : 201-78.662



2ª CC-MF
Fl. _____

se excluir de seus totais os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) quando destacado nas notas fiscais, além das vendas canceladas, das devoluções e descontos incondicionais, não se denotando, conforme o dispositivo legal acima transcrito, a exclusão do ISS ou ICMS incluído nos preços de vendas.

Após a edição da Lei nº 9.718, de 1998, a base de cálculo da contribuição passou a ser o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, esta entendida como sendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, *verbis*:

"Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário".

Assim, não obstante a possibilidade de se excluir da base de cálculo da Cofins o valor relativo ao ICMS nos casos de *substituição tributária*, hipótese que não se confunde com a tese defendida pela contribuinte, inexistente previsão legal para dedução da base de cálculo da indigitada contribuição social das parcelas dos preços dos produtos correspondentes ao ICMS ou ISS.

Portanto mostra-se absolutamente acertado o entendimento vergastado pela douta DRJ em São Paulo - SP, quando afirma a impossibilidade de exclusão da base de cálculo da Cofins da parcela do preço referente ao ICMS ou ISS, em face da ausência de previsão legal neste sentido.

Assim, independentemente de a empresa ser prestadora de serviços ou não, a base de cálculo da Cofins é o faturamento, conforme previsto no artigo 3º da Lei nº 9.718/98, estando incluído na referida base de cálculo o valor referente ao ISS, no caso de prestadoras de serviço, e ao ICMS, no caso de empresas comerciais.

Ademais disso, conforme se depreende do recurso voluntário interposto, a contribuinte continua recolhendo o ICMS, apesar de acreditar ser indevida a referida exação. O simples fato de a contribuinte entender que é prestador de serviço, não autoriza a exclusão do valor do ICMS efetivamente recolhido da base de cálculo da Cofins, sendo certo que não compete à Fazenda Federal decidir se o ICMS (imposto estadual) é devido ou não pela empresa.

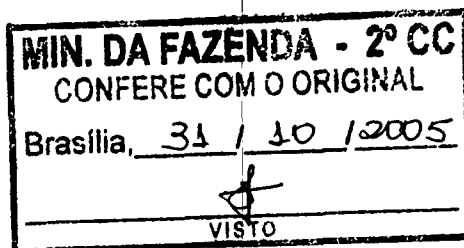
De outra parte, é forçoso reiterar que inexistente previsão legal para excluir da base de cálculo da contribuição social a parcela do preço dos produtos confeccionados correspondentes ao ISS e ao ICMS, entendimento este absolutamente consolidado no âmbito deste Conselho de Contribuintes, bem como junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

[Assinaturas manuscritas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002884/2003-16
Recurso nº : 125.931
Acórdão nº : 201-78.662



2º CC-MF
Fl.

Nesse sentido vale transcrever o seguinte aresto do Egrégio STJ, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.
2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.
3. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Ministra ELLIANA CALMON

REsp 668571/RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0079146-0”.

Deve-se observar, por fim, que as bases de cálculo da Cofins foram obtidas a partir dos valores de faturamento informados pela própria contribuinte nas planilhas de fls. 07 a 20, os quais não estão adstritos às parcelas correspondentes ao ICMS, uma vez que não foram identificados recolhimentos relativos à contribuição em espeque no período objeto da autuação.

Desta feita, em razão de tudo que no mais dos autos consta, entendo que inexistem elementos que possam elidir o lançamento de ofício em análise, razão pela qual **nego provimento ao recurso.**

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2005.


GUSTAVO VIEIRA DE MELO MONTEIRO