



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

3614
44

Processo nº : 19647.006222/2005-81

Recurso nº : 137.376

Recorrente : BOMPREGO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE

Recorrida : DRJ em Recife - PE

RESOLUÇÃO Nº 201-00.729

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BOMPREGO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE.

RESOLVEM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, proposta pelo Conselheiro Walber José da Silva, que foi designado para redigir a diligência. Esteve presente ao julgamento, na sessão de setembro de 2007, e fez sustentação oral, na sessão de outubro, o advogado da recorrente, Dr. Ivo de Oliveira Lima, OAB/PE 25.263. Estiveram presentes às sessões de novembro, dezembro e fevereiro os advogados da recorrente, Drs. Ivo de Oliveira Lima e Ivo de Lima Barboza, OAB-PE 25.263. Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

Sala das Sessões, em 12 de fevereiro de 2008.

Josefa Maria Coelho Marques:
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Walber José da Silva
WALBER JOSÉ DA SILVA

Relator-Designado

Participaram, ainda, da presente resolução, os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça (Relator), José Antonio Francisco e Antônio Ricardo Accioly Campos.

Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

3615
14

Processo nº : 19647.006222/2005-81
Recurso nº : 137.376

Recorrente : BOMPREGO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE

RELATÓRIO

Trata-se de recursos voluntário (fls. 3.513/3.545, vol. XVIII) e de ofício (fl. 3.468, vol. XVIII) contra o v. Acórdão nº 11-16.010, exarado em 14/08/2006 (fls. 3.466/3.487, vol. XVIII) pela 2ª Turma da DRJ em Recife - PE, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedentes em parte, nos termos do voto da relatora, os seguintes lançamentos originais:

a) contribuição para o PIS (MPF nº 0410100/00862/03, fls. 04/22, vol. I), notificado em 20/06/2005 (fl. 06, vol. I), no valor total de R\$ 28.030.705,67 (PIS: R\$ 12.947.974,25; multa: R\$ 9.710.305,48; e juros: R\$ 5.373.325,94), que acusou a ora recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 28/02/99 a 31/12/2003, em razão de diferenças apuradas entre o valor escriturado e declarado pela exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas contabilizadas (contas: 410710 - rádio bompreço recuperação; 410715 recup. despesas - aniversário hiper bompreço; 410827 eventos bloco parceria; 410840 recuperação de custos logísticos; 410844 recuperação de custos de proj. arquitetura/eng.; 410845 recup. de despesas-bloco da parceria; 420408 variação monetária passiva, considerados os lançamentos a crédito desta conta efetuados pela empresa - VMA; 420409 variação cambial; 420413 variação cambial-swap; 421010 variação cambial LP, existem lançamentos a partir do ano de 2002 e a empresa somente passou a incluiu na base de cálculo do PIS/Cofins nos períodos de apuração do ano de 2003; 430302 contribuições mantenedoras; 430316 receita de promoção publicidade; 430319 recup. de despesas - encontro cliente bompreço; 430324 alocação receita de venda de espaço; 441010 ganhos com cupons/cartões terceiros). Em razão dos fatos relatados, a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º, da Lei nº 9.715/98; 2º e 3º da Lei nº 9.718/98; 2º, inciso I, alínea "a", parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51, do Decreto nº 4.524/2002, devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e juros à taxa Selic, nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96; e

b) Cofins (MPF nº 0410100/00862/03, fls. 1.708/1.725, vol. IX), notificado em 20/06/2005 (fl. 1.710, vol. IX), no valor total de R\$ 85.940.778,50 (Cofins: R\$ 38.635.327,81; multa: R\$ 28.976.495,59; e juros: R\$ 18.328.955,10), que acusou a ora recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 28/02/99 a 31/12/2003, em razão de diferenças apuradas entre o valor escriturado e declarado pela exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas contabilizadas (contas: 410710 - rádio bompreço recuperação; 410715 recup. despesas - aniversário hiper bompreço; 410827 eventos bloco parceria; 410840 recuperação de custos logísticos; 410844 recuperação de custos de proj. arquitetura/eng.; 410845 recup. de despesas-bloco da parceria; 420408 variação monetária passiva (considerados os lançamentos a crédito desta conta efetuados pela empresa - VMA); 420409 variação cambial; 420413 variação cambial-swap; 421010 variação cambial LP (existem lançamentos a partir do ano de 2002 e a empresa somente passou a incluiu na base de cálculo do PIS/Cofins nos períodos de apuração do ano de 2003); 430302 contribuições mantenedoras; 430316 receita de promoção publicidade; 430319 recup. de despesas-encontro cliente bompreço; 430324 alocação receita de venda de

San

W



Processo nº : 19647.006222/2005-81

Recurso nº : 137.376

espaço; 441010 ganhos com cupons/cartões terceiros - TEAF de fls. 1.726/1.733 - vol. IX). Em razão dos fatos relatados, a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. 1º da LC nº 70/91; 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MP nº 1.807/99 e reedições, com as alterações da MP nº 1.858/99 e reedições; 2º, inciso II, parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51, do Decreto nº 4.524/2002, devida a multa de 150% capitulada no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, e juros à taxa Selic, nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 3.466/3.487 (vol. XVIII), da 2ª Turma da DRJ em Recife - PE, houve por bem julgar procedentes em parte, nos termos do voto da relatora, os lançamentos originais citados no item anterior, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. Estando os atos administrativos, consubstanciados do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O direito de apurar e constituir o crédito, nos casos de Contribuições Sociais para a Seguridade Social, só se extingue após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS.

A Base de Cálculo para a COFINS e o PIS incidirá sobre o faturamento do mês, deduzidas as exclusões previstas em lei.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

Ementa: VARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE COMPETÊNCIA.

As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS e, se tributadas pelo regime de competência, devem ser reconhecidas a cada mês, liquidação das independentemente da efetiva operações correspondentes.

RECEITA DA VENDA DE BENS DO ATIVO PERMANENTE (IMOBILIZADO).

Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, excluem-se da receita bruta a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente. Contudo, para os fatos geradores do PIS, na modalidade não-cumulativa, ocorridos em dezembro de 2002 e janeiro de 2003, a receita decorrente da venda de bens do ativo imobilizado da pessoa jurídica integra a respectiva base de cálculo.

RECEITA DA VENDA DE PRODUTOS À ALÍQUOTA ZERO - LEI Nº 10.147/2000.

São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos classificados nas posições descritas no art. 1º da Lei nº 10.147/2000 (produtos farmacêuticos, de toucador ou de

[Assinatura]

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

36/7

9/

Processo nº : 19647.006222/2005-81

Recurso nº : 137.376

higiene pessoal e de perfumaria), devidas pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador dos produtos nele relacionados.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se os juros de mora, com base na taxa SELIC, por expressa previsão legal.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERÍCIAS. DILIGÊNCIAS.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS.

As provas devem ser apresentadas na forma e no tempo previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Lançamento Procedente em Parte".

Tendo havido sucumbência parcial da Fazenda Pública no valor de R\$ 35.671.232,31 (PIS/Cofins: R\$ 20.383.561,32; multa: R\$ 15.287.670,99), superior ao limite de alçada (R\$ 500.000,000 - cf. Portaria MF nº 375, de 07/12/2001), o d. Presidente da Colenda 2ª Turma da DRJ em Recife - PE interpôs recurso de ofício (fl. 3.468, vol. XVIII) a este Egrégio Conselho de Contribuintes, como expressamente determinam os arts. 34 do Decreto nº 70.235/72 (com as alterações das Leis nºs 8.748/93 e 9.532/97) e 2ª da Portaria MF nº 375/2001.

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 3.513/3.545, vol. XVIII) oportunamente apresentadas e instruídas com a Relação de Bens e Direitos para Arrolamento (fls. 1.519/1.530) a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) preliminarmente, a decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento, eis que, dado ciência da autuação em 20/06/2005, não mais poderia ter sido efetuado o lançamento cujo fato gerador supostamente teria ocorrido anteriormente a junho de 2000, eis que os mesmos encontram-se extintos (§ 4º do art. 150 e art. 156, inciso V, do CTN, e jurisprudência deste Conselho); b) no mérito, a manifesta ilegitimidade do lançamento sobre o valor das variações monetárias cambiais registradas (contas 420.302, 420.409, 420.413, 420.753, 421.009, 421.010 e 421.020), assim como as recuperações de despesas e os valores recolhidos com o benefício da MP nº 66/2002; c) a inconstitucionalidade da multa, que seria confiscatória; e d) a inexigibilidade da taxa Selic.

É o relatório.

W. J. J. J.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

3618
11

Processo nº : 19647.006222/2005-81
Recurso nº : 137.376

VOTO DO CONSELHEIRO-DESIGNADO
WALBER JOSÉ DA SILVA

O recurso voluntário é tempestivo, atende às demais exigências legais e dele conheço.

No recurso voluntário a recorrente está pleiteando o cancelamento do lançamento, alegando, em apertada síntese, que:

1 - ocorreu a decadência para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1999 a março de 2000;

2 - o Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Esta decisão não pode ser desconsiderada pelo CC e aplica-se às receitas de VCA (empréstimos e SWAP);

3 - recuperação de despesas não é receita. Cita doutrina;

4 - não foram considerados os pagamentos efetuados com base na MP nº 66/2002. Desistiu do MS e pagou o PIS e Cofins sobre as demais receitas e autorizou a conversão dos depósitos judiciais em renda da União (diferença de alíquota da Cofins);

5 - a multa aplicada é confiscatória; e

6 - não se aplica a taxa Selic no cálculo dos juros de mora.

Concluiu solicitando a realização de diligência. Faz quesitos.

Não há dúvidas de que as receitas tributadas neste auto de infração foram aquelas acrescidas pela Lei nº 9.718/98, exceto em relação ao PIS dos períodos de apuração ocorridos a partir de dezembro de 2002, cujo fundamento legal é a Lei nº 10.637/2002.

E é exatamente sobre a tributação do PIS dos períodos de apuração ocorridos a partir de dezembro de 2002 (PIS não-cumulativo), inclusive, que não foi possível formar minha convicção com os elementos constantes dos autos, necessitando de informações adicionais.

Estas informações adicionais se destinam a confirmar a natureza de alguns valores lançados como receita nas contas autuadas e se foram considerados os créditos de algumas despesas, na apuração do PIS não-cumulativo, como abaixo informo.

A recorrente alega que parte dos valores tributados referem-se a recuperação de despesa feitas em nome de terceiros e, como prova, junta os acordos de fornecimento e reciprocidade de fls. 1.621/1.637.

Por estes acordos comerciais o fornecedor se obriga a pagar à recorrente um bônus. Este bônus pode ser na forma de desconto financeiro (quando do pagamento das

[Assinatura]

[Assinatura]



Processo nº : 19647.006222/2005-81

Recurso nº : 137.376

duplicatas de fornecimento de mercadorias) ou através de boleto bancário (ou transferência bancária). O bônus pode ser um percentual do valor faturado para a recorrente ou um valor fixo, por evento (p. ex. inauguração de loja, aniversário da recorrente, etc.).

O bônus recebido destina-se a vários pagamentos (logística, repositores, publicidade, etc.) e uma parte é desconto financeiro em favor da recorrente e de livre utilização.

Pelos documentos acostados aos autos, não foi possível a este Conselheiro identificar o procedimento contábil usado pela recorrente para registrar o recebimento dos bônus, tanto os descontados em duplicata como os recebidos por boleto bancário ou por transferência bancária.

Com relação aos bônus recebidos sob a forma de descontos em duplicata, acredito que a recorrente faça o lançamento desses valores (o valor total do desconto ou excluindo o desconto financeiro?) na conta 421302 DESCONTOS OBTIDOS - PROGRAMA PAGAMENTO (Esta receita integra a base de cálculo do PIS não-cumulativo). Aparentemente (o razão da conta 421302 não foi juntado aos autos), desta conta de receita os valores são transferidos para uma das contas atuadas. Os lançamentos a débito foram excluídos da base de cálculo pela Fiscalização.

Não há informação sobre a natureza dos lançamentos a débito da conta 421302.

Com relação aos bônus recebidos pela recorrente através de boleto ou transferências bancárias, não foi possível identificar em qual conta os mesmos são lançados.

Também não há informação se a recorrente apurou crédito do PIS relativo às despesas realizadas com as receitas recebidas por força dos acordos comerciais. Os créditos considerados pela Fiscalização foram os lançados no Dacon. Tanto as receitas como as despesas são em proveito da recorrente, antes de qualquer outra pessoa. Por esta razão, tanto as receitas como as despesas devem ser consideradas no cálculo do PIS não-cumulativo devido pela recorrente.

A Fiscalização desconsiderou, na apuração da base de cálculo, o valor da variação cambial passiva lançada nas contas de variação cambial ativa atuadas (420302, 420409, 420413 e 421010).

Ocorre que, estando a recorrente sujeita a apurar o IRPJ pela regime de competência, deve também tributar a receita e a despesa de variação cambial também pelo regime de competência.

No caso do PIS não cumulativo, a despesa de variação cambial passiva gera direito a crédito do PIS não-cumulativo. Ao não excluir a variação cambial passiva da base de cálculo, presume-se que a recorrente tenha incluído, no Dacon, o crédito correspondente à essa despesa financeira. Os elementos dos autos não são suficientes para confirmar esta hipótese.

Por fim, quanto ao pedido de realização diligência, este Conselheiro entende que os quesitos formulados (fl. 3.544) pela recorrente em nada ajudam na solução do litígio. No entanto, com esta diligência, abro a possibilidade de a recorrente juntar laudo técnico produzido



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

3620

9/12

Processo nº : 19647.006222/2005-81

Recurso nº : 137.376

por empresa de auditoria contábil idônea ou auditor independente, também idôneo, respondendo os referidos quesitos. Não há necessidade de participação, na diligência, de agentes fiscais da RFB.

Em face do exposto, voto no sentido de converter o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem para as seguintes providências:

1 - dar ciência prévia desta resolução à recorrente para esta, querendo, providenciar laudo técnico respondendo os quesitos formulados em seu recurso, sem a participação de agentes fiscais da RFB;

2 - informar qual o procedimento contábil utilizado pela recorrente para contabilizar as receitas de bônus, decorrente dos acordos de fornecimento e reciprocidade, tanto os recebidos na forma de descontos financeiros como os recebidos através de boleto bancário ou transferência bancária;

3 - informar que operações são lançadas a débito da conta 421302 DESCONTOS OBTIDOS - PROGRAMA PAGAMENTO e quais foram consideradas para excluir da base de cálculo do PIS;

4 - informar em quais contas são lançadas as despesas a que se refere os acordos de fornecimento e reciprocidade e se sobre elas foi apurado crédito de PIS e informado no Dacon;

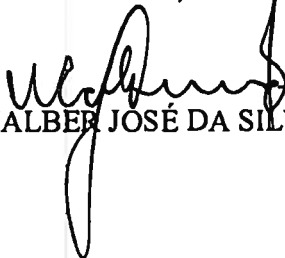
5 - informar se a recorrente apurou crédito de PIS no Dacon relativo a despesas de variação cambial passiva, equiparada a despesa financeira;

6 - manifestar-se sobre o laudo técnico a que se refere o quesito nº 1, acima, caso a recorrente o apresente até o prazo a que se refere o quesito nº 8, abaixo;

7 - prestar as informações e os esclarecimentos que julgar necessário ao deslinde da questão, esclarecendo que as informações solicitadas referem-se aos períodos de apuração de dezembro de 2002 a dezembro de 2003; e

8 - dar ciência à recorrente do resultado da diligência, abrindo-lhe prazo para, querendo, manifestar-se.

Sala das Sessões, em 12 de fevereiro de 2008.


WALBER JOSÉ DA SILVA

