



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10120.005888/2005-87
Recurso nº 237.436
Acórdão nº **3401-002.683 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de julho de 2014
Matéria PIS/PASEP
Recorrente MERCANTIL COMERCIAL DE SECOS E MOLHADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/10/2004 a 31/03/2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se manifestar acerca de inconstitucionalidade de normas, havendo expressa vedação neste sentido conforme art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação alterada pela Lei nº 11.941/09.

DEFESA. MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede impugnatória não podem ser deduzidas em recurso voluntário devido à perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/10/2004 a 31/03/2005

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O ICMS incidente sobre vendas, devido por sujeição passiva direta, isto é, por obrigação própria, não pode ser excluído da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins por falta de previsão legal, que contempla tão-somente aquele devido na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 31/10/2004 a 31/03/2005

TAXA SELIC. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO.

A aplicação dos juros moratórios à taxa selic encontra amparo na legislação ordinária, defluindo de norma válida e vigente no sistema normativo, falecendo competência a este Conselho Administrativo para examinar aspectos de sua legalidade e/ou constitucionalidade.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em não conhecer em parte e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

Júlio César Alves Ramos - Presidente.

Relator Robson José Bayerl - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Jean Cleuter Simões Mendonça, Robson José Bayerl, Eloy Eros da Silva Nogueira, Angela Sartori e Cláudio Monroe Massetti.

Relatório

Cuida-se de auto de infração de PIS/Pasep, período outubro/2004 a março/2005, para constituição de diferenças apuradas a partir do exame da escrituração contábil e fiscal do contribuinte, para as quais não havia declaração e/ou recolhimento.

Em impugnação o contribuinte defendeu a necessidade de sua equiparação, para fins de apuração do PIS/Pasep, às instituições financeiras e revendas de veículos usados, com base no princípio da igualdade, tributando-se o seu lucro bruto e não o faturamento; que aos órgãos administrativos julgadores foi conferida competência para conhecer de argumentos acerca da inconstitucionalidade de normas, em observância ao pleno exercício do direito à ampla defesa; que o montante devido a título de ICMS deve ser expurgado da base de cálculo da contribuição, sob pena de grave inconstitucionalidade, citando jurisprudência a respeito; que no lançamento não foram considerados direitos creditórios oriundos da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n°s 2.445/88 e 2.449/88; que a aplicação da taxa selic a título de juros moratórios é inconstitucional, em razão da sua natureza remuneratória; e, que a taxa referencial (TR) é inaplicável como índice de correção monetária.

A DRJ Brasília/DF julgou o lançamento procedente, *verbis*:

“ARGÜIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Os órgãos julgadores administrativos não são detentores de competência para apreciar argüições de pretensa inconstitucionalidade ou ilegalidade dos diplomas legais.

RECEITA BRUTA. ICMS. EXCLUSÃO.

O ICMS é cobrado do adquirente integrando o preço de venda da mercadoria ou serviço, devendo ser computado no cálculo da receita bruta, para fim de incidência da contribuição, salvo quando cobrado na condição de substituição tributária.”

Em recurso voluntário o contribuinte contestou a aplicação de uma suposta multa agravada e a confecção de uma representação fiscal para fins penais; asseverou a necessidade de observância ao princípio da legalidade e da verdade material, citando doutrina; reafirmou a competência dos órgãos administrativos de julgamento para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade, como corolário do princípio da ampla defesa; reprisou os argumentos de apuração da contribuição pelo lucro bruto, exclusão do ICMS da base de cálculo e da forma de atualização dos juros de mora; questionou a alteração da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins pela Lei nº 9.718/98, tachando-a de inconstitucional; alegou que não foram excluídos do cálculo os produtos submetidos à substituição tributária quando de sua aquisição, referenciando a um anexo que fora juntado, que, todavia, não consta da peça recursal apresentada; concluiu acentuando que não houve crime contra a ordem tributária, mas apenas falta de recolhimento de parcela do tributo devido; alfim, pugnou pela exclusão do ICMS da base de cálculo, bem assim, a taxa selic, e que fosse determinada a realização de diligência para apuração de pretensos valores já retidos a título de substituição tributária.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade, pelo que, dele conheço.

Preliminarmente, em função das repetidas alegações de inconstitucionalidade de normas e a sustentada possibilidade de manifestação deste órgão julgador a respeito do assunto, quero acentuar que, distintamente do que defende o recorrente, é entendimento firme nesta Casa, inclusive com edição de súmula de jurisprudência, que às instâncias administrativas não foi dada tal competência, tratando-se de prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, que detém constitucionalmente o monopólio da jurisdição.

A súmula CARF nº 2 assim dispõe: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Hodiernamente a questão restou pacificada pelas disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, incluído pela Lei nº 11.941/09, cuja redação é a seguinte:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Logo, mostra-se improcedente a assertiva.

Na mesma trilha a argumentação atinente à ampliação da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins pela Lei nº 9.718/98 e a suposta inclusão de produtos submetidos ao regime de substituição de tributária, para a qual requerida diligência para seu levantamento, haja vista que o assunto não foi abordado em sede impugnatória, não sendo objeto de julgamento pela decisão recorrida, o que configuraria a preclusão do direito de recurso em relação a elas, bem assim, não teria a solicitação de diligência observado o que dispõe a norma específica, *ex vi* dos arts. 16, III, IV e 17 do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)."

Demais disso, ainda que fosse possível transpor o óbice erigido, o seu exame não resultaria em proveito algum ao recorrente. A uma, quanto à inconstitucionalidade do conceito de faturamento veiculado pela Lei nº 9.718/98, porquanto não há nenhuma receita distinta da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços, como se extrai dos demonstrativos de fls. 94/97; e, a duas, respeitante à substituição tributária de produtos comercializados, porque o recorrente não indicou a base legal deste regime, os produtos a ele sujeitos, as operações abrangidas ou mesmo apresentou qualquer documento que respaldasse a alegação, tratando-se de menção genérica desacompanhada de elementos representativos de início de prova suficiente a justificar a diligência requerida.

Assim, não conheço das matérias aqui argüidas.

No que tange à aplicação de multa qualificada e a elaboração de representação fiscal para fins penais, compulsando estes autos não constatei indigitada ocorrência, encontrando-se a multa de ofício infligida no seu percentual ordinário de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, sendo, pois, matéria estranha ao lançamento, pelo que, dela também não conheço.

Na seqüência, fincado na premissa consoante a qual as normas válidas e vigentes devem ser obrigatoriamente observadas pelas instâncias administrativas, inclusive aquelas encarregadas de julgamento, não é possível acolher, por falta de previsão legal, a equiparação do contribuinte, para fins de apuração das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, às instituições financeiras e revendas de veículos usados, porquanto se cuida de estabelecimento comercial atacadista, importador e exportador de "secos e molhados", conforme consta de seu contrato social.

Respeitante à exclusão do ICMS da apuração das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, também não vejo como acolher o pleito, eis que, para tanto e a meu juízo, dever-se-ia negar aplicação à Lei nº 9.718/98, que arrola taxativamente as deduções permitidas da receita bruta da pessoa jurídica, dentre elas não figurando a rubrica em comento, ressalva feita ao ICMS apurado na modalidade de substituição tributária, sob pena de inobservância às disposições do já citado art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09.

Destarte, sendo o imposto estadual componente do preço de venda, sua exclusão da base de cálculo das contribuições, a receita bruta, assim entendida aquela derivada da venda de bens e prestação de serviços, depende de norma legal específica.

Tocante a esta matéria, oportuno esclarecer que atualmente encontra-se em debate no Supremo Tribunal Federal, por intermédio do *leading case* RE 240.785-2/MG, de relatoria do Min. Marco Aurélio, interrompido por pedido de vista do Min. Gilmar Mendes e, sob certo aspecto, sobrestado pelo exame da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, todavia, sem manifestação definitiva do Excelso Pretório, como se extrai do informativo publicado por aquele egrégio tribunal, que representa a transcrição das notas taquigráficas tomadas das suas sessões de julgamento:

“O Tribunal iniciou julgamento de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República que tem por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98 (“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. ... § 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.”). Pretende-se, na espécie, com essa declaração, legitimar-se a inclusão, na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos e serviços, desde que não se trate de substituição tributária. Inicialmente, resolvendo a questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de se prosseguir com o julgamento do RE 240785/MG (v. Informativo 437), e não de se iniciar o da ADC, tendo em conta o disposto no art. 138 do RISTF (“Preferirá aos demais, na sua classe, o processo, em mesa, cujo julgamento tenha sido iniciado.”), o Tribunal, por maioria, considerando que o referido dispositivo regimental faz menção à preferência entre processos de mesma classe, deliberou pela precedência do julgamento da ADC. O Min. Celso de Mello, no ponto, ressaltou que o caráter objetivo do processo de fiscalização abstrata imporia e justificaria a precedência do julgamento da ADC em face de um processo de índole meramente subjetiva, sobretudo se considerada a natureza, a extensão e a vinculatividade da decisão que emerge dos processos de controle normativo abstrato. Vencidos, no ponto, o suscitante e os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que o acompanhavam. Em seguida, o Min. Menezes Direito rejeitou a preliminar de não-conhecimento da ação, alegada ao fundamento de inconstitucionalidade superveniente ante a modificação substancial da redação original do art. 195, da CF, pela EC 20/98. O relator entendeu não ter havido alteração substancial do parâmetro de controle de constitucionalidade, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Após, pediu vista dos autos o Min. Marco Aurélio. ADC 18 MC/DF, rel. Min. Menezes Direito, 14.5.2008.(ADC-18)” (Informativo nº 506 do STF)

“O Tribunal retomou julgamento de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República que tem por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98 (“Art. 3º O

faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. ... § 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.”). Pretende-se, na espécie, com essa declaração, legitimar-se a inclusão, na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos e serviços, desde que não se trate de substituição tributária — v. Informativo 506. O Tribunal, após rejeitar todas as preliminares suscitadas, deferiu, por maioria, a medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos os processos em andamento nesta Corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Reconheceu-se haver uma clara divergência de interpretação quanto ao dispositivo em questão em todo o território nacional, o que recomendaria, por uma questão de segurança jurídica, a paralisação das demandas em curso que tratam do tema. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que indeferiam a cautelar. ADC 18 MC/DF, rel. Min. Menezes Direito, 13.8.2008. (ADC-18)” (Informativo nº 515 do STF)”

Portanto, o pretendido abatimento esbarra na ausência de previsão legal para implementação.

Por derradeiro, quanto à utilização da taxa selic como juros de mora para atualização de créditos tributários federais, sua aplicação encontra-se estampada no art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/96, matéria esta já consolidado no verbete da súmula CARF nº 4, *verbis*:

“A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Em face de todo o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento.

Relator Robson José Bayerl

CÓPIA