



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

Processo n° 10120.013038/2008-03
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-002.187 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2014
Matéria PIS e COFINS - AI
Recorrente GALE AGROINDUSTRIAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/04/2004, 01/07/2004 a 31/12/2004, 01/01/2005 a 30/09/2005

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

O Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com a indicação expressa das infrações imputadas ao sujeito passivo e das respectivas fundamentações, constitui instrumento legal e hábil à exigência do crédito tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/04/2004, 01/07/2004 a 31/12/2004, 01/01/2005 a 30/09/2005

BASE DE CÁLCULO. COMPOSIÇÃO.

A base de cálculo da contribuição para o PIS devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal correspondente à receita bruta operacional.

BASE DE CÁLCULO. ICMS FATURADO. EXCLUSÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal para se excluir o valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) faturado da base de cálculo do PIS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/03/2004, 01/08/2004 a 31/12/2004, 01/02/2005 a 30/09/2005

BASE DE CÁLCULO. COMPOSIÇÃO.

A base de cálculo da Cofins devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal correspondente à receita bruta operacional.

BASE DE CÁLCULO. ICMS FATURADO. EXCLUSÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal para se excluir o valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) faturado da base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/04/2004, 01/07/2004 a 31/12/2004, 01/01/2005 a 30/09/2005

INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA DE OFÍCIO. LEI.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA.

Somente ocorre a denúncia espontânea, quando o sujeito passivo confessa a infração e efetua o pagamento do tributo devido, acrescido dos respectivos juros de mora.

MULTA DE OFÍCIO.

No lançamento de ofício para a constituição e exigência de crédito tributário, é devida a multa punitiva nos termos da legislação tributária então vigente.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a suscitada nulidade dos autos de infração e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Possas, Mônica Elisa de Lima, José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Andrada Márcio Canuto Natal e Fábiana Regina Freitas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da DRJ em Brasília (DF) que julgou procedente, em parte, a impugnação apresentada contra os lançamentos das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS), com incidência não cumulativa, e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/04/2004

Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 13

/03/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 08/05/2014 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), com incidência cumulativa, para a competência de janeiro de 2004, e não cumulativa, para as competências de fevereiro de 2004 a setembro de 2005.

As exigências tributárias decorreram de diferenças entre os valores declarados e os efetivamente devidos, apuradas com base nas escritas fiscal e contábil, pelo fato de a recorrente ter excluído das bases de cálculo daquelas contribuições os valores do ICMS faturado, conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de cada auto de infração.

Inconformada com os lançamentos, a recorrente impugnou-os (fls. 872/897 e fls. 919/945), alegando razões, assim resumidas por aquela DRJ:

- a) A fiscalização desconsiderou o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal – que, nos autos do RE 240.785-2, reconheceram não ser devida a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS.
- b) Insurge contra as Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que determinam a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
- c) Alegação de afronta ao art. 195, inciso 1, alínea "h" da Constituição Federal.

No exercício da competência que o legislador constituinte delegou à União, foram instituídas a COFINS e o PIS, pelas Leis nº 9.718, de 1998, nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003, sendo desrespeitados os conceitos de receita e faturamento a que alude a CF, uma vez que equipara esses conceitos.

Em afronta à CF, foram agregados ao faturamento e receita as despesas de ISS e ICMS.

Esses impostos não ingressam de maneira positiva no patrimônio da impugnante, apenas circulam pela sua contabilidade, não representando receita ou faturamento, mas correspondendo a uma despesa, um passivo.

Nesse sentido, o legislador excluiu da base de cálculo das referidas contribuições o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Não haveria porque conferir tratamento diferenciado entre o IPI e o PIS e a COFINS.

Traz a definição de "ingresso" de Aliomar Baleeiro e afirma que o ICMS é considerado mero "movimento de fundo" no caixa das empresas e que constitui receita dos Estados.

Uma vez que a CF veda a instituição de tributos entre os entes tributantes, é de se concluir que as receitas do ICMS não podem ser tributadas.

Sobre o tema, traz lições de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino.

Afirma que a União desrespeitou os limites do art. 195, inciso 1, alínea e acabou por criar nova contribuição, vez que o faturamento ou receita, somados as despesas de ICMS, não é hipótese de incidência prevista no Texto Maior.

Sendo nova contribuição, deveria ter sido utilizada lei complementar para sua instituição, conforme determina o art. 154, inciso I, da CF.

Além disso, deve-se ter em mente que a base de cálculo deve ser a expressão econômica da materialidade do tributo prevista em lei e deve guardar relação com o fato jurídico tributário da operação, sob pena de descaracterização do tributo.

A base de cálculo da COFINS e do PIS não se identifica com seu fato gerador, pois incluem as despesas de ICMS. A desvinculação dos elementos que compõe a regra matriz de incidência das referidas contribuições não é admitida pelo nosso ordenamento jurídico.

d) Ilegalidade do ato administrativo

É dever da autoridade administrativa rever o lançamento se este for eivado de vícios.

A autoridade fazendária está vinculada ao princípio da legalidade.

O principal vício que provoca a invalidade dos atos administrativos é a falta de um de seus elementos essenciais: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

A competência consiste na exigência de que nenhum ato pode ser realizado sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo, sendo tal competência resultante de determinação legal.

Todo ato administrativo tem por objeto a criação ou comprovação de situações jurídicas concernentes às pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.

Alega que fica comprovada a falta de fundamentação legal e de motivação dos autos de infração, pois não respeita às normas constitucionais de respeito ao contraditório e ampla defesa, deixa de considerar a legalidade do ato administrativo e demonstra desapego aos conceitos estipulados na legislação tributária.

e) Denúncia Espontânea – entrega do Dacon antes da lavratura do auto de infração.

Os Dacon originais da impugnante foram apresentados antes do início do procedimento fiscal e da lavratura dos autos de infração.

No curso da ação fiscal, foi permitido que a impugnante retificasse os Dacon para que a fiscalização pudesse elaborar os demonstrativos que deram origem ao auto de infração.

Portanto, é beneficiária da denúncia espontânea, uma vez que teve a permissão de entregar os Dacon retificadores antes da constituição final do auto de infração, descabendo, portanto, a multa de 75% imposta.

Traz decisões dos Conselhos de Contribuintes no julgamento dos recursos 132748 e 132749.

f) Denúncia Espontânea – DCTF não foi instituída Por lei.

A impugnante requer o benefício da denúncia espontânea, tendo em vista que o fundamento para o lançamento fiscal foi a não declaração ou declaração a menor em DCTF do PIS e da COFINS.

A omissão da declaração em DCTF não tem fundamento, pois sua instituição não obedeceu ao princípio da legalidade.

g) Ilegalidade da exigência da DCTF

A DCTF foi instituída por Instrução Normativa e não por lei ordinária, ferindo o princípio da legalidade.

Traz decisões judiciais nesse sentido.

h) Multa de 75% é confiscatória.

Traz decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental nº 202.902-8.

A Lei nº 9.784, de 1999, dispõe que o processo administrativo obedecerá aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não foi observado nos autos de infração.

Traz a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na qual se reconhece, contra a União, o efeito confiscatório das multas desproporcionais aplicadas pelos entes públicos que detêm o poder de aplicá-las.

Cita José Afonso da Silva e afirma que o tributo não pode subtrair mais o que mais do que uma parte razoável do patrimônio ou renda do contribuinte.

Afirma que a multa de 75% aplicada fere o princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da continuidade da empresa, por se tratar de verdadeira liquidação da empresa, uma anexação indevida ao erário.

O auto de infração deve ser anulado pela aplicação de multa excessiva, fere os patamares constitucionais da tributação, pois a pena, mesmo que repreensiva ou sancionatória, não pode ser superior ao gravame.

A Lei nº 9.784, de 1999, veda a aplicação de sanções em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público.

Os autos de infração, se mantidos os valores consignados como multa, ofendem o princípio constitucional da capacidade contributiva, disposto no § 1º do art. 145 da CF.

i) Recolhimento referente à COFINS de janeiro de 2004.

Traz aos autos cópia do DARF recolhido em 13/02/2004, com o código 2172 e valor de R\$ 12.357,10, referente ao período de apuração de janeiro de 2004 (fl. 929).

No Demonstrativo de Apuração referente ao mês de janeiro de 2004 (fl. 930), a fiscalização deixou de abater esse pagamento no valor apurado como devido.

Analizada a impugnação, aquela DRJ julgou-a procedente, em parte, conforme acórdão nº 03-32.761, datado de 24/08/2009, às fls. 972/989, sob as seguintes ementas:

“PIS. BASE DE CÁLCULO. TRATAMENTO DO ICMS. ICMS COMO RECEITA DO ESTADO. CONFIGURAÇÃO DE NOVO TRIBUTO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS, podendo, a partir de fevereiro de 1999, ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.

O faturamento inclui todas as receitas de vendas e o ICMS faz parte dele, por integrar o preço de venda das mercadorias.

Arguições de ilegalidade e inconstitucionalidade fogem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. ILEGALIDADE DO • ATO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Alegação de não observância do contraditório e de cerceamento do direito de defesa balizadas em arguições de ilegalidade e de inconstitucionalidade cuja apreciação os órgãos julgadores administrativos não são detentores de competência para apreciar.

Revisão de ofício do lançamento é competência das DRF.

Não resta provada violação às disposições contidas no art. 142 do CTN.

Não procedem as arguições de nulidade pois não há afronta aos requisitos obrigatórios do lançamento nem qualquer das hipóteses de nulidade previstas no arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ENTREGA DA CONFISSÃO ANTES DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A denúncia espontânea pressupõe que ocorra, antes do início do procedimento fiscal, a confissão da dívida e o recolhimento dos tributos.

Decisões administrativas, sem lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

ILEGALIDADE. LANÇAMENTO FUNDAMENTADO NA NÃO DECLARAÇÃO OU DECLARAÇÃO A MENOR EM DCTF. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA INSTITUÍDA POR INSTRUÇÃO NORMATIVA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA.

O Secretário da RFB é competente para instituir obrigações acessórias, com fundamento no art. 50 do Decreto-Lei nº 2.124, de 1984, na Portaria MF nº 118, de 1994, e no art. 16 da Lei nº 9.779, de 1999.

Ilegalidade da instituição da DCTF por IN afastada, não há que se falar em hipótese de denúncia espontânea.

MULTA 75% CONFISCATÓRIA. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Aplica-se à COFINS o disposto em relação ao lançamento da Contribuição para o PIS, por decorrer dos' mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.

PAGAMENTOS. APROVEITAMENTO.

“Pagamento efetuado pela impugnante deve ser aproveitado.”

Cientificada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 1.000/1.022 e 1.0726/1.047), requerendo sua reforma, a fim que se cancelem os lançamentos, alegando, em síntese, as mesmas razões expendidas na impugnação, ou seja: a) em preliminar, a nulidade dos autos de infração (lançamentos) por falta de fundamentação legal e motivação; e, b) no mérito, que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições e que a multa deve ser afastada por ser confiscatória e por ter havido denúncia espontânea em razão de ter apresentado os Dacon antes do início da fiscalização e durante os atos preparatórios e, embora, não tenha apresentado a DCTF, isto não descaracteriza a denúncia espontânea, tendo em vista que a criação desta declaração não obedeceu ao princípio da legalidade; solicitou também a dedução da quantia de R\$12.357,10 do valor da parcela lançada e exigida para a competência de janeiro de 2004, recolhida em 13/02/2004.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I - Preliminar

A suscitada nulidade dos lançamentos sob o argumento de falta de fundamentação legal e motivação, além de equivocada, não tem amparo legal.

Os autos de infração e, conseqüentemente os lançamento, somente seriam nulos se tivessem sido lavrados por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 59, inciso I:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

[...].”

No presente caso, os autos de infração em discussão foram lavrados por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, servidor competente para exercer fiscalizações externas de pessoas jurídicas e, se constatadas faltas na apuração do cumprimento de obrigações tributárias, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir os créditos tributários por meio do lançamento de ofício.

Ao contrário da alegação da recorrente, a fundamentação legal e a motivação do lançamento de cada uma das contribuições constam expressamente da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de cada auto de infração. O PIS foi lançado e exigido com fundamento na Lei nº 10.637, de 2002, arts. 1º, 3º e 4º (fls. 850) e a Cofins no Decreto nº 4.524, de 2002, art. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 (fls. 860) e na Lei nº 10.833, de 2003, arts. 1º, 3º e 5º (fls. 862); já motivação foi o recolhimento a menor das contribuições devidas, apuradas com base nestes diplomas legais.

Possíveis incorreções e/ ou deficiências não o tornam nulo nem anulável e sim defeituoso ou ineficaz até a sua retificação. Contudo, nada disto foi demonstrado.

Assim, não há que se falar na nulidade dos lançamentos.

II – Mérito

No mérito as questões abrangem: (1) exclusão do valor do ICMS faturado das bases de cálculo das contribuições; (2) inconstitucionalidades das Leis nº 9.718, de 1998, e nº 10.833, de 2003; (3) ocorrência da denúncia espontânea; (4) ilegalidade da exigência da DCTF; (5) multa de 75,0 %; e (6) recolhimento referente a janeiro de 2004.

II-1) exclusão do ICMS.

A recorrente defende a exclusão do valor do ICMS faturado das bases de cálculo das contribuições. Segundo seu entendimento, o valor deste imposto não integra o faturamento da pessoa jurídica por não constituir receita própria e sim de terceiro, e, portanto, não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Ao contrário do seu entendimento, o ICMS faturado compõe a receita operacional bruta da pessoa jurídica e, portanto, integra o seu faturamento, nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, que trata do regime cumulativo da Cofins, e da Lei nº 10.637, de 2002 e da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, que instituíram o regime não cumulativo destas contribuições, assim dispondo:

- Lei nº 9.718, de 1998:

“Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

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;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

V - a receita decorrente da transferência onerosa, a outros contribuintes do ICMS, de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Medida Provisória nº 451, de 2008)

[...].

- Lei nº 10.637, de 30/12/2002:

“Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

II - (VETADO)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - de venda dos produtos de que tratam as Leis nº 9.990, de 21 de julho de 2000, nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, e nº 10.485, de 3 de julho de 2002, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

VI - não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado.

Art. 2º Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

[...]”.

- Lei nº 10.833, de 29/12/2003:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - de venda dos produtos de que tratam as Leis nºs 9.990, de 21 de julho de 2000, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 10.485, de 3 de julho de 2002, e 10.560, de 13 de novembro de 2002, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeito).

[...].

Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

[...].”

Ora, segundo todos os dispositivos legais transcritos, a base de cálculo das contribuições é o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim entendido o total de suas receitas independentemente de suas naturezas e classificação contábil adotada, deduzidos os valores expressamente discriminados. A exclusão do valor do ICMS faturado não foi contemplada.

O ICMS faturado, incluso no preço das mercadorias vendidas e dos serviços prestados, integra o faturamento das pessoas jurídicas. Não há dispositivo legal que permita a exclusão desse tributo da base de cálculo da contribuição para o PIS.

É pertinente registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmula nº 68).

Também, a título de esclarecimento, cabe informar que a constitucionalidade da Cofins sobre o faturamento foi expressamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADC nº 1, de 1º de dezembro de 1993, cuja ementa é a seguinte:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1, 2, 9 (EM PARTE), 10 E 13 (EM PARTE) DA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30.12.91. COFINS. - A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO SE ADSTRINGE AOS LIMITES DO OBJETO FIXADO PELO AUTOR, MAS ESTES ESTÃO SUJEITOS AOS LINDES DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL QUE O AUTOR TEM QUE DEMONSTRAR. - IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTIUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 (COFINS).

AÇÃO QUE SE CONHECE EM PARTE, E NELA SE JULGA PROCEDENTE, PARA DECLARAR-SE, COM OS EFEITOS PREVISTOS NO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 1993, A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1, 2, E 10, BEM COMO DAS EXPRESSÕES "A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O FATURAMENTO DE QUE TRATA ESTA LEI NÃO EXTINGUE AS ATUAIS FONTES DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL" CONTIDAS NO ARTIGO 9, E DAS EXPRESSÕES "ESTA LEI COMPLEMENTAR ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO, PRODUZINDO EFEITOS A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SEGUINTE NOS NOVENTA DIAS POSTERIORES, AQUELA PUBLICAÇÃO,..." CONSTANTES DO ARTIGO 13, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991."

Como o PIS tem a mesma base de cálculo da Cofins, aplica-se também a ele, esse entendimento do STF.

Assim, corretas as autuações, nos termos dos diplomas legais citados e transcritos anteriormente, em virtude da indevida exclusão do ICMS faturado das bases de cálculo do PIS e da Cofins.

II-2) inconstitucionalidades.

A análise e julgamento da suscitada inconstitucionalidade das Leis nº 9.718, de 1998, e nº 10.833, de 2003, por infringência ao inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, ficou prejudicada nesta esfera administrativa.

Trata-se de matéria sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), nos termos da Súmula nº 2 que assim dispõe:

"Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Assim, por força do disposto no art. 72, § 4º, em relação à suscitada inconstitucionalidade, adota-se esta súmula.

II-3) denúncia espontânea.

A alegação de que ocorreu a denúncia espontânea com a apresentação dos DACON é equivocada.

O Código Tributário Nacional (CTN) assim dispõe quanto à denúncia espontânea:

"Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

[...]."

Ora, segundo este dispositivo, somente se configura a denúncia espontânea, quando o sujeito passivo confessa a infração e efetua o pagamento do tributo, se devido, acrescido de juros de mora.

No presente caso, a recorrente não denunciou a infração nem efetuou o pagamento dos tributos devidos, acrescidos dos respectivos juros de mora.

(4) ilegalidade da exigência da DCTF.

As alegações suscitadas quanto à DCTF, inclusive sua instituição por meio de instrução normativa, ficaram prejudicadas, porque o lançamento em discussão não decorreu da falta de apresentação de DCTF, mas da declaração/pagamento a menor das contribuições devidas. A exigência de apresentação de DCTF, ao contrário do seu entendimento, não lhe traz prejuízo, mas benefício, na medida em que as parcelas dos tributos declarados, como no presente caso, não são exigidas por meio de lançamento de ofício, acrescidas de multa, no percentual de 75,0 %, mas apenas de multa moratória.

(5) multa de 75,0 %.

A recorrente defende sua exclusão sob os argumentos de denúncia espontânea e que sua exigência, no percentual de 75,0 % do crédito tributário lançado e exigido configura confisco de seu patrimônio.

A multa de ofício, no percentual de 75,0 % do crédito tributário lançado e exigido, decorre de determina legal e tem como fundamento a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, que assim dispõe:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

[...].”

Trata-se de penalidade pecuniária que atinge o seu objetivo por meio do confisco de parte do patrimônio do infrator. Seria uma incoerência, portanto, aplicar-se o princípio de vedação ao confisco à penalidade pecuniária. Tal princípio somente se aplica aos tributos, e não à multa punitiva, como está claro no texto constitucional.

Considerações sobre a graduação da penalidade não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, inclusive seu percentual, esta deve ser aplicada.

Também, em relação à denúncia espontânea, conforme demonstrado no item II-3, aquela não correu, porque a recorrente não acusou a infração cometida nem efetuou o pagamento das contribuições devidas, acrescidas dos respectivos juros de mora.

II-6) recolhimento referente a janeiro de 2004

A solicitação para que se deduza o valor de R\$12.357,10, recolhido em 13/02/2004, da parcela da Cofins lançada e exigida para a competência de janeiro de 2004, já foi atendida pela autoridade julgadora de primeira instância, conforme consta da decisão recorrida (fls. 989).

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator