



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

Processo n° 10120.013980/2008-63
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-001.896 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2015
Matéria Contribuição para o PIS/Pasep
Recorrente FORMULÁRIOS PILOTO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2005

PIS NÃO-CUMULATIVO. GLOSA DE CRÉDITOS. PROVA. INEXISTÊNCIA.

O ônus probatório é faculdade que assiste àquele que afirma deter o direito positivo e o seu não exercício implica na ausência da tutela do seu interesse. O Princípio da Verdade Material não subsiste à míngua de provas nos autos.

NÃO CUMULATIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE ICMS.

Na sistemática da não cumulatividade, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencidos os conselheiros Daniel Mariz Gudino, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Erika Costa Camargos Autran. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto.

(assinado digitalmente)

Joel Miyazaki – Presidente

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo- Relatora

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Joel Miyazaki (presidente), Winderley Moraes Pereira, Daniel Mariz Gudino, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Erika Costa Camargos Autran.

Relatório

Refere-se o presente processo administrativo de auto de infração para a cobrança de PIS.

Para bem relatar os fatos, transcreve-se o relatório da decisão proferida pela autoridade *a quo*:

Trata-se de Autos de Infração com exigência tributária da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins (fls. 101/107) e da contribuição para o Programa de Integração Social — PIS/Pasep (fls. 108/114), incluindo o principal, multa de ofício proporcional (75%) e juros de mora, calculados até 30/09/2008, conforme demonstrativos consolidados às fls. 101 e 108, totalizando R\$ 890.463,56 de débitos.

Segundo a descrição dos fatos no Auto de Infração (fl. 104), os lançamentos decorreram de procedimento fiscal de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela contribuinte supracitada, que constatou a existência de valores referentes a custos que não seguiam a rotina média de custos aplicados à produção.

Em sua resposta ao Termo de Intimação Fiscal de 10/09/2008, fls. 38 a 40, a contribuinte não apresentou notas fiscais ou outros documentos que pudessem comprovar a realização dos custos declarados como serviços e bens utilizados como insumos no mês de abril de 2005, informando apenas que houve erro no Aproveitamento desses valores como crédito do PIS / Cofins não-cumulativo, conforme declaração à fl. 40.

Os lançamentos lavrados correspondem à diferença de crédito aproveitado a maior e correspondem às seguintes infrações:

- *Cofins incidência não cumulativa — falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins (fls. 103);*
- *PIS (faturamento) incidência não cumulativa — falta ou insuficiência de recolhimento do PIS (fls. 110).*

Os Autos de Infração pela falta de recolhimento da Cofins e do PIS foram lavrados com base nos mesmos elementos de prova.

Cientificado, pessoalmente, das exigências em 17/10/2008 (fls. 107 e 114), o sujeito passivo apresentou em 12/11/2008, impugnação dos autos de infração às fls.117/123, contestando o feito fiscal e pedindo a anulação do lançamento tributário, com os argumentos a seguir expostos:

- alega dificuldades para comprovar a efetiva realização das despesas, dizendo que estaria tentando localizar a documentação em questão, além de afirmar que poderia juntar as referidas provas ao processo a qualquer tempo, em função do Princípio da Verdade Material.*
- alega cerceamento de defesa, o que anularia os lançamentos fiscais efetuados, pelo fato de considerar que não foi concedido prazo suficiente para que a Impugnante pudesse produzir provas efetiva realização dos custos glosados pela Fiscalização;*
- cita o julgamento do RE 240.785 para solicitar a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.*

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente a impugnação, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS:

Exercício: 2005

JUNTADA POSTERIOR DE 1 DOCUMENTOS. FORÇA MAIOR. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

O art. 16, § 4º, "a" do PAF determina que a prova documental será apresentada' na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que, fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior. Na espécie, o pretendido motivo de força maior não restou demonstrado.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DO CITADO VÍCIO.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais; a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente 'a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma,; de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

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.

Apresentado recurso voluntário no qual se repetiram os argumentos defesa, no que tange à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, bem como o de ser ônus da fiscalização fazer prova das glosas dos créditos tomados, com fulcro no art. 142 do CTN.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Inicialmente, no que tange às glosas dos créditos tomados, no âmbito da sistemática não-cumulativa da contribuição, verifica-se que, a despeito de a Recorrente invocar ao seu favor o Princípio da Verdade Material, em nenhum momento apresentou as provas que sustentassem juridicamente os créditos dos quais se aproveitou.

É certo que não assiste razão à Recorrente, pois o Princípio da Verdade Material, por diversas vezes aplicado na jurisprudência desta Corte Administrativa, não subsiste à míngua de provas, pois tão-somente permite a flexibilização do momento processual para apresentação daquelas, além de permitir que, em algumas situações, o próprio julgador administrativo possa, na formação de seu convencimento, perquirir sobre os fatos jurídicos que conformam o objeto da lide. Em outras palavras, persiste aqui o brocardo jurídico segundo o qual, “o que não está nos autos, não está no mundo”.

Nesse contexto, o dever da fiscalização, nos moldes do art.142 do CTN, condiciona-se ao fato de o contribuinte cumprir, por sua vez, o seu dever jurídico de manter contabilidade consistente e toda a documentação correlata.

No caso do PIS na sistemática não-cumulativa, há o direito subjetivo de o contribuinte valer-se dos créditos, desde que cumpra o ônus de comprovar a sua efetiva existência.

Observe-se que o ônus probatório é faculdade que assiste àquele que alega deter o direito positivo, pois, como afirmara Pontes de Miranda “*quem tem interesse na afirmação é quem tem o ônus da prova; ônus, porque o provar é no interesse próprio, para que não caia no vácuo a afirmação*” (in Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., Forense, p.253).

Com relação à alegação da inclusão do ICMS não comporia a base de cálculo do PIS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 08 de outubro de 2014, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário 240785, no qual se discutiu a constitucionalidade da dessa sistemática de composição de base de cálculo, dando provimento ao recurso do contribuinte, não obstante, em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, a decisão valendo apenas para as partes envolvidas no processo.

O mesmo tema está pendente de julgamento pela Suprema Corte, no âmbito do Ação Declaratória de Constitucionalidade 18 e o RE 574706, que teve repercussão geral reconhecida.

O art. 26-A, inciso I do Decreto n. 70235/72, contudo, estabelece que no âmbito do processo administrativo fiscal, excetua-se da vedação aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei, sob fundamento de inconstitucionalidade, *questões que já tenham sido declaradas inconstitucionais por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*; no caso concreto, devem ser reconhecidos os créditos decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em tela.

Em face do exposto julgo parcialmente procedente o recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

Destaco, inicialmente, que minha divergência em relação ao entendimento exposto pela eminente relatora restringe-se ao pleito de não inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para PIS/Pasep.

A este respeito, reproduz-se os dispositivos da Lei nº 10.637/02 que determinam a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, na redação vigente à época dos fatos geradores ora em julgamento:

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:

[...]

Do exposto, extrai-se que a base de cálculo da contribuição em tela corresponde ao faturamento, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Pois bem, o parágrafo 3º deste artigo, que exclui da base de cálculo do tributo determinadas receitas, não determina a exclusão do ICMS. Assim, por ausência de previsão legal, descabe a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto