



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11030.000703/2007-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3003-000.530 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 18 de setembro de 2019
Recorrente NOVA ERA INDUSTRIA DE MINERALIZACAO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF 2.

É vedado às Turmas do CARF pronunciar-se sobre constitucionalidade de norma tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Müller Nonato Cavalcanti Silva – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Antônio Borges (presidente da turma), Vinícius Guimarães, Marcio Robson Costa e Müller Nonato Cavalcanti Silva.

Relatório

Por bem retratar a narrativa fática, adoto o relatório do acórdão de impugnação:

A contribuinte supra identificada foi autuada por ter a fiscalização apontado falta de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social —

PIS/Pasep referente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/10/2004 a 31/12/2004, decorrente de divergências constatadas entre os valores declarados e os escriturados, conforme constou do Auto de Infração e seus anexos, que se encontram As fls. 03 a 06.

Após ter sido cientificada do lançamento, a contribuinte apresentou a impugnação que se encontra As fls. 34 a 45, acompanhada dos documentos de fls. 46 a 90, cujos argumentos de defesa podem ser assim resumidos:

- A impugnante está sujeita ao recolhimento do PIS/Pasep pelo regime da cumulatividade, em virtude de ser optante pelo lucro presumido, entretanto, a Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, ao determinar que a base de cálculo da contribuição seria o faturamento e que este corresponderia a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, afrontou ao disposto no art. 110, do Código Tributário Nacional (CTN), que proíbe a lei tributária de alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos direito privado.

- Esse entendimento foi firmado em julgamentos realizados nas esferas judicial e administrativa, conforme ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, relacionados pela impugnante.

- A apontada divergência entre os valores declarados e os valores escriturados não constitui infração, uma vez que pode ter havido simples erro material, sem intuito de lesão ao erário. Os valores corretos dos débitos não são os apurados pela fiscalização e foram integralmente recolhidos, conforme comprovam os documentos anexados à impugnação, o que torna o auto de infração ilíquido e incerto, devendo ser desconstituído. Esse fato determina a nulidade do auto de infração.

- Imposto sobre Serviços — ISS também não se enquadra no conceito de faturamento, por representar parcela que não pertence à empresa, somente transitando pelo seu patrimônio, devendo ser excluído da base de cálculo do PIS.

- A aplicação da multa de 75% é totalmente descabida e sem fundamentos, pois não é devido o principal, em virtude da nulidade do auto de infração. Além disso, a multa é inconstitucional, visto que foi criada por ato legal impróprio, já que somente poderia ser instituída por lei complementar e foi veiculada por meio do art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996.

- A aplicação da multa no percentual de 75% é inconstitucional por representar confisco, em ofensa ao disposto no art. 150, da Constituição Federal (CF).

- A cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic é inconstitucional, por estar sua instituição maculada por vícios de origem legislativa, visto ter sido criada para atender ao sistema financeiro nacional, com natureza remuneratória própria dos títulos transacionados no mercado de capitais e ter sido instituída por lei ordinária, quando deveria ter sido instituída por meio de lei complementar.

- A exigência de juros com base na taxa Selic apresenta três ilegalidades, pois sua aplicação representa "bis in idem", por ser aplicada como juros moratórios, remuneratórios e até como índice de correção monetária; por representar a sua aplicação em aumento de tributo sem previsão legal; e por representar afronta ao disposto no art. 192, § 3º, da CF, que estabelece que as taxas de juros reais não podem ser superiores a 12% ao ano.

Requeru a impugnante que seja anulado o lançamento por ser ilícito e incerto e por já ter sido recolhido o valor devido; que seja declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de 1998; que seja excluído o ISS da base de cálculo do PI S/Pasep; e que sejam excluídos do lançamento a multa abusiva e os juros de mora, devendo a primeira ser atenuada e os juros e a multa declarados inconstitucionais.

A tempestividade da impugnação foi atestada à fl. 91. As fls. 92 e 93, foi anexado extrato do sistema SINAL10; às fls. 94 a 104, extrato de consulta à D113.1/2005; e à fl 105, extrato de consulta ao sistema 1RPJ.

Inconformada, a Recorrente socorre-se a este Conselho por meio do presente Recurso Voluntário alegando, em síntese, as mesmas matérias apostas na impugnação para, ao final, pedir o total provimento.

São os fatos.

Voto

Conselheiro Müller Nonato Cavalcanti Silva, Relator.

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos formais de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

1 Das Alegações de Inconstitucionalidade

A Recorrente aduz nas suas razões recursais que este Conselho deve pronunciar-se sobre suas alegações de inconstitucionalidade do Decreto 4.524/2002. Razão não lhe assiste. Pelo império do enunciado da Súmula CARF 2 é vedado às turmas de julgamento apreciar alegações de inconstitucionalidade, pois trata-se de função típica do Poder Jurisdicional.

Súmula CARF n.º 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Sendo pelo exposto, furto-me de apreciar a alegação de inconstitucionalidade do Decreto 4.524/2002.

2 Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Recorrente sustenta preliminar de nulidade do Auto de Infração sob o argumento de iliquidez, incerteza e supostos fundamentos em dispositivos inconstitucionais.

A nulidade do Auto de Infração somente poderá ser suscitada em hipótese de desrespeito ao art. 10 do Decreto 70.235/1972. Entendo que a decretação de nulidade é medida extrema que somente deve ser considerada em efetivo e prejuízo ao contribuinte ou à legislação fiscal.

No caso em tela não se afere qualquer mácula no Auto de Infração que justifique a decretação de sua nulidade, vez que corresponde ao que determina a norma vigente e a mera discordância da Recorrente não pode subsistir como base para anular ato administrativo em forma perfeita.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguida.

3 Da Exigência de Contribuição ao PIS

Como se pacificou a jurisprudência neste Tribunal Administrativo, o ônus da prova é devido àquele que pleiteia seu direito. Portanto, para fato constitutivo do direito de crédito o contribuinte deve demonstrar de forma robusta ser detentor do crédito ou, em situações extremas, demonstrar indícios convergentes que levem ao entendimento de que as alegações são verossímeis. Sobre ônus da prova em compensação de créditos transcrevo entendimento da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), em decisão consubstanciada no acórdão de nº 9303-005.226, a qual me curvo para adotá-la neste voto:

"...o ônus de comprovar a certeza e liquidez do crédito pretendido compensar é do contribuinte. O papel do julgador é, verificando estar minimamente comprovado nos autos o pleito do Sujeito Passivo, solicitar documentos complementares que possam formar a sua convicção, mas isso, repita-se, de forma subsidiária à atividade probatória já desempenhada pelo contribuinte. Não pode o julgador administrativo atuar na produção de provas no processo, quando o interessado, no caso, a Contribuinte não demonstra sequer indícios de prova documental, mas somente alegações."

No caso concreto, já em sua impugnação perante o órgão a quo, a Recorrente deveria ter reunido todos os documentos suficientes e necessários para a demonstração da certeza e liquidez do crédito pretendido.

A regra maior que rege a distribuição do ônus da prova encontra amparo no art. 373 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

O dispositivo transcrito é a tradução do princípio de que o ônus da prova cabe a quem dela se aproveita. E esta formulação também foi, com as devidas adaptações, trazida para o processo administrativo fiscal, vez que a obrigação de provar está expressamente atribuída à Autoridade Fiscal quando realiza o lançamento tributário, para o sujeito passivo, quando formula pedido de repetição de indébito/ressarcimento.

As provas devem ser compreendidas como um meio apto a formar convencimento daquele que avalia determinada situação fática. No caso em testilha, o que deve ser compreendido e elevado ao patamar de prova são quaisquer elementos, aptos a dissuadir o julgador a tomar como verdadeira as alegações enunciadas nos autos.

Valiosas as lições sobre prova do notável processualista italiano Francesco Carnelutti:

As provas são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou inexistência de um fato passado. A certeza resolve-se, a rigor, em uma máxima probabilidade.

Já a finalidade da prova é a formação da convicção do julgador quanto à existência dos fatos. Em outras linhas, um dos principais objetivos do direito é fazer prevalecer a justiça. Para que uma decisão seja justa, é relevante que os fatos estejam provados a fim de que o julgador possa estar convencido da sua ocorrência.

Em virtude dessas considerações, é importante lembrar alguns preceitos que norteiam a busca da verdade real por meio de provas materiais.

Dinamarco afirma:

Todo o direito opera em torno de certezas, probabilidades e riscos, sendo que as próprias certezas não passam de probabilidades muito qualificadas e jamais são absolutas porque o espírito humano não é capaz de captar com fidelidade e segurança todos os aspectos das realidades que o circulam.

O convencimento do julgador forma-se pela aferição dos elementos da ocorrência do fato, que assumem status de certeza. Mas não basta ter certeza, inafastável o efeito psicológico da prova, que promove o convencimento do julgador no intuito de prolatar decisão que representa a verdade.

Regressando aos autos, foi apontada divergência de escrituração e recolhimento do PIS pela autoridade fiscal e demonstrada documentalmente pela apuração. Muito embora a Recorrente tenha alegado fato modificativo do direito ao argumentar que o montante apurado pelo Fisco tenha sido devidamente recolhido, não logrou êxito em fazer a contra-prova; ou seja, não conseguiu demonstrar que a autoridade fiscal tenha se equivocado ao efetuar o lançamento.

Pelas razões apontadas que dizem respeito à distribuição do ônus da prova, deve o acórdão recorrido ser mantido.

4 Da Exclusão do ISS da Base de Cálculo da Contribuição ao PIS

A Recorrente reitera em Recurso Voluntário o pleito para a exclusão do PIS da base de cálculo da contribuição ao PIS. Razão não lhe assiste.

A base de cálculo do PIS/Pasep corresponde à totalidade das receitas da pessoa jurídica, conforme disposto no art. 2º, do Decreto n.º 4.524, de 17 de dezembro de 2002, que regulamentou a cobrança das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, com as exclusões determinadas nos artigos 22 e 23,:

Art. 2º As contribuições de que trata este Decreto têm como fatos geradores (Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 2º, e Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, art. 13):

I - na hipótese do PIS/Pasep:

- a) o auferimento de receita pela pessoa jurídica de direito privado; e
- b) a folha de salários das entidades relacionadas no art. 9º ;e

II - na hipótese da Cofins, o auferimento de receita pela pessoa jurídica de direito privado.

Parágrafo único. Para efeito do disposto na alínea "a" do inciso I e no inciso II, compreende-se como receita a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade exercida pela pessoa jurídica e da classificação contábil adotada para sua escrituração.

[...]

Art. 22. Para efeito de apuração da base de cálculo de que trata este capítulo, observado o disposto no art. 23, podem ser excluídos ou deduzidos da receita bruta, quando a tenham integrado, os valores (Lei n.º 9.718, de 1998, art. 3º):

I - das vendas canceladas;

II - dos descontos incondicionais concedidos;

III - do Imposto sobre Produtos Industrializados (IP1);

IV - do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de

Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte

Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), quando

destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou

prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

V - das reversões de provisões;

VI- das recuperações de créditos baixados como perdas, limitados aos valores efetivamente baixados, que não representem ingresso de novas receitas;

VII - dos resultados positivos da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita, inclusive os derivados de empreendimento objeto de Sociedade em Conta de Participação (SCP); e

VIII - das receitas decorrentes das vendas de bens do ativo permanente.

§ 1º Não se aplica a exclusão prevista no inciso V na hipótese de provisão que tenha sido deduzida da base de cálculo quando de sua constituição.

§ 2º Na hipótese de o valor das vendas canceladas superar o valor da receita bruta do mês, o saldo poderá ser compensado nos meses subsequentes.

Art. 23. Para efeito de cálculo do PIS/Pasep não-cumulativo, com a alíquota prevista no art. 59, podem ser excluídos da receita bruta, quando a tenham integrado, os valores (Medida Provisória n.º 66, de 2002, art. 1.º § 3.º, inciso V, e Medida Provisória n.º 75, de 2002, art. 36):

I - das vendas canceladas;

- dos descontos incondicionais concedidos;

III- do IPI;

IV - do ICMS, quando destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

V - das reversões de provisões;

VI - das recuperações de créditos baixados como perdas, que não representem ingresso de novas receitas; e

VII - dos resultados positivos da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

Verifica-se que a legislação não contempla a exclusão dos valores correspondentes ao ISSQN da base de cálculo do PIS/Pasep. Ainda, há de se recordar que este Conselho não detém competência para afastar aplicação de norma válida, razão pela qual não deve prosperar o pleito da Recorrente.

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar a preliminar arguida e no mérito negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Müller Nonato Cavalcanti Silva

Fl. 8 do Acórdão n.º 3003-000.530 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11030.000703/2007-81