



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

Processo nº 12448.723168/2015-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.085 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de agosto de 2017
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO PIS COFINS
Recorrente MANGUINHOS DISTRIBUIDORA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

VERDADE MATERIAL. ÔNUS DA PROVA. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL.

A escrituração faz prova contra o contribuinte, nos termos do art. 226 do Código Civil. O lançamento fundamentado em escrituração é hígido. Alegações de fato não comprovadas não alteram o valor probante da escrituração. Não obstante, a glosa procedida pelo Fisco, quando sem justificativa, deve ser afastada.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. TIPIFICAÇÃO. EFEITO CONFISCATÓRIO.

A constatação de negligência reiterada por parte do contribuinte em colaborar no alcance da verdade material dos fatos tributários, e no esclarecimento dos registros contábeis, enseja o agravamento da multa de ofício, conforme art. 44, §2º, inciso II da Lei 9.430/96. O princípio da vedação ao confisco é dirigido ao legislador e ao controle jurisdicional da constitucionalidade. Não é dado ao julgador administrativo afastar multa legalmente prevista com base em considerações de inconstitucionalidade. Súmula Carf nº 2.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2011

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

O ICMS integra os valores contidos no conceito de receita bruta, conforme legislação, e compõe a base de cálculo do Pis e da Cofins, conforme julgamento do STJ no Resp 114469/PR, no regime de recursos repetitivos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

O ICMS integra os valores contidos no conceito de receita bruta, conforme legislação, e compõe a base de cálculo do Pis e da Cofins, conforme julgamento do STJ no Resp 114469/PR, no regime de recursos repetitivos.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, que dava provimento para exclusão do ICMS da base de cálculo.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Giovani Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Orlando Rutigliani Berri (suplente convocado), Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Renato Vieira de Ávila (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de autos de infração de Pis e Cofins. A empresa em foco é distribuidora de álcool hidratado, cuja tributação pelo Pis e Cofins está regida, principalmente, pelo artigo 5º da Lei 9.718/98, alterado pelo art. 7º da Lei 11.727/2008:

Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasepe e a Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive para fins carburantes, serão calculadas com base nas alíquotas, respectivamente, de: (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

I – 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) e 6,9% (seis inteiros e nove décimos por cento), no caso de produtor ou importador; e (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

II – 3,75% (três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) e 17,25% (dezessete inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), no caso de distribuidor. (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 1º Ficam reduzidas a 0% (zero por cento) as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta de venda de álcool, inclusive para fins carburantes, quando auferida: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

I – por distribuidor, no caso de venda de álcool anidro adicionado à gasolina; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

II – por comerciante varejista, em qualquer caso; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

III – nas operações realizadas em bolsa de mercadorias e futuros. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 2º A redução a 0 (zero) das alíquotas previstas no inciso III do § 1º deste artigo não se aplica às operações em que ocorra liquidação física do contrato. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 3º As demais pessoas jurídicas que comerciem álcool não enquadradas como produtor, importador, distribuidor ou varejista ficam sujeitas às disposições da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis à pessoa jurídica distribuidora. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 4º O produtor, o importador e o distribuidor de que trata o caput deste artigo poderão optar por regime especial de apuração e pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no qual as alíquotas específicas das contribuições são fixadas, respectivamente, em: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

I – R\$ 23,38 (vinte e três reais e trinta e oito centavos) e R\$ 107,52 (cento e sete reais e cinquenta e dois centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

II – R\$ 58,45 (cinquenta e oito reais e quarenta e cinco centavos) e R\$ 268,80 (duzentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 5º A opção prevista no § 4º deste artigo será exercida, segundo normas e condições estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, até o último dia útil do mês de novembro de cada ano-calendário, produzindo efeitos, de forma irretratável, durante todo o ano-calendário subsequente ao da opção. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 6º No caso da opção efetuada nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, a Secretaria da Receita Federal do Brasil divulgará o

nome da pessoa jurídica optante e a data de início da opção. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 7º A opção a que se refere este artigo será automaticamente prorrogada para o ano-calendário seguinte, salvo se a pessoa jurídica dela desistir, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, até o último dia útil do mês de novembro do ano-calendário, hipótese em que a produção de efeitos se dará a partir do dia 1º de janeiro do ano-calendário subsequente. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 8º Fica o Poder Executivo autorizado a fixar coeficientes para redução das alíquotas previstas no caput e no § 4º deste artigo, as quais poderão ser alteradas, para mais ou para menos, em relação a classe de produtores, produtos ou sua utilização. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, os coeficientes estabelecidos para o produtor e o importador poderão ser diferentes daqueles estabelecidos para o distribuidor. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 10. A aplicação dos coeficientes de que tratam os §§ 8º e 9º deste artigo não poderá resultar em alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins superiores a, respectivamente, 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) do preço médio de venda no varejo. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 11. O preço médio a que se refere o § 10 deste artigo será determinado a partir de dados colhidos por instituição idônea, de forma ponderada com base nos volumes de álcool comercializados nos Estados e no Distrito Federal nos 12 (doze) meses anteriores ao da fixação dos coeficientes de que tratam os §§ 8º e 9º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 12. No ano-calendário em que a pessoa jurídica iniciar atividades de produção, importação ou distribuição de álcool, a opção pelo regime especial poderá ser exercida em qualquer data, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês em que for exercida. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 13. O produtor e o importador de álcool, inclusive para fins carburantes, sujeitos ao regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins podem descontar créditos relativos à aquisição do produto para revenda de outro produtor ou de outro importador. (Redação dada pela Lei nº 12.859, de 2013)

§ 14. Os créditos de que trata o § 13 deste artigo correspondem aos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos pelo vendedor em decorrência da operação. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 15. O disposto no § 14 deste artigo não se aplica às aquisições de álcool anidro para adição à gasolina, hipótese em que os valores dos créditos serão estabelecidos por ato do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 16. Observado o disposto nos §§ 14 e 15 deste artigo, não se aplica às aquisições de que trata o § 13 deste artigo o disposto na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos)

§ 17. Na hipótese de o produtor ou importador efetuar a venda de álcool, inclusive para fins carburantes, para pessoa jurídica com a qual mantenha relação de interdependência, o valor tributável não poderá ser inferior a 32,43% (trinta e dois inteiros e quarenta e três centésimos por cento) do preço corrente de venda desse produto aos consumidores na praça desse produtor ou importador. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos) (Vide Medida Provisória nº 497, de 2010)

§ 18. Para os efeitos do § 17 deste artigo, na verificação da existência de interdependência entre 2 (duas) pessoas jurídicas, aplicar-se-ão as disposições do art. 42 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). (Produção de efeitos) Vide Medida Provisória nº 497, de 2010)

§ 19. O disposto no § 3º não se aplica às pessoas jurídicas controladas por produtores de álcool ou interligadas a produtores de álcool, seja diretamente ou por intermédio de cooperativas de produtores, ficando sujeitas às disposições da legislação da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis à pessoa jurídica produtora. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009)

Relata o auditor-fiscal que a empresa foi omissa em apresentar DCTF e Dacon. Após inúmeras intimações para esclarecimentos, o auditor-fiscal apurou as contribuições a partir dos balancetes constantes no sistema público de escrituração digital - SPED. A base de cálculo foi a conta Receita Bruta com a Venda de Álcool Hidratado – 3.1.1.01.001.00028, apurando créditos a partir das contas PIS A RECUPERAR – 1.1.3.05.006 e COFINS A RECUPERAR – 1.1.3.05.007. As planilhas com a apuração estão às fls. 654 e 655.

A multa de ofício foi agravada em 50%, para 112,5%, nos termos da Lei 9.430/96, art. 44, §2º, inciso II¹. O auditor-fiscal afirma que a empresa foi negligente em atender às intimações. Transcrevo a parte pertinente do relatório fiscal (fl. 652):

¹ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

“No que se refere ao pedido de esclarecimentos a respeito da ausência de declaração e recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS, objeto do TIF nº 3, cuja ciência se deu em 20/03/2014, a fiscalizada alega que estaria com dificuldades de implantação de um novo sistema de apuração que seria capaz de gerar os demonstrativos e declarações exigidos. Solicitou para tanto, inicialmente, mais quarenta dias de prazo, em resposta de 09/04/2014. Reiterou tal pedido em 14/07/2014, rogando por mais trinta dias “para apresentação dos resultados dos trabalhos que foram implementados para a disponibilização dos dados das contribuições sociais”. No entanto, não houve o cumprimento e as intimações foram reiteradas nos termos de nº 5 – item 2, de 16/07/2014 e no de nº 6 – item 1, de 01/09/2014. Este último com a exigência de apresentação dos arquivos digitais complementares do PIS/COFINS (ADE/Cofis/RFB nº 15/2001, anexo único, item 4.10), exigidos das pessoas jurídicas que utilizam sistema de processamento eletrônico para registro de suas operações. Desde então foram recebidos nada menos que outras nove solicitações de extensão de prazo, com regularidade mensal, repetindo-se a mesma argumentação inicial. A última recebida é de 09/03/2015.

Portanto, a despeito do prazo concedido, cerca de um ano, a fiscalizada não logrou apresentar sequer os demonstrativos de apuração das bases de cálculo daquelas contribuições, permanecendo omissa quanto ao DACTON e a DCTF. Exigiu, dessa forma, que a fiscalização o fizesse de ofício, de modo a permitir o cálculo e o lançamento dos créditos tributários devidos.”

Cientificada, a empresa apresentou Impugnação, na qual apresenta suas razões de defesa, em resumo:

- preliminarmente, sustenta a nulidade do lançamento, porque não teria alcançado a verdade material. Aduz e colaciona considerações doutrinárias acerca do amplo direito de defesa, do ônus da prova, da fundamentação do lançamento e da verdade material;

- no mérito, argumenta pela exclusão do ICMS-Substituição da base de cálculo das contribuições; apresenta planilha de apuração que considera correta;

- defende a exclusão do ICMS próprio da base de cálculo das contribuições, a partir de jurisprudência do STF;

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

- sustenta a legalidade dos créditos apurados, trazendo diversos dispositivos legais e normativos como suporte;

- Pede pela exoneração da multa de ofício, por entendê-la como confiscatória, em especial a parte relativa ao agravamento; assevera não ter sido notificada do atraso do atendimento;

A DRJ/Porto Alegre/RS, por meio do acórdão 10-57.171, de 24/06/2016, prolatado pela 2ª Turma, decidiu pela improcedência da Impugnação, mantendo integralmente o lançamento. Transcrevo a ementa:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2011

Ementa:

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Demonstrada inequivocamente a motivação do ato administrativo, estando os dispositivos legais que fundamentam a exigência tributária inseridos no relatório fiscal e no auto de infração, o que é suficiente para proporcionar a ampla defesa à autuada, não se cogitando de qualquer nulidade.

BASES DE CÁLCULO. DIFERENÇAS. Identificadas pela fiscalização diferenças entre as bases de cálculo do PIS e da COFINS apuradas em função de dados dos balancetes, diferenças essas que não foram justificadas pela interessada, nem no curso do procedimento fiscal, nem na impugnação, ocasião em que foram apresentadas apenas alegações com suporte documental insuficiente, mantém-se a exigência da contribuição ao

PIS e da COFINS incidentes sobre tais diferenças.

EXCLUSÃO DO ICMS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. A parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo da Cofins e do Pis por se tratar de tributo que integra o preço de venda de mercadorias e serviços e por não haver previsão legal para a sua exclusão.

*ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A exclusão da base de cálculo de valores correspondentes ao ICMS- Substituição só pode ser efetuada com base em permissivo legal para a hipótese e quando o contribuinte **responsável** pelo pagamento daquele tributo apresentar prova documental da ocorrência da referida retenção bem como demonstrar sua inclusão no valor tributável que ensejou o lançamento.*

MULTA DE OFÍCIO MAJORADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Cabível a aplicação da multa de ofício no percentual de 112,5% previsto no inciso II, art 44, da Lei 9.430/96, nos casos em que o sujeito passivo não atende, no prazo marcado, intimação para prestar esclarecimentos.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2011

Por envolver os mesmos elementos fáticos, aplica-se o decidido em relação à Cofins no julgamento das questões envolvendo o litígio da contribuição para o PIS.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Sobreveio o Recurso Voluntário, no qual a recorrente reitera as razões da Impugnação. Acrescenta, em reforço, que os valores utilizados pelo auditor-fiscal não conferem com os valores contabilizados; que o auditor-fiscal não teria utilizado os saldos credores de cada mês nos meses subsequentes; e por isto, reitera o pedido de nulidade, a legalidade dos créditos, a exclusão do ICMS-ST, a exclusão do ICMS próprio, o afastamento da multa de ofício agravada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Giovani Vieira - Relator

Preliminar de nulidade

A recorrente alega que o lançamento não teria atingido a verdade material e careceria de firme fundamentação.

Não lhe assiste razão nesta parte. A fundamentação do lançamento está na contabilidade da empresa, em especial, nos balancetes (fls. 628 a 651). Os registros contábeis fazem prova contra o contribuinte, nos termos do art. 226 do Código Civil:

“Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e em seu favor, quando escrituradas sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos”

Desse modo, qualquer divergência quanto ao que está contabilizado deve ser comprovado pela recorrente.

No Recurso Voluntário, a recorrente assevera que os valores utilizados pelo Fisco não conferem com os valores contabilizados. Todavia, não é o que se verifica. Comparando a planilha fiscal (fls. 654) com os valores dos balancetes, constata-se a convergência, com exceção de pequenas diferenças:

	Contas Contábeis Créditos a Recuperar fls. 639 a 651	Valores usados pelo Fisco fl. 654	Diferença
Cofins			
jan	3.765.077,00	3.765.077,00	0,00
fev	3.785.989,31	3.785.989,31	0,00
mar	4.181.968,26	4.181.968,26	0,00
abr	2.607.121,89	2.607.121,89	0,00
mai	2.097.152,05	2.097.152,05	0,00
jun	2.656.305,78	2.656.305,76	0,02
jul	1.624.099,49	1.620.331,80	3.767,69
ago	1.359.113,45	1.359.113,45	0,00
set	1.465.349,72	1.465.349,72	0,00
out	2.404.031,37	2.391.139,75	12.891,62
nov	3.283.983,56	3.283.728,01	255,55
dez	4.047.889,65	4.047.643,81	245,84

Pis			
jan	818.483,89	818.483,89	0,00
fev	823.028,75	823.028,75	0,00
mar	909.107,95	909.107,95	0,00
abr	566.700,92	566.700,92	0,00
mai	455.889,97	455.889,97	0,00
jun	577.445,24	577.445,24	0,00
jul	353.056,34	352.237,28	819,06
ago	295.447,69	295.447,69	0,00
set	318.529,05	318.529,05	0,00
out	548.171,17	519.801,78	28.369,39
nov	713.896,62	713.841,14	55,48
dez	879.964,14	879.910,77	53,37

Os valores de receita bruta convergem em todos os meses, conforme os mesmos documentos citados.

De outro lado, a planilha de apuração apresentada pela empresa na Impugnação (fl. 746) apresenta valores inteiramente diferentes dos contabilizados.

Ora, tais diferenças na apuração fiscal não ensejam a nulidade do lançamento, mas sua correção, o que de fato deve ser feito, no mérito.

A nulidade somente deve ser declarada nos casos previsto no art. 59 do PAF – Decreto 70.235/72², que não se verificam no presente caso. Também não se constata ausência de quaisquer dos requisitos formais do art. 10³ do mesmo Decreto.

² Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Afasto, pois, a preliminar.

Mérito

Legalidade dos Créditos

A recorrente sustenta a legalidade dos créditos de Pis e Cofins. Ora, não há controvérsia nessa matéria de direito. De fato, o auditor-fiscal concedeu os créditos contabilizados, conforme relatado, com exceção das pequenas diferenças apontadas em preliminar. Há, portanto, apenas pequenas divergências de valores, e não divergência de interpretação do direito, nesta matéria.

Verifico que não há, no Relatório Fiscal, qualquer referência quanto a essas diferenças, razão pela qual assiste parcial razão à recorrente nesta divergência de valores. Os valores contabilizados como contribuições a recuperar devem ser totalmente reconhecidos como passíveis de creditamento, uma vez que não há qualquer acusação quanto à sua impropriedade. Presumo que tal fato tenha ocorrido por lapso no lançamento.

Por outro lado, não corresponde à verdade a alegação, da recorrente, de que o auditor-fiscal não teria aproveitado os saldos credores de um mês nos meses subsequentes. A planilha de fls. 654 apresenta o respectivo cálculo, permitindo confirmar que os eventuais saldos credores dos meses positivos foram aproveitados nos meses subsequentes.

Portanto, nesta matéria, o lançamento deve ser corrigido, para incluir as diferenças de créditos contabilizados, conforme apurado na planilha abaixo, reajustando-se as respectivas bases de cálculo.

	Contas Contábeis Créditos a Recuperar fls. 639 a 651	Valores usados pelo Fisco fl. 654	Diferença
Cofins			
jan	3.765.077,00	3.765.077,00	0,00
fev	3.785.989,31	3.785.989,31	0,00
mar	4.181.968,26	4.181.968,26	0,00

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

³ Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

abr	2.607.121,89	2.607.121,89	0,00
mai	2.097.152,05	2.097.152,05	0,00
jun	2.656.305,78	2.656.305,76	0,02
jul	1.624.099,49	1.620.331,80	3.767,69
ago	1.359.113,45	1.359.113,45	0,00
set	1.465.349,72	1.465.349,72	0,00
out	2.404.031,37	2.391.139,75	12.891,62
nov	3.283.983,56	3.283.728,01	255,55
dez	4.047.889,65	4.047.643,81	245,84

Pis			
jan	818.483,89	818.483,89	0,00
fev	823.028,75	823.028,75	0,00
mar	909.107,95	909.107,95	0,00
abr	566.700,92	566.700,92	0,00
mai	455.889,97	455.889,97	0,00
jun	577.445,24	577.445,24	0,00
jul	353.056,34	352.237,28	819,06
ago	295.447,69	295.447,69	0,00
set	318.529,05	318.529,05	0,00
out	548.171,17	519.801,78	28.369,39
nov	713.896,62	713.841,14	55,48
dez	879.964,14	879.910,77	53,37

ICMS próprio na base de cálculo das contribuições

A recorrente sustenta que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições não-cumulativas, apresentando jurisprudência a respeito.

A base de cálculo da Cofins, nos termos da legislação vigente à época dos fatos geradores, é a receita bruta, cf. art. 1º, caput, e §1º, da Lei 10.833/2003:

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.

A Receita Bruta é definida pelo art. 12 do Decreto-lei 1.598/77, com a seguinte redação então vigente:

Art. 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§1º A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Como se vê, a exclusão dos tributos incidentes somente se faz para encontrar o valor da receita líquida, conforme §1º. Para o Pis (Lei 10.637/2002) a redação é semelhante.

Desse modo, conforme expressa definição legal, a base de cálculo do Pis e da Cofins abrange os tributos incidentes sobre a receita bruta ou faturamento, tais como o ICMS e o ISS.

O Carf não pode afastar a aplicação da Lei sob considerações de inconstitucionalidade, de acordo com a Súmula 2 e artigo 26-A do Decreto 70.235/72:

Súmula 2:

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

Art. 26-A do PAF:

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.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

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;

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

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.

As exceções do §6º não estão caracterizadas. Também não se verificam as exceções tratadas no §1º do artigo 62 do Regimento Interno do Carf – RICARF.

Pelo contrário, o STJ, no Resp 114469/PR decidiu, no regime de recursos repetitivos, com trânsito em julgado em 13/03/2017, que o ICMS integra as bases de cálculo do Pis e da Cofins.

O STF decidiu de forma diferente, no RE 574.706, em regime de repercussão geral, porém o processo ainda não é definitivo, não sendo vinculante para os colegiados do

Carf, nos termos do §2º do art. 62⁴ do Ricarf. Com efeito, a falta de definitividade não enseja a imediata aplicação da decisão, porque é possível ainda a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada.

Pelo exposto, não acolho os motivos de defesa nesta matéria.

ICMS-Substituição

Sustenta a recorrente que o ICMS-ST não integra a base de cálculo do Pis e da Cofins.

Também não há controvérsia nessa matéria. Não há dúvidas de que o ICMS-ST não compõe a base de cálculo das contribuições em foco, cf. art. 12, §4º, do Decreto-lei 1.598/77, já citado.

Trata-se, na verdade, de discussão impertinente, porque não há, no Relatório Fiscal, qualquer referência à inclusão do ICMS-ST na base de cálculo. O que houve foi o lançamento sobre a receita bruta, e foram aproveitados todos os créditos contabilizados, com exceção das pequenas diferenças referidas em preliminar. Ressalto que a empresa foi exaustivamente intimada a apresentar demonstrativo de apuração das contribuições, e não cumpriu o que foi intimado.

Os documentos trazidos pela recorrente (fls. 747 a 764) em sede de recurso não apontam o destaque de ICMS-ST. Pelo contrário, as notas fiscais juntadas informam valor zero tanto para a base de cálculo do ICMS-ST quanto para o valor devido de ICMS-ST. Não há nos autos qualquer notícia de incidência de ICMS-ST, ou de sua inclusão na base de cálculo.

Portanto, não há como dar razão ao contribuinte.

Multa agravada

O agravamento da multa de ofício, prevista no §2º, art. 44 da Lei 9.430/96⁵, tem como fundamento teleológico o incentivo para que o contribuinte colabore no alcance da verdade material dos fatos tributários.

Essa colaboração é dever do contribuinte, art. 4º da Lei 9.874/99⁶.

⁴ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

⁵ § 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

No presente caso não houve essa colaboração. Com efeito, conforme relatado, houve nove intimações respondidas de modo repetitivo, no sentido de alteração do sistema, sem que o contribuinte apresentasse razões de fato a justificar tanto atraso na operacionalização de seus sistemas, atrasos que se estenderam por um ano.

A disponibilização da contabilidade no sistema público de escrituração digital – SPED não exime o contribuinte do dever de apresentar esclarecimentos quanto aos fatos contabilizados, e apresentação dos arquivos digitais, conforme previsto no artigo 11 da Lei 8.218/91⁷.

A Súmula Carf nº 96⁸ não se aplica ao caso, por não se tratar de arbitramento. Nos casos de arbitramento, a omissão do contribuinte prejudica a ele mesmo, enquanto, no presente caso, a ação omissiva é prejudicial aos objetivos do processo administrativo.

Desse modo, a tipificação da penalidade está caracterizada, sem necessidade de outros requisitos, tais como a alegada falta de notificação de atraso, requisito este ausente da Lei. A comprovação de prejuízo é prescindível, nos termos do art. 136⁹ do CTN.

Quanto às alegações de efeito confiscatório, tal diretriz constitucional é dirigida ao legislador e ao controle jurisdicional da constitucionalidade. Não é dado ao julgador administrativo afastar multa legalmente prevista com base em considerações de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula Carf nº 2¹⁰.

Conclusão

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para ajustar os créditos apurados pelas diferenças calculadas na planilha abaixo:

	Contas Contábeis Créditos a Recuperar fls. 639 a 651	Valores usados pelo Fisco fl. 654	Diferença

⁶ Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III - não agir de modo temerário;

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

⁷ Art. 11. As pessoas jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, ficam obrigadas a manter, à disposição da Secretaria da Receita Federal, os respectivos arquivos digitais e sistemas, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária.

⁸ Súmula CARF nº 96: A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

⁹ Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

¹⁰ Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Cofins			
jan	3.765.077,00	3.765.077,00	0,00
fev	3.785.989,31	3.785.989,31	0,00
mar	4.181.968,26	4.181.968,26	0,00
abr	2.607.121,89	2.607.121,89	0,00
mai	2.097.152,05	2.097.152,05	0,00
jun	2.656.305,78	2.656.305,76	0,02
jul	1.624.099,49	1.620.331,80	3.767,69
ago	1.359.113,45	1.359.113,45	0,00
set	1.465.349,72	1.465.349,72	0,00
out	2.404.031,37	2.391.139,75	12.891,62
nov	3.283.983,56	3.283.728,01	255,55
dez	4.047.889,65	4.047.643,81	245,84

Pis			
jan	818.483,89	818.483,89	0,00
fev	823.028,75	823.028,75	0,00
mar	909.107,95	909.107,95	0,00
abr	566.700,92	566.700,92	0,00
mai	455.889,97	455.889,97	0,00
jun	577.445,24	577.445,24	0,00
jul	353.056,34	352.237,28	819,06
ago	295.447,69	295.447,69	0,00
set	318.529,05	318.529,05	0,00
out	548.171,17	519.801,78	28.369,39
nov	713.896,62	713.841,14	55,48
dez	879.964,14	879.910,77	53,37

Marcelo Giovani Vieira – Relator