



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

Processo n° 13603.001929/2004-41
Recurso n° 001 Voluntário
Acórdão n° **3801-004.369 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 14 de outubro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP
Recorrente PARKMIX COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/12/2003

PIS SOBRE O ICMS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 2 DO CARF.

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

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Ausente momentaneamente o Conselheiro Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Sérgio Celani, Maria Ines Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antonio Borges, Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira e Flávio de Castro Pontes (Presidente).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de Belo Horizonte, abaixo transcrito:

Lavrou-se contra o contribuinte identificado o Auto de Infração de fls. 05/11, relativo à Contribuição para o PIS, totalizando um crédito tributário de R\$ 107.152,35, incluindo multa de ofício e juros Moratórios, correspondente aos períodos especificados em fls.06/07.

A autuação ocorreu em virtude de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago.

O enquadramento legal encontra-se citado em fls. 07.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 12/13 consta que o faturamento foi determinado a partir dos valores registrados no Livro de Registro de Apuração de ICMS (fls. 37 a 70), tendo sido confrontado com a DCTF, apurando-se as diferenças de fls. 31 e 32.

Cientificado em 14/12/2004 (fls. 75), o interessado apresentou, em 11/01/2005, impugnação ao lançamento, conforme arrazoado de fls. 77/106, acompanhado dos documentos de fls. 107/112, com as suas razões de defesa, assim resumidas:

-Ocorreu arbitramento de receita/faturamento determinado mediante a receita conhecida consignada nos Demonstrativos de Apuração e Informação do ICMS, sob o fundamento de que não foram apresentados os valores corretos nas DCTF's.

-Ressalte-se, que, em sendo o auto de infração um ato administrativo sempre regrado e vinculado, para merecer validade administrativa e eficácia jurídica, deve preencher os requisitos-condição que lhe dão embasamento e suporte, a fim de se constituir numa peça séria, segura, com retidão e lisura.

-Constata-se que o lançamento tributário atropelou como um rolo compressor as normas de estrutura do nosso ordenamento legal tributário, estando viciado e fadado à total nulidade.

-O Fisco não excluiu da receita bruta os tributos incidentes sobre a operação, nem os custos, nem as despesas, ou seja, não considerou as deduções previstas pela legislação federal.

-Ocorre que somente após as deduções permitidas e estabelecidas em lei é que se encontra a real receita, que após deduzidas as despesas e os custos, compõe a base de cálculo para apuração da Cofins.

-Os agentes fiscais utilizaram como base de cálculo simplesmente a soma de todas as notas fiscais de vendas, desconsiderando que sobre tais operações, para fins de apuração da base de cálculo dos impostos, devem ser excluídos os impostos incidentes sobre vendas e o custo das mercadorias.

-De acordo com os ditames do art. 225 do Regulamento do Imposto de renda, o lucro bruto corresponde à diferença entre a receita líquida das vendas e o custo dos bens vendidos.

-É óbvio e ululante que se as mercadorias foram vendidas e o resultado das vendas foi considerado pelos agentes fiscais na apuração da Cofins, deve ser admitido e considerado o correspondente custo.

-Além disso, para obtenção do lucro líquido, devem ser computadas todas as despesas necessárias para a obtenção da receita.

-Se assim não proceder, será tributada a receitas das vendas, incluindo o capital, e não o lucro decorrente das operações, com violação ao art. 43 do CTN.

-Foi em decorrência da ausência destas exclusões (imposto s/ vendas; custo das mercadorias vendidas; despesas gerais) que o fisco concluiu pela omissão de receita. Tivesse computado todas as exclusões permitidas em lei e não teria encontrado a omissão de receitas.

- A C.F. autoriza a União a cobrar o Imposto de Renda sobre o acréscimo patrimonial, mas não a tributar o somatório de toda a receita bruta auferida pela empresa, como se para auferi-la não tivesse havido nenhum dispêndio de despesa ou custo. Isso significa tributar o próprio patrimônio e não o lucro.

-Pelos motivos expostos tem-se que ocorreu nulidade de lançamento, devendo ser julgado improcedente o lançamento.

-A Lei nº 9.718/98 violou diversos dispositivos constitucionais, o que não pode ser mantido, havendo que ser reconhecida a inexistência do PIS incidente sobre todas as receitas (e não apenas a receita bruta) da empresa.

-Não pode a EC 20/98 retroagir e atingir período em que foi editada a lei nº 9.718/98, somente podendo ter efeitos para o futuro.

-Pelo princípio da eventualidade, apenas ad argumentandum tantum, cumpre ressaltar que ainda que por absurdo se cogitasse de sua eficácia, deve ser respeitado o princípio da anterioridade nonagesimal, o que foi violado ao determinar seus efeitos para 012.02.99.

-Diante da inconstitucionalidade manifestada pelas eivas ora apontadas, provocada pelos contribuintes lesados, e em face do

não reconhecimento da mesma pelo V. acórdão, em afronta direta

aos dispositivos constitucionais invocados, cabe a este conspícuo tribunal declarar a inconstitucionalidade da exigência do PIS com base na Lei nº 9.718/98, bem como reconhecer o direito à compensação dos valores que a recorrente, indevidamente e compulsoriamente, recolheu aos cofres públicos.

-Um percentual de multa de 75% sobre o valor do suposto crédito tributário é extremamente exorbitante, sendo que o percentual aplicado acaba por arrancar uma parcela do patrimônio dos contribuintes. Este é o caráter confiscatório da multa exigida.

-Latente é a impossibilidade de a Taxa Selic incidir sobre os débitos fiscais pois, em razão de sua natureza remuneratória, esta não pode ser adotada validamente como taxa de juros de mora, sendo que neste sentido vem sendo o entendimento de nossos tribunais superiores.

-Se absurdamente considerar-se que são devidos juros e a multa moratórios, incontestável é o direito do contribuinte à utilização de juros de mora de 1% ao mês para atualização dos seus débitos, pois a Taxa Selic que a lei pretende equiparar a juros moratórios possui natureza remuneratória e a sua utilização, naqueles moldes, desobedece a regra contida nos artigos 161, § 10 do CTN e 192, § 3º da CF/88, bem como a redução da multa, posto seu caráter nitidamente confiscatório, em ofensa ao art. 150, IV da CF/88.

-Requer a improcedência do lançamento.

Analisando o litígio, a DRJ de Belo Horizonte entendeu por bem manter parcialmente o lançamento realizado, conforme ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/10/2002 a 31/12/2003 Nulidade Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o auto de infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e, em consonância com a legislação de regência.

Base de cálculo De acordo com a Lei no 9.718, de 1998, aplicável a partir de 10 de fevereiro de 1999, a base de cálculo da Cofins e do PIS é o faturamento.

Lançamento Procedente em Parte.

Consta recurso voluntário apresentado tempestivamente, no qual a Recorrente traz, resumidamente, os seguintes argumentos:

. O valor tributado pelo PIS não pode ser, única e exclusivamente, a receita bruta auferida pela totalidade das vendas efetuadas, sem quaisquer descontos.

. O fisco utilizou dados fornecidos pelo fisco estadual, que dizem respeito unicamente com a apuração do ICMS.

. Depois de receber estas informações, deveriam os fiscais fazer intimações para a empresa prestar esclarecimentos a respeito dos valores lançados nos DAPI's, pois existem hipóteses legais em que o ICMS é devido, sem que se configure hipótese de

incidência de PIS, como, por exemplo, as transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, em que existe a regra matriz de incidência do ICMS e não está presente a do PIS.

. Os agentes fiscais utilizaram como base de cálculo os valores informados em DAPI's, sem conceder nenhuma oportunidade de se comprovar e fornecer informações pertinentes ao PIS, como devoluções, transferências, vendas canceladas, e outros fatos que interferem diretamente na apuração dos tributos em questão.

. Dentre os valores incluídos indevidamente na base de cálculo da contribuição exigida no auto de infração, encontra-se o próprio ICMS. A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, além de implicar exigência de contribuição sobre imposto, distorce a base imponible das exações na medida em que valores estranhos ao faturamento, consistente na totalidade das receitas decorrentes de venda de mercadorias e prestações de serviços, são, indevidamente, a ele (faturamento), agregados.

Requer a reforma da decisão recorrida na parte em que foi desfavorável, mantendo a decisão na parte que foi favorável e julgando improcedente o lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Relatora

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Afirma a Recorrente que o agente fiscal, em sua apuração, utilizou dados fornecidos pelo fisco estadual, que dizem respeito unicamente com a apuração do ICMS. E que deveria a Recorrente ter sido intimada a prestar esclarecimentos a respeito dos valores lançados nos DAPI's, pois existem hipóteses legais em que o ICMS é devido, sem que se configure hipótese de incidência de PIS. Destaca a hipótese de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, em que existe a regra matriz de incidência do ICMS e não está presente a do PIS. Argui também não ter tido nenhuma oportunidade de comprovar e fornecer informações pertinentes ao PIS, como devoluções, transferências, vendas canceladas, e outros fatos que interferem diretamente na apuração dos tributos em questão.

Quanto às vendas canceladas, a DRJ procedeu à sua exclusão da base de cálculo do PIS em comento, quanto aos meses em que houve registro de devoluções de vendas, considerando as informações dos Demonstrativos de Apuração e Informação do ICMS. E, quanto aos valores correspondentes a transferências de mercadorias entre estabelecimentos da Recorrente, estes não foram considerados na composição da base de cálculo do PIS, conforme se depreende da apuração fiscal. Descabe, portanto, tal argumento

Alega que dentre os valores incluídos indevidamente na base de cálculo da contribuição exigida no auto de infração, encontra-se o próprio ICMS. E que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, além de implicar exigência de contribuição sobre imposto, distorce a base imponible da exação.

Com relação à incidência do PIS sobre o ICMS, não pode esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais declarar inconstitucionalidade de norma vigente. Neste sentido, é a súmula nº 02 do CARF:

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

Assim, cumpre registrar que não há na legislação de regência previsão para a exclusão do valor do ICMS das bases de cálculo do PIS, já que esse valor, ainda que assim não entenda a Recorrente, é parte integrante do preço das mercadorias e serviços vendidos, exceção feita para o ICMS recolhido mediante substituição tributária, pelo contribuinte substituto tributário, consoante se depreende da leitura dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Inexistindo na legislação em vigor a possibilidade de o contribuinte excluir da base de cálculo das contribuições em comento o valor do ICMS, não há como reconhecer o direito creditório da Recorrente.

Em que pese os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em recente análise do Recurso Extraordinário nº. 240.785, tenham decidido pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, aquele julgamento apenas afetou a parte envolvida. Ademais, houve a propositura, pela União Federal, da Ação Direta de Constitucionalidade nº. 18, ajuizada em 2007 e ainda pendente de julgamento, que irá reexaminar a matéria, e que alcançará todos os contribuintes.

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel - Relator