



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CAF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 08 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

Recorrente : SUPERMIX COMERCIAL LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE – Não é nula a decisão que, ao contrário do afirmado, examina as alegações de defesa apresentadas.

CONSTITUCIONALIDADE – Não compete a instância administrativa, cuja atividade é plenamente vinculada, manifestar sobre a eventual natureza confiscatória de penalidade, assim como acerca da imprestabilidade da Taxa SELIC como juros moratórios, já que deve obediência às respectivas leis de regência.

PIS - LANÇAMENTO - Para infirmar o valor lançado, incumbe ao impugnante provar os fatos extintivos ou modificativos do direito do autor, juntando os documentos que façam prova do fato alegado.

BASE DE CÁLCULO – A norma do parágrafo único do art. 6º da LC nº 07/70 determina a incidência da contribuição sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
SUPERMIX COMERCIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, em 11 de junho de 2003

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Antônio Carlos Bueno Ribeiro

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt, Ana Neyle Olímpio Holanda, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Nayra Bastos Manatta e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

Recorrente : SUPERMIX COMERCIAL LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/17, para exigência do crédito tributário de R\$ 697.468,98, sob a acusação de falta de recolhimento da contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, referente ao período de 01/95 a 12/97.

Em tempo hábil, a contribuinte interpôs a Impugnação de fls. 86/97, apresentando os seguintes argumentos de defesa, conforme sumariados no relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeira instância em Belo Horizonte – MG:

“(…)

1) foram desconsiderados na apuração da exigência elementos indispensáveis para a correta configuração da base de cálculo, bem como houve violação ao devido processo legal, na medida em que a empresa efetuou consulta ainda não respondida pela fiscalização;

2) efetuou durante o período da autuação diversos pagamentos a título da contribuição que não foram consideradas no momento da lavratura do Auto de Infração, ou seja, exige-se o pagamento de valores já efetivamente recolhidos ao fisco;

3) o procedimento de apuração da empresa através do levantamento do livro de Registro de Apuração do ICMS é totalmente irregular e produz distorções no resultado final obtido pela fiscalização, uma vez que muitos dos valores que ali constam como devidos a título de ICMS não podem ser transportados para a esfera federal, por não se constituírem em verdadeiro faturamento;

4) foi considerado para fins da apuração da base de cálculo da contribuição em tela o valor das operações realizadas, bem como - das presumidas - substituição tributária - sem considerar deduções permitidas pela legislação, como, por exemplo, vendas canceladas futuramente e que foram objeto de estorno do ICMS recolhido, valor efetivo das vendas dos produtos objeto de substituição tributária, os quais constituem em parcela relevante do faturamento da empresa;

5) anexa cópia de notas fiscais de mercadorias que comprovam, sem sobra de dúvidas, a inexistência de receita com relação a tais produtos, devendo, portanto ser feito todo o procedimento de apuração da base de cálculo, com a anulação do auto de infração, por vício no lançamento e elaboração de novo ato administrativo de lançamento;



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

6) o faturamento efetivamente auferido pela empresa é, na maior parte das vezes, diverso do valor lançado na Nota Fiscal e/ou cupons e no livro de Apuração do ICMS, pois, neste consigna-se o valor destacado na NF-ST, o qual não revela efetivamente o valor da venda da mercadoria; sendo este o valor efetivo da receita bruta da empresa não poderia haver a tributação com base no livro de Apuração do ICMS, uma vez que este não revela de forma efetiva e satisfatória o faturamento obtido pela empresa, havendo, pois, vício de apuração que impõe o imediato cancelamento do Auto de Infração;

7) se a base de cálculo é o faturamento, ou seja, a receita bruta obtida com a venda de mercadorias e serviços é impossível que se possa incluir na base de cálculo imponible o valor do ICMS recolhido, pois, este valor é efetivamente uma despesa, nunca uma receita, o que contraria a legislação aplicável - parágrafo único do art. 3º da Medida Provisória nº 1.546, de 18 de dezembro de 1996;

8) pela simples leitura do livro fiscal, confrontando com as notas fiscais e/ou cupons que deram origem a escrituração verifica-se que existem diversas mercadorias que se encontram sujeitas exclusivamente à tributação pelo ICMS, não podendo o faturamento obtido com tais produtos ser considerado para a apuração da base de cálculo do PIS;

9) verifica-se que há um total equívoco na autuação, pois, considerou como faturamento parcelas não tributáveis, ou que não se constituem em verdadeiro faturamento, mas sim despesas efetivas, bem como, outras cuja dedução é expressamente autorizada pela legislação tributária;

10) diversas vendas efetuadas pela empresa foram posteriormente canceladas, havendo nesses casos, devolução de mercadoria; assim não se pode incluir tais valores na base de cálculo do tributo, ainda que para fins de arbitramento, pois, este toma como base imponible

a receita bruta da empresa, sendo pacífico que as vendas canceladas, descontos incondicionais, bônus e brindes concedidos, além do IPI incidente na operação não integram a base de cálculo do tributo;

11) ante o exposto nos itens anteriores há inequívoco erro por parte da fiscalização que deixou de excluir tais valores da base de cálculo da contribuição, o que nulifica todo o procedimento fiscal, uma vez que a correta eleição da base de cálculo é fundamental para a prática do ato administrativo vinculado ao lançamento;

12) não estando preenchidos validamente quaisquer dos pressupostos necessários à validade do ato administrativo, restará viciado o lançamento, tornando-se imperativa sua anulação;

11



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

13) em diversas operações mercantis sujeitas a tributação do ICMS o Estado determina que o IPI - ainda que destacado na Nota Fiscal - integre a base de cálculo do imposto; tal fato desvirtua a base de cálculo do imposto estadual e, em virtude do lançamento da COFINS ter sido efetuado com base no livro de Apuração do ICMS tal vício foi aproveitado pela fiscalização federal, inseriu-se na base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento despesas realizadas com o pagamento do IPI, o que eiva de ilegalidade o lançamento efetuado, devendo, pois, ser anulado o auto de infração;

14) houve equívoco na aplicação temporal da base de cálculo, ou seja, o montante utilizado para o cálculo do tributo devido, tomou em consideração o faturamento obtido no mês anterior;

15) a regra inserta no parágrafo único da Lei Complementar nº 07/70, e que se encontra em vigor, dispõe de forma expressa que a Contribuição para o PIS será calculada tomando-se como base o valor do faturamento obtido com seis meses de diferença entre o mês do pagamento e do faturamento, ou seja, a contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente;

16) a multa aplicada é de natureza confiscatória, ferindo a Constituição e os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, aliados aos princípios que regem a dosimetria - se ampara e cita jurisprudência e doutrina para corroborar o seu entendimento;

17) a exigência do pagamento de juros de mora sobre os tributos vencidos, calculados por taxa de juros de natureza remuneratória infringe o conceito jurídico e econômico de juros moratórios, bem como, o art. 161 do Código Tributário Nacional, e o artigo 192, § 3º da Constituição Federal de 1988.

Ao final, solicita pericia e posterior juntada de documentos e elaboração de aditamento à defesa, nas hipóteses legais."

A autoridade monocrática julgou parcialmente procedente o lançamento fiscal, ementando, assim, sua decisão (fl. 143):

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Periodo de apuração: 31/01/1995 a 31/12/1997

Ementa: As alegações constantes da impugnação devem ser acompanhadas de provas bastantes que a confirmem.



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

A Lei 7.691/88 revogou o parágrafo único do art. 6º da LC 7/70; não sobreviveu, portanto, a partir daí, o prazo de seis meses, entre o fato gerador e o pagamento da contribuição, como originalmente determinara o referido dispositivo.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE".

Em tempo hábil, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 159/166), estando juntados aos autos documentos relativos ao arrolamento de bens necessário ao seguimento do recurso, nos termos da IN SRF 26/01 (fls. 167/182). Nesse recurso, além de reiterar alguns argumentos da impugnação, em suma, aduz que:

- é nula a decisão recorrida, pois, em face do não conhecimento da impugnação, deixou de apreciar diversos argumentos de defesa;
- protesta, mais uma vez, pela realização da prova pericial para a apuração de deduções da base de cálculo devido às ocorrências de devoluções e vendas canceladas, destaque de IPI e ICMS, bem como em face da desconsideração dos valores recolhidos nos DARFs.

A recorrente, após reafirmar os argumentos da impugnação acerca do emprego como juros da Taxa SELIC e do caráter confiscatório da multa de ofício aplicada, diz que teria sido atuada devido ao recolhimento a menor do Imposto de Importação na situação que especifica, apresentando alegações no sentido de infirmar essa pretensa acusação.

É o relatório.



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO

Em primeiro lugar, é de se afastar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, sob a alegação de não conhecimento da impugnação, simplesmente pelo fato de que isso não ocorreu, tendo a autoridade singular apreciado todos os argumentos de defesa, justificando a desconsideração de alguns, por não acompanhados da prova devida, como se verifica dos autos.

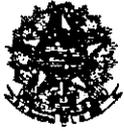
A propósito da insistência da recorrente na revisão, através de perícia, da base de cálculo adotada no presente lançamento, extraída do Livro de Registro de Apuração do ICMS, de sorte a expurgar as notas fiscais de devoluções e vendas canceladas de mercadorias, o IPI e o ICMS destacados nas notas fiscais, bem como a desconsideração de valores recolhidos por DARFs, não merecem reparos os fundamentos decisão recorrida acerca dessas questões, aos quais me reporto:

“(..)

Quanto aos pagamentos efetuados pela interessada - que ela afirma não terem sido compensados para a cobrança do crédito tributário de ofício - verifica-se que lhe falece razão, pois, da análise do Demonstrativo de Apuração de fls. 04/09 encontra-se tais pagamentos deduzidos dos valores que ela deveria recolher.

Constata-se, contudo, que o único DARF (cópia) apresentado pela autuada (fl.98), referente ao mês de apuração de 05/95 e recolhido em 14/06/1996, com acréscimos legais - em virtude do atraso de recolhimento - não foi compensado nos Demonstrativos de fls. 02/03 e fls. 04/09. Assim deverá ser excluído do valor cobrado da contribuição no Demonstrativo de Apuração da Contribuição para o Programa de Integração Social (fl. 04) - no mês a que refere o recolhimento - a importância de R\$1.008,28, remanescendo neste mês de apuração o valor de R\$6.544,35 a ser cobrado de ofício, mais acréscimos legais cabíveis.

No que se refere à inclusão na base de cálculo da contribuição - exigida pelo presente Auto de Infração - de devoluções de vendas também não procede, pois, examinando o demonstrativo de fl. 19 verifica-se que foram excluídas. Quanto às notas fiscais anexadas pela interessada inexistente comprovação de que não estão incluídas nos valores explicitados em fl. 19. Ressalte-se que a empresa anexou à sua defesa, elementos aleatórios sem especificar onde estariam os supostos erros na base de cálculo. No que se refere as alegadas incorreções da base de cálculo da contribuição exigida de ofício - que nos valores constantes do Auto de Infração estariam parcelas que legalmente não deveriam constar - temos a considerar que a interessada simplesmente alega incorreção, sem discriminar



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

valores, sem demonstrar onde estariam os erros cometidos pela fiscalização. Afirma, mais não acosta aos autos nenhuma prova do que alega.

A propósito de provas não anexadas aos autos, deve-se dizer que é da essência da relação processual que as alegações de parte a parte sejam devidamente instruídas com as respectivas provas. Tal princípio encontra-se evidente no Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993, o qual disciplinando os trâmites do processo administrativo fiscal, assim reza em seu art. 16, inciso III:

“ Art. 16 - A impugnação mencionará:

I - (...)

II - (...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.” (grifamos).

Em outras palavras, deve o sujeito passivo comprovar o que diz, sob pena de descrédito de sua impugnação. No caso vertente, a empresa limitou-se a afirmar que a base de cálculo estaria incorreta, sem nada provar.

A legislação que rege a contribuição para o PIS determina que a base de cálculo da contribuição é o faturamento do mês, assim entendido a receita bruta definida pela legislação do imposto sobre a renda, proveniente da venda de bens na operação de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia, menos as exclusões e isenções permitidas em lei.

As exclusões permitidas pela legislação são as vendas canceladas, descontos incondicionais concedidos, IPI e ICMS quando retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Da leitura do parágrafo anterior, verifica-se que a legislação que rege a matéria em causa, não considera como exclusão da base de cálculo do PIS, o ICMS incluso no faturamento mensal. Assim, não são cabíveis as considerações da autuada, no sentido de que esse imposto deve ser retirado da base de cálculo da contribuição. Incabível, também, a afirmação de que existe faturamento de produtos que está sujeito ao ICMS e não ao PIS. As duas exigências não se confundem, têm fatos geradores diversos. No caso em exame - o PIS - o faturamento do mês é o fato gerador. Impossível, portanto, dizer que sobre ele incide ICMS e não a contribuição em foco.



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

Quanto ao ICMS relativo à substituição tributária que o contribuinte alega não ter sido excluído da base de cálculo, cumpre esclarecer que na base de cálculo apurada não se incluiu o ICMS porventura retido por substituição. Nos termos do § 2º do artigo 25 do Regulamento do ICMS (transcrito a seguir), aprovado pelo Decreto nº 38.104/96 o ICMS retido por substituição tributária deve ser escriturado em folha subsequente àquela destinada para registrar suas operações, o que não foi feito conforme se observa pela cópia Livro de Registro e Apuração do ICMS apresentados (fls.30/77).

Art. 25 - O contribuinte substituto observará o seguinte:

§ 2º - O contribuinte substituto apurará os valores relativos ao imposto retido, no último dia do respectivo período, no livro Registro de Apuração do ICMS, em folha subsequente à destinada à apuração relacionada com as suas próprias operações, com a indicação da expressão "Substituição Tributária", utilizando, no que couber, os quadros "Débito do Imposto, "Crédito do Imposto" e "Apuração dos Saldos", observado o seguinte:

Quanto ao IPI, a interessada não é contribuinte do imposto, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal de fl. 19, não havendo assim destaque de IPI em suas notas fiscais.

Assim caem por terra, as assertivas da autuada em sua defesa e, especialmente aquelas transcritas nos itens 11, 12 e 13 do relatório da presente decisão.

Adite-se que, apesar de a empresa afirmar que o levantamento fiscal se deu, estritamente, de acordo com o Livro de Apuração do ICMS, tal fato não ocorreu, pois, consta do Auto de Infração (fl. 14) - consignado pelos autuantes - que o "valor foi apurado com base nos documentos fiscais da empresa, relativo ao período de janeiro de 1995 a dezembro de 1997, conforme Termo de Verificação Fiscal e planilha de apuração da base de cálculo de fls. 19 e 20." (grifo não é original).



Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

Já no que diz respeito à sistemática de apuração da base cálculo a ser considerada, segundo as disposições da LC nº 7/70 e alterações posteriores, que não aquelas introduzidas pelos malfadados Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, com razão a recorrente ao protestar pela aplicação do critério da “semestralidade”, quanto aos períodos de apuração de janeiro/95 a setembro/95, inclusive.

Essa matéria não comporta mais dissídios, já que este Colegiado houve por bem submeter à posição do Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Superior de Recursos Fiscais para admitir que a exação se dê considerando-se como base de cálculo da contribuição para o PIS o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador – faturamento do mês.

Assim decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no julgamento do Acórdão CSRF/02-0.907, cuja síntese encontra-se na ementa a seguir transcrita:

“PIS – LC 7/70 – Ao analisar o disposto no artigo 6º, parágrafo único da Lei Complementar 7/70, há de se concluir que “faturamento” representa a base de cálculo do PIS (faturamento do sexto mês anterior), inerente ao fato gerador (de natureza eminentemente temporal, que ocorre mensalmente), relativo à realização de negócios jurídicos (venda de mercadorias e prestação de serviços). A base de cálculo da contribuição em comento permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP 1.212/95, quando a partir dos efeitos desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado o faturamento do mês anterior.”

De se observar que a decisão recorrida, em cumprimento à determinação da Instrução Normativa SRF nº 006/2000, excluiu do presente lançamento a exigência correspondente aos períodos de apuração de outubro/95 a fevereiro/96, inclusive.

Quanto aos demais períodos de apuração (março/96 a dezembro/97), contemplados neste lançamento, a exigência considerou o faturamento do mês como base de cálculo, tendo em vista que nesse período já estavam em vigência as alterações introduzidas validamente pela Medida Provisória nº 1.212/95 e alterações posteriores, até sua conversão na Lei nº 9715/98, uma vez expurgados do vício de inconstitucionalidade de que eram portadores os mencionados atos legais pelo STF no RE – 232896-3-PA. Os efeitos dessa decisão da Corte Suprema foram estendidas administrativamente mediante a mencionada Instrução Normativa SRF nº 006/2000.

No que respeita ao efeito confiscatório da multa aplicada e da inaplicabilidade da taxa SELIC como juros moratórios, nada a acrescentar aos bem lançados fundamentos da decisão recorrida quanto a essas matérias, a saber:

“No que se refere à multa aplicada está de acordo com o que determina a lei, bem como a aplicação da taxa de juros SELIC. O presente foro não é local apropriado para se examinar questões sobre a constitucionalidade e legalidade de leis, cabendo à autoridade administrativa tão-somente dar-lhes



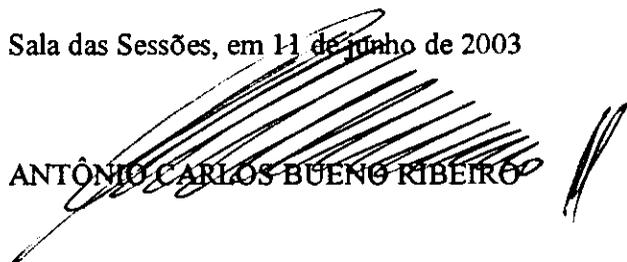
Processo nº : 13603.002125/98-50
Recurso nº : 118.169
Acórdão nº : 202-14.869

cumprimento. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Em que pese a jurisprudência e abalizada doutrina citada sobre o assunto, não é aplicável nesta esfera de julgamento, reiteramos, qualquer entendimento que não esteja determinado em lei."

Finalmente, não é de se considerar as alegações do recurso acerca de recolhimento a menor do Imposto de Importação, pois, à evidência, não é matéria pertinente a estes autos.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para considerar, quanto aos fatos geradores de janeiro/95 a setembro/95, inclusive, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência de cada um dos mencionados fatos geradores como a respectiva base de cálculo.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2003


ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO