



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

Processo nº 13884.002990/2004-04
Recurso nº 235.170 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.328 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de outubro de 2009
Matéria PIS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente DISTRIBUIDORA E DROGARIA SETE IRMÃOS LTDA.
Recorrida DRJ em CAMPINAS-SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/11/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. SÚMULA Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

COMPENSAÇÃO. VIA JUDICIAL. LANÇAMENTO.

As compensações efetuadas antes da decisão judicial sobre direito à compensação, em ação própria do sujeito passivo, não podem ser acolhidas por ocasião do lançamento realizado antes dessa decisão.

PIS. TRIBUTAÇÃO NA FORMA DA LEI 10.147, DE 2002. ALÍQUOTA ZERO. CONTROLE.

A incidência de alíquota zero para apuração do PIS incidente sobre a venda dos produtos referidos no art. 1º da Lei nº 10.147, de 2002, subordina-se à existência de controles nos documentos e livros fiscais da contribuinte.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS NÃO-OPERACIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADE.

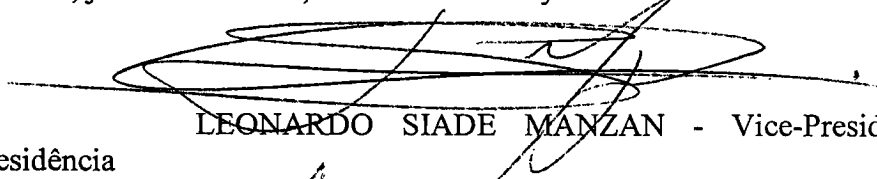
Excluem-se da base de cálculo do PIS as receitas não-operacionais que não decorram da atividade empresarial típica da contribuinte.

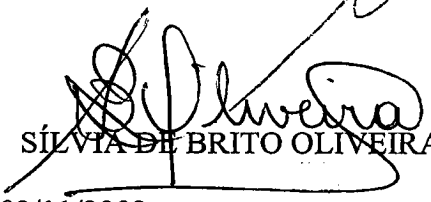
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

1

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nayra Bastos Manatta.


LEONARDO SIADE MANZAN - Vice-Presidente no exercício da
Presidência


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA - Relatora

EDITADO EM 03/11/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio Cesar Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nestes autos foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência de crédito tributário relativo à contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 2001 a novembro de 2002, com os juros moratórios e a multa aplicável nos lançamentos de ofício.

O lançamento, com ciência à contribuinte em 30 de abril de 2004, foi efetuado em virtude de a fiscalização ter constatado diferenças entre os valores do PIS apurados com base nas informações prestadas pela contribuinte, às fls. 09 a 14 e 20, e os valores declarados em Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e não ter a contribuinte comprovado:

- a) os valores de vendas de produtos para incidência da alíquota zero do PIS na forma do art. 2º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000;
- b) a formalização de pedido de compensação que alegou ter efetuado com débitos do PIS; e
- c) a efetivação de depósitos judiciais.

A exigência tributária foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas-SP (DRJ/CPS) julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão constante das fls. 357 e 370, ensejando a interposição do recurso voluntário das fls. 379 a 385, para contestar a decisão do colegiado de piso, com as alegações a seguir resumidas:

I – todos os livros, documentos fiscais e registros contábeis estiveram à disposição do Fisco para possibilitar a comprovação da revenda de mercadorias adquiridas com tributação monofásica e o reconhecimento do critério da proporcionalidade;

II – a decisão recorrida devolveu à contribuinte a possibilidade de apresentar elementos de convicção para a justa tributação e foi obtida listagem das mercadorias comercializadas com uso das máquinas registradoras, que pode atestar a coerência e aproximação da proporcionalidade adotada pela contribuinte;

III – as listagens em anexo demonstram a saída por produto, mês a mês, pelo preço de venda e, à vista delas, pode-se comparar o valor informado ao Fisco com o valor efetivamente vendido para se proceder à justa tributação;

IV – uma vez que não foi possível a recuperação dos arquivos magnéticos de maio e junho de 2001, considerando que o critério da proporcionalidade manteve-se próximo à realidade, há de se homologar o procedimento da recorrente, não havendo base de cálculo para lançamento de ofício da contribuição em tela; e

V – detalhes relativos ao formalismo das compensações efetuadas podem ser corrigidos e não podem obstruir a verificação da legitimidade dos créditos da recorrente para as compensações efetuadas.

Ao final, solicitou a recorrente o provimento parcial do seu recurso para que seja excluída da base de cálculo do PIS os valores constantes das planilhas de baixa de estoque apresentadas, reconhecido o critério da proporcionalidade para os meses de maio e junho de 2001 e restabelecidas as compensações efetuadas, em face da legitimidade de seus créditos.

É o relatório.

Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo, pois, ser conhecido.

A matéria litigiosa destes autos está restrita à comprovação de vendas de produtos relacionados no art. 1º da Lei nº 10.147, de 2002, com vista à incidência da alíquota zero do PIS sobre as receitas decorrentes dessas vendas e à legitimidade das compensações efetuadas pela recorrente.

Quanto às compensações, verifica-se que, em 04 de setembro de 2002, a pessoa jurídica aqui recorrente deduziu, na ação declaratória nº 2002.61.03.003212-8, com pedido de tutela antecipada, conforme fls. 193 a 207, sua pretensão de proceder à compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS, em face da inconstitucionalidade dos Decretos-lei nº 2.445 e nº 2.449, ambos de 1988, com parcelas vincendas de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Certidão de objeto e pé emitida em 28 de julho de 2003, à fl. 263, certifica o indeferimento do pedido de antecipação de tutela e, em pesquisa realizada no sítio da Justiça Federal de São Paulo, constatei que, apenas em 07 de julho de 2006, foi publicada decisão no referido processo, com o seguinte teor:

(...)

Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para: a) declarar a existência de indébito tributário em favor da autora concernente à diferença entre o quanto re-colhido a título de PIS sob o regime dos Decretos-Leis 2445/88 e 2449/88, durante a sua vigência, e o que seria devido exclusivamente sob o regime da Lei Complementar 7/70 nesse mesmo período; b) declarar o direito da autora à compensação do indébito a que se refere o item "a" deste dispositivo de sentença, por sua conta e risco no que tange à exatidão, quantidade, qualidade e demais atributos jurídicos do indébito tributário, observada eventual prescrição e observadas, ainda, as condições estabelecidas nos parágrafos seguintes. Tal indébito, em não estando prescrito, pode ser confrontado com débito oriundo do próprio PIS, porquanto é direito do contribuinte a compensação a teor do artigo 170 do CTN, artigo 66 da Lei nº 8.383/91, com a re-dação do artigo 58 da Lei nº 9.069/95, e artigo 39 da Lei nº 9.250/95. Como direito do contribuinte, que é, a compensação poder ser exercitada por iniciativa e responsabilidade do próprio contribuinte no que tange precisamente à qualidade, quantidade e cálculo do indébito. Assim é que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade do contribuinte pelo registro de seu crédito na escrituração fiscal para efeitos de compensação com indébitos tocantes a tributos cujo lançamento dependam de homologação (Embargos de Divergência no RESP nº 91.343, Relator Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 25.08.97). De qualquer forma o contribuinte continua sujeito à atividade fiscalizatória da Fazenda. De tudo deflui que é possível existir crédito do contribuinte tocante à diferença entre o quanto recolhido a título de PIS sob o regime dos Decretos-Leis 2445/88 e 2449/88 e o que seria devido exclusivamente sob o regime da Lei Complementar 7/70, indébito esse que pode ser compensado com débitos tributários, na forma da legislação em vigor. Condeno a União nas custas processuais e em honorários advocatícios, fixados estes, nos termos do artigo 20, 4º, do CPC, em R\$ 500,00 (quinhentos reais). Oficie-se ao Relator do Agravo interposto. P. R. I.

(...)

Note-se, pois, que as compensações alegadas pela recorrente estavam submetidas à tutela jurisdicional e, por ocasião do lançamento de que cuidam estes autos, o direito a essas compensações não estava resguardado por decisão judicial e, portanto, independentemente da formalização de pedido administrativo, não poderia a autoridade administrativa acolhe-las, uma vez que a matéria está sendo discutida na via judicial e, na fase recursal, impõe-se a aplicação da Súmula nº 1, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, deste Segundo Conselho de Contribuintes, de observância obrigatória por este colegiado, conforme art. 72, § 4º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Referida Súmula possui o seguinte teor:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade



processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Sobre a comprovação da receita de vendas de produtos referidos no art. 1º da Lei nº 10.147, de 2002, a recorrente trouxe aos autos, junto com a peça recursal, listagem de mercadorias comercializadas obtida em arquivos magnéticos do período fiscalizado.

Cumpra então notar que a referida lei, em seu art. 5º, atribui à Secretaria da Receita Federal competência para expedir as normas necessárias à aplicação da lei e, como normas procedimentais para possibilitar a segregação das receitas cuja tributação pelo PIS se dá à alíquota zero, por força do art. 2º do precitado diploma legal, tem-se o art. 10 da Instrução Normativa (IN) SRF nº 40, de 25 de abril de 2001, e o art. 59 da IN SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002, com a redação dada pela IN SRF nº 358, de 09 de setembro de 2003, que estabelecem, *ipsis litteris*:

Art. 10. As pessoas jurídicas que praticarem as operações sujeitas à incidência das contribuições na forma do art. 3º desta Instrução Normativa deverão informar tal fato na documentação fiscal de venda e totalizar, em separado, tais operações nos livros fiscais.

(IN SRF nº 40, de 2001)

Art. 91. As pessoas jurídicas que realizam vendas sujeitas à incidência das contribuições, na forma do inciso IV do art. 59, devem informar esta condição na documentação fiscal e totalizar, em separado, tais operações nos livros fiscais.

(...)

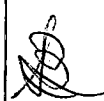
Observe-se, pois, que é necessário controle na documentação fiscal e nos livros fiscais da contribuinte mantidos e conservados por prazo fixado em lei para possibilitar a incidência de alíquota zero apenas sobre as receitas eleitas por lei. Assim, meras listagens de vendas emitidas pela recorrente não possuem o condão de exercer o controle requerido para a tributação na forma prevista na Lei nº 10.147, de 2002.

Outro aspecto da exigência tributária que aqui cumpre examinar, por força do disposto no art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do Carf, é a composição da base de cálculo do PIS. Isso porque, ao apurar a diferença entre os valores das receitas informados pela contribuinte e os valores declarados em DCTF, a fiscalização acresceu à base de cálculo os valores relativos a receitas não operacionais, informados às fls. 20 e 212.

Cumpra então lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da supramencionada lei, tendo o Acórdão correspondente transitado em julgado em 5 de setembro de 2006.

Em face disso, entendo estar-se diante de hipótese prevista no precitado art. 62 parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do Carf, que prescreve:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo



internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

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

(...)

A disposição regimental supracitada emana do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, a meu ver, no parágrafo único do seu art. 4º, trata de situação excepcional ao **caput** do artigo, pois, não mantendo os Conselhos de Contribuintes subordinação hierárquica ao Secretário da Receita Federal, tampouco ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, seria esdrúxulo supor que a atuação desses órgãos julgadores estivesse vinculada a determinações emanadas dessas autoridades. Nesse ponto, frise-se que o próprio **caput** do art. em comento limita a abrangência dessas determinações ao âmbito das respectivas competências, referindo-se, com isso, não só à segregação das competências do Secretário da Receita Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, mas também à delimitada esfera de atuação de cada um, que, a todas as luzes, nesse particular, não alcança os órgãos julgadores da segunda instância administrativa.

Destarte o Decreto em tela, ao dispor sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais, expressamente impôs aos órgãos julgadores da administração fazendária o dever de afastar dispositivo declarado inconstitucional e, se tal dever não era cumprido até a publicação do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes aprovado pela Portaria nº 147, de 25 de junho de 2007, é porque anterior disposição regimental, materializada no art. 22A introduzido pela Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, no Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, vedava expressamente o afastamento de dispositivo legal em virtude de inconstitucionalidade, na hipótese de que aqui se cuida.

Assim, a alteração da norma regimental evidencia a mudança de entendimento sobre a matéria do Sr. Ministro da Fazenda e, nesse ponto, não se pode olvidar a subordinação direta dos Conselhos de Contribuintes a esse Ministro de Estado.

Note-se, pois, que o art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, cuidou de atribuir competência a dirigentes da administração fazendária para determinar, no âmbito de suas atribuições, que não se prossigam com exigências tributárias fundamentadas em dispositivos declarados inconstitucionais e, em seu parágrafo único, tratou das exigências já constituídas e na fase litigiosa do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário para deferir aos julgadores administrativos a competência para, na apreciação da lide, afastar os referidos dispositivo, conforme a seguir transcrito:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;



II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

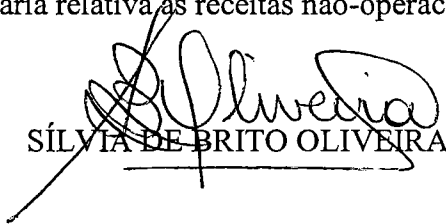
III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, uma vez que as receitas não-operacionais não decorrem da atividade empresarial típica da recorrente, sua tributação pelo PIS possui fundamento legal no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que foi declarado inconstitucional em decisão plenária definitiva do STF, estando, portanto, configurada a hipótese de afastamento dessa disposição legal, impondo-se o cancelamento da exigência tributária sobre essas receitas.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para cancelar a exigência tributária relativa às receitas não-operacionais.


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA