



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

Processo nº 19515.000094/2007-20
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.084 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de agosto de 2017
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO PIS COFINS
Recorrente SPEED BLUE SERVIÇOS GERAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO.

O ICMS e o ISS integram 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 e Resp 133073/SP .

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO.

O ICMS e o ISS integram 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 e Resp 133073/SP .

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O Carf não é competente para afastar a aplicação da Lei, por consideração de inconstitucionalidade. Súmula Carf nº2.

ÔNUS DA PROVA.

O ônus da prova da infração é do Fisco, que o cumpre adequadamente ao fundamentar-se nas declarações e livros do contribuinte. A escrituração faz prova contra a empresa, quando não desconstituída materialmente pelo interessado.

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

O princípio da vedação ao confisco é dirigido ao legislador e ao controle jurisdicional da constitucionalidade. A multa legalmente prevista não pode ser afastada pela administração tributária por inconstitucionalidade. Súmula Carf nº 2.

UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC.

A taxa Selic é índice adequado para atualização dos débitos tributário. Súmula Carf. Nº 4.

LANÇAMENTO. NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O mandado de procedimento fiscal - MPF, atualmente denominado Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF, é um instrumento de controle administrativo dos serviços internos da Receita Federal e de comunicação com o contribuinte, sem força para sobrepor-se às competências para lançamento definidas em Lei.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, por negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, que dava provimento parcial 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, no valor total original de R\$ 461.935,32, incluídas as contribuições, multas de ofício e juros de mora.

Informa o auditor-fiscal ter constatado diferenças entre o valor devido, apurado conforme o que consta na DIPJ, no Livro Razão e no Livro de Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados, em comparação com os valores confessados em DCTF. As diferenças apuradas foram lançadas de ofício.

A empresa impugnou as exigências, com as seguintes razões de defesa, em resumo:

- preliminarmente, o Auto de Infração deveria ser anulado, posto que não teria tido ciência do encerramento do MPF – Mandado de Procedimento Fiscal; que o MPF é documento essencial à atividade fiscalizadora;

- ainda em preliminar, que o ônus da prova é do Fisco, e que as informações coletadas seriam insuficientes para atingir a verdade material; invoca princípios constitucionais nesse sentido;

- ainda em preliminar, alega a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, na parte em que alarga o conceito de faturamento;

- ainda em preliminar, aduz a inconstitucionalidade da composição do ICMS na base de cálculo das contribuições;

- no mérito, sustenta que a contabilização de valores não significaria o efetivo recebimento; problematiza a consideração de crédito-prêmio de IPI como base de cálculo das contribuições; repete os argumentos quanto à inconstitucionalidade do alargamento do conceito de faturamento na Lei 9.718/98 e da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições;

- suscita o efeito confiscatório da multa de ofício aplicada, que teria infringido os princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

- defende a ilegalidade da utilização da taxa Selic como índice de reajuste dos créditos tributários;

- pede, finalmente, pelo cancelamento total dos Autos de Infração.

A DRJ/São Paulo I/SP, por meio do acórdão 16-60.986, de 28/08/2014, prolatado pela 9ª Turma, decidiu pela improcedência da impugnação, mantendo integralmente o lançamento. Copio a ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002

NULIDADE.DESCABIMENTO.

É incabível de ser pronunciada a nulidade de Auto de Infração lavrado por autoridade competente, tendo em conta o art. 59 do Decreto 70.235/72.

DIFERENÇAS INJUSTIFICADAS ENTRE VALORES INFORMADOS E VALORES CONFESSADOS OU PAGOS.

Havendo diferenças não justificadas entre os valores informados em DIPJ e aqueles confessados/pagos, cabe tributá-las, fundando-se o seu Lançamento em bases econômicas autênticas, representadas por receitas ou

valores entranhados pelo próprio contribuinte em declarações prestadas ao Fisco Federal.

IRRESIGNAÇÃO VAZIA.

Vazia é a irresignação do impugnante contra alegada tributação sobre receita bruta ou base de cálculo inconstitucional quando, em nenhum momento, aponta quais contas, rubricas ou valores concretos deveriam estar fora do alcance da contribuição.

ICMS. BASE DE CÁLCULO.

Na esfera administrativa é incabível o afastamento do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse valor não é passível de exclusão, salvo se decorrente de substituição tributária.

CRÉDITOS NÃO RECEBIDOS POR INADIMPLÊNCIA E/OU CRÉDITOS A RECEBER.

As receitas devem ser computadas independentemente de sua realização em moeda, devendo ser registradas as mutações patrimoniais segundo o regime de competência, salvo as exceções previstas, admitindo-se como exclusão das bases de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins apenas e tão somente as espécies expressamente relacionadas na legislação respectiva, entre as quais não se encontram aquelas atinentes a valores inadimplidos ou por receber.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002

NULIDADE.DESCABIMENTO.

É incabível de ser pronunciada a nulidade de Auto de Infração lavrado por autoridade competente, tendo em conta o art. 59 do Decreto 70.235/72.

DIFERENÇAS INJUSTIFICADAS ENTRE VALORES INFORMADOS E VALORES CONFESSADOS OU PAGOS.

Havendo diferenças não justificadas entre os valores informados em DIPJ e aqueles confessados/pagos, cabe tributá-las, fundando-se o seu Lançamento em bases econômicas autênticas, representadas por receitas ou valores entranhados pelo próprio contribuinte em declarações prestadas ao Fisco Federal.

IRRESIGNAÇÃO VAZIA.

Vazia é a irresignação do impugnante contra alegada tributação sobre receita bruta ou base de cálculo inconstitucional quando, em nenhum momento, aponta quais contas, rubricas ou valores concretos deveriam estar fora do alcance da contribuição.

ICMS. BASE DE CÁLCULO.

Na esfera administrativa é incabível o afastamento do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse valor não é passível de exclusão, salvo se decorrente de substituição tributária.

CRÉDITOS NÃO RECEBIDOS POR INADIMPLÊNCIA E/OU CRÉDITOS A RECEBER.

As receitas devem ser computadas independentemente de sua realização em moeda, devendo ser registradas as mutações patrimoniais segundo o regime de competência, salvo as exceções previstas, admitindo-se como exclusão das bases de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins apenas e tão somente as espécies expressamente relacionadas na legislação respectiva, entre as quais não se encontram aquelas atinentes a valores inadimplidos ou por receber.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Sobreveio o Recurso Voluntário, no qual a recorrente reitera as razões da impugnação. Acrescenta argumentação:

- quanto à nulidade do lançamento por malferimento a regramentos da Lei 9.784/99;

- quanto à possibilidade, segundo entende, dos turmas de julgamento administrativo avaliarem a constitucionalidade das leis

- requer, ao final, conversão do julgamento em diligência para apuração da real base de cálculo, a inconstitucionalidade do ICMS/ISSQN na base de cálculo, e o reconhecimento da decadência relativa a 01/2002.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Giovani Vieira - Relator

Juízo de Conhecimento e Decadência

No Recurso Voluntário a recorrente acrescenta matérias de defesa, relativas a supostos malferimentos às regras processuais da Lei 9.784/99, quanto à inclusão do ISS na base de cálculo das contribuições, e quanto à decadência.

Nenhuma dessas matérias foi impugnada ou tratada em primeira instância, restando, portanto, preclusas, cf. artigos 14 e 17 do PAF – Decreto 70.235/72, com exceção da decadência, por ser matéria de ordem pública a ser conhecida de ofício.

Nesse sentido, considerando a ciência do lançamento em 28/01/2007 (fl. 326), e que o fato gerador das contribuições ocorre no último dia do mês, e que a decadência deve ser contada a partir do fato gerador (art. 150, §4º do CTN), temos que não havia a decadência do direito de constituir de ofício o crédito tributário para nenhum dos períodos de apuração em foco. Desse modo, não dou provimento ao pedido, nesta parte.

Preliminar de Nulidade - MPF

A recorrente sustenta que não teria sido cientificada do encerramento do MPF, entendendo que isso levaria à nulidade do lançamento.

Não acato tal alegação. Entendo que quaisquer eventuais inconsistências do MPF não têm o condão de alterar a validade do auto de infração. É posição pacífica no Carf que o MPF é um instrumento de controle interno da Receita Federal, e informativo para os contribuintes quanto à oficialidade de procedimento fiscal. A competência para o auditor-fiscal efetuar o lançamento não advém do MPF, mas da Lei, em especial, o art. 142, § único do CTN¹ e art. 6º da Lei 10.593/2002², dentre outros dispositivos legais.

¹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

² Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte; (Incluída pela Lei nº 11.457, de 2007)

II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)

A organização interna dos serviços, dentro da Secretaria da Receita Federal, pode resultar em atribuições de funções específicas, tais como delegados e inspetores, que também são auditores-fiscais, mas no exercício de função gerencial, escolhidos discricionariamente pela hierarquia administrativa do órgão. A vulneração dessa organização interna, tais como o respeito às Portarias internas, resultaria em sanções administrativas, porém sem macular a validade legal dos atos praticados, perante a sociedade, pelos Auditores-Fiscais, no exercício de suas atribuições definidas no art. 6º transcrito. Isto porque as competências do auditor-fiscal são conferidas por Lei, e não por hierarquia funcional, como visto.

A motivação dessa estrutura jurídica – isto é, as competências serem definidas em Lei e não por hierarquia funcional - é salvaguardar as competências de Estado, tais como o Fisco e Polícia, das ingerências políticas.

Inúmeros precedentes do Carf nesse sentido, indico apenas alguns da CSRF, 9202-003.956, 9303-003.876, 9202-003.900, 9303-003.506.

Desse modo, afasto a preliminar suscitada.

Quanto às outras alegações de nulidade, confundem-se com o mérito, onde serão tratadas.

Mérito

Inconstitucionalidades

A recorrente sustenta a possibilidade das turmas julgadoras administrativas afastarem dispositivos legais por inconstitucionalidade. Todavia, essa tese, aventada no Recurso Voluntário, e indiretamente, na Impugnação, não pode ser acatada, em vista da Súmula Carf nº 1, de observância obrigatória pelas turmas, cf. art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do Carf – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015³:

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

Ônus da Prova.

As provas coletados pelo Fisco são contundentes. Os valores em que se fundamentou estão na DIPJ, no Livro Razão e no Livro de Registro de Prestação de Serviços. A escrituração faz 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

³ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos”.

Além disso, a própria empresa retificou a DCTF para refletir os mesmos valores autuados, porém sem espontaneidade. A retificação ocorreu em 05/10/2009 (fl. 206 e ss), depois que teve ciência no início da fiscalização, em 08/09/2006 (fl. 158).

O art. 138, §único⁴, do CTN é claro ao estabelecer que não há denúncia espontânea nessa circunstância:

Portanto, não acolho as razões da recorrente nesta matéria.

Natureza das Receitas

As receitas autuadas são serviços prestados. Não se trata de recuperação de créditos de IPI, nem de receitas não operacionais em conceito alargado de faturamento. Portanto, são vazias as alegações da recorrente nesse sentido.

Quanto à possível exclusão da base de cálculo dos valores relativos a serviços prestados e não recebidos, não há previsão legal para tanto. Além disso, não há, nos autos, qualquer documento que sustente a materialidade do alegado.

ICMS 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 do Pis e da Cofins, nos termos da legislação vigente à época dos fatos geradores, é a receita bruta:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

A questão da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º, que ampliava o conceito de faturamento, restou incontroverso, sendo que este parágrafo já foi inclusive revogado pela Lei 11.941/2009.

Aqui se trata das receitas operacionais da empresa. Como tais, a Receita Bruta é definida pelo art. 12 do Decreto-lei 1.598/77, com a 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.

⁴ Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

§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.

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 repercussão geral, porém o processo ainda não é definitivo, não sendo vinculante para os colegiados do Carf, nos

termos do §2º do art. 62⁵ do Ricarf. Com efeito, é possível que o STF module os efeitos da decisão.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do recurso voluntário quanto aos ajustes na base de cálculo.

Multa de Ofício - Efeito confiscatório

O princípio constitucional da vedação ao confisco é dirigido ao legislador e ao controle jurisdicional da constitucionalidade. Estando as multas previstas na legislação, como mostrado em análise preliminar, não cabe ao Carf afastá-las, conforme comandam o art. 26-A do Decreto 70.235/72 e Súmula Carf nº 2.

“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.”

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

Taxa Selic

A utilização da taxa Selic como índice de correção dos débitos tributários também já se encontra sumulada no Carf, dispensando outras considerações:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Conclusão

Pelo exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Marcelo Giovani Vieira, Relator.

⁵ § 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)

Processo nº 19515.000094/2007-20
Acórdão n.º **3201-003.084**

S3-C2T1
Fl. 588
