



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

Processo nº 19515.000772/2007-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-002.023 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de abril de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/Cofins
Recorrente CALVO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002, 2003

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS - COMPENSAÇÃO

A partir da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, a compensação no âmbito da Receita Federal deve ser declarada, informando-se os créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados, mesmo que entre tributos da mesma espécie.

INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA DE OFÍCIO

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002, 2003

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP - COMPENSAÇÃO

A partir da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, a compensação no âmbito da Receita Federal deve ser declarada, informando-se os créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados, mesmo que entre tributos da mesma espécie.

INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA DE OFÍCIO

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

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim - Presidente

Raquel Motta Brandão Minatel – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim (Presidente), Raquel Motta Brandao Minatel, Marcos Tranchesí Ortiz, Ivan Allegretti, Alexandre Kern e Rosaldo Trevisan.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/3/2007 para cobrança do Programa de Integração Social - PIS (fls. 185/188), no período julho de 2002 a março de 2003, e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls. 193/196), no período julho de 2002 a dezembro de 2003, em razão de suposta insuficiência de recolhimento ou de diferenças entre o valor escriturado, o valor declarado e o valor pago, resultando em apuração de crédito tributário no montante de R\$ 311.062,34 de PIS, e de R\$ 3.855.815,85 de Cofins, inclusos os valores do principal, dos juros moratórios e da multa de ofício.

De acordo com o Termo de Constatação Fiscal (fls. 179/181) o contribuinte teria apurado em sua contabilidade valores de PIS e Cofins superiores àqueles regularmente declarados e pagos. Durante o curso da ação fiscal o contribuinte teria transmitido DCTF's, em 5/3/2007, declarando valores omitidos e comprovando o recolhimento do valor devido a título de IRPJ, além de parte dos débitos de PIS e de Cofins, sujeitando-a ao lançamento de ofício quanto ao remanescente de tais contribuições.

A Recorrente tomou ciência da autuação em 29/3/2007 (fls. 197), apresentando Impugnação (fls. 213/265) em 27/4/2007, e Aditamento à Impugnação (fls. 315/336) em 12/6/2007, tidas como tempestivas (fls. 457). Na Impugnação, a Recorrente aduziu, entre outros argumentos, que todos os valores cobrados nos Autos de Infração foram quitados por meio de compensação, e que comprovaria a formalização dos respectivos PER/Dcomp's, apresentados em 30/05/2007, 31/05/2007 e 10/06/2007, portanto após o protocolo da Impugnação, e foram juntados aos autos por meio de Aditamento à Impugnação, juntamente com a substituição das respectivas DCTF's.

No Aditamento à Impugnação, o contribuinte pugnou pelo seu cabimento e reiterou as assertivas expostas na Impugnação, acrescentando informações de que apurou créditos de pagamento a maior de Finsocial, IRPJ, CSLL, PIS e Cofins. Juntou documentos (fls. 337/453), dentre os quais se destacam os PER/Dcomp's, transmitidos após a apresentação da Impugnação, de fls. 372/453.

Inobstante as considerações e documentos juntados pela Recorrente, a 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I-SP, DRJ-SPO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/09/2013 por RAQUEL MOTTA BRANDAO MINATEL, Assinado digitalmente em 25

/09/2013 por RAQUEL MOTTA BRANDAO MINATEL, Assinado digitalmente em 02/10/2013 por ANTONIO CARLOS AT

ULIM

Impresso em 22/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

julgou improcedente a Impugnação, conforme se constata no acórdão n.º 16-31.344, proferido em 11/5/2011, fls. 473/482.

O supracitado acórdão, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento e manteve o crédito tributário, sob as principais razões de que:

1. a escrita contábil da empresa, de fls. 155/177, revela quantias devidas a título de PIS e Cofins que, no período fiscalizado, não foram recolhidas nem confessadas em DCTF;

2. a Recorrente não comprovou a alegação de que comercializava produtos cujas receitas decorrentes estavam sujeitas a tributação com alíquota zero;

3. as planilhas de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins, referentes aos produtos supracitados, carecem de valor probatório, pois não amparadas em livros e documentos contábeis e fiscais;

4. o ICMS compõe a receita bruta, nos termos do art. 279 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99) e do art. 13, §1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96;

5. os créditos apurados entre abril de 2003 e abril de 2007, referentes a PIS, Cofins, CSLL e IRPJ somente poderiam ser compensados a partir daquele momento com a entrega de Declarações de Compensação, nos termos do art. 74, §1º, da Lei nº 9.430/96;

6. não cabe análise, neste processo, das compensações efetuadas pela Recorrente;

7. a autoridade fiscal observou o dever de fiscalização, comprovado pelo “Termo de Solicitação de Esclarecimentos” de fls. 81/86;

8. a esfera administrativa não tem competência para analisar matérias que versem sobre a constitucionalidade ou ilegalidade de normas legais vigentes; e

9. a penalidade pela falta de recolhimento/declaração do tributo devido decorre da legislação de regência.

A Recorrente, por sua vez, fora notificada do supracitado Acórdão em 14/10/2011, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 487 (verso). Irresignada, interpôs Recurso Voluntário (fls. 499/556) em 11/11/2011. Nessa oportunidade, a Recorrente reiterou e acrescentou, basicamente, os seguintes argumentos:

1. a Recorrente apurou créditos pelo pagamento indevido de contribuições sociais sobre a venda de produtos que, no período de abrangência do auto de infração sob exame, estavam sujeitos à alíquota zero pela legislação do PIS e da Cofins, a exemplo dos cigarros e dos produtos de higiene pessoal e toucador;

2. em períodos posteriores, a Recorrente apurou créditos de PIS e de Cofins através da exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, procedendo, por sua conta e risco, à compensação dos débitos apurados com os referidos créditos;

3. os Autos de Infração são nulos de pleno direito, pois a fiscalização apurou débitos a recolher simplesmente porque os pagamentos não constavam nos dados da SRF e, portanto, descumpriram o dever de investigação contido no art. 142 do CTN;

4. o Auto de Infração é nulo de pleno direito, pois incluiu na base de cálculo do PIS e da Cofins a parcela referente ao ICMS e as receitas pela venda de produtos submetidos à alíquota zero. Dessa forma, apuraram quantias superiores às devidas;

5. a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional, especialmente quanto às disposições das Leis nº 9.718/98, 10.637/02 e 10.865/04, pois subvertem o conceito de receita e faturamento esposado pela Constituição Federal, segundo variada coleção de argumentos, doutrina e jurisprudência;

6. a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é igualmente inconstitucional por violar os princípios da imunidade recíproca (art. 150, VI, CF), da capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF), da equidade, proporcionalidade e razoabilidade (art. 194, V, CF) e do não-confisco (art. 150, IV, CF);

7. a cobrança de multa de 75% é excessiva e confiscatória;

8. a compensação de tributos da mesma espécie pode ser feita pelo próprio contribuinte, sem necessidade de prévio requerimento ou autorização da autoridade fiscal; e

9. após as exclusões necessárias da base de cálculo das contribuições sociais, a Recorrente apurou os valores de PIS e de Cofins e compensou-os integralmente.

10. a solicitação de diligência para comprovar as alegações da Recorrente fora desprezada no acórdão recorrido;

11. a Recorrente não anexou livros e documentos fiscais e contábeis por economia processual, tendo em vista que o volume de documentos seria impróprio e inadequado;

12. a autoridade fiscal deveria ter verificado de ofício o recolhimento indevido de PIS e Cofins sobre vendas de produtos submetidas à alíquota zero; e

13. o presente feito deveria ficar sobrestado até a conclusão dos processos administrativos relacionados às fls. 555, referentes às PER/DCOMP's em andamento, sob o fundamento de que "a homologação destas compensações, anulam definitivamente a presente autuação" (fls. 556).

Em seus pedidos, postulou pelo acolhimento do Recurso Voluntário apresentado, para que, assim, seja cancelado o débito fiscal e arquivado este processo administrativo.

Em suma, é o relatório.

Voto

Conselheira Raquel Motta Brandão Minatel, Relatora

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/09/2013 por RAQUEL MOTTA BRANDAO MINATEL, Assinado digitalmente em 25

/09/2013 por RAQUEL MOTTA BRANDAO MINATEL, Assinado digitalmente em 02/10/2013 por ANTONIO CARLOS AT

ULIM

Impresso em 22/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, pois preenche os requisitos de tempestividade e adequação.

1- Do argumento de nulidade do auto de infração:

A Recorrente alega que o auto de infração é nulo, pois a fiscalização não teria promovido a correta investigação dos fatos deixando de verificar que a contribuinte não era devedora de PIS e Cofins, mas sim credora em razão de recolhimentos dessas contribuições sobre o ICMS no preço das vendas e sobre receitas sujeitas à alíquota zero, segundo legislação de regência do PIS e da Cofins, e que as compensações foram feitas pela própria Recorrente entre tributos da mesma espécie.

Ora, uma vez não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, tampouco nos artigos 10 e 59 do Decreto nº. 70.235/72 e não se identificando no instrumento de autuação nenhum vício prejudicial, não há que se falar em nulidade do lançamento. Por esse motivo, deixo de acolher a preliminar de nulidade.

2- Alegações de Mérito

A primeira alegação da Recorrente é de que teria apurado créditos pelo pagamento indevido de contribuições sociais sobre a venda de produtos que, no período de abrangência da autuação, estavam sujeitos à alíquota zero ou à substituição tributária pela legislação do PIS e da Cofins, citando como exemplo cigarros e produtos de higiene pessoal e toucador. Contudo, a Recorrente não apresenta nenhuma prova de que teria receitas oriundas de produtos sujeitos à alíquota zero ou sujeitos à substituição tributária no período, seja por meio de cópia de nota fiscal, ou de livros fiscais, limitando-se a juntar planilhas de apuração de base de cálculo sem qualquer lastro na contabilidade ou em documentos fiscais.

Ademais, compulsando as DIPJ dos anos calendário de 2002 e 2003 acostadas aos autos é possível constatar que o contribuinte não informou possuir, neste período, receitas referentes a vendas de produtos sujeitos à substituição tributária ou alíquota zero (fls. 56/61, 68/73, 458/472) que já não tenham sido considerados pela fiscalização.

Cabe ao contribuinte comprovar suas alegações e se eventualmente houve erro na sua apuração também deve demonstrá-lo, conforme já decidiu este Conselho no Acórdão 3301-001.580, *verbis*:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/03/2005 a 31/12/2007 LANÇAMENTO. BASE DE CÁLCULO. VALORES ESCRITURADOS. PRESUNÇÃO. O lançamento da contribuição, efetuado com base nos valores escriturados na contabilidade do contribuinte, não configura presunção da base de cálculo. VALORES DECLARADOS/DEVIDOS. DIFERENÇAS APURADAS. As diferenças apuradas entre os

valores da contribuição, declarados nas respectivas DCTFs e os efetivamente devidos, apurados com base nos valores escriturados na contabilidade do contribuinte, estão sujeitas a lançamento de ofício, acrescidas das cominações legais. CRÉDITOS. VALORES GLOSADOS. RESTABELECIMENTO. BASES DE CÁLCULO. VALORES ESCRITURADOS. ERROS. PROVAS. ÔNUS. Cabe ao recorrente o ônus de provar erros nos valores escriturados e utilizados como bases de cálculo dos créditos dedutíveis da contribuição devida sobre o faturamento mensal. O restabelecimento dos valores glosados somente é possível mediante a apresentação de provas comprovando o erro na escrituração contábil. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Assim, por absoluta falta de prova, não há como acolher esse argumento da Recorrente.

O outro argumento da Recorrente, sobre o qual tece extensa argumentação, é no tocante à possibilidade de exclusão do ICMS da base cálculo do PIS e da COFINS, alegando, em síntese, que seu entendimento é baseado no voto da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e que o ICMS é receita dos Estados e não dos contribuintes, e por esse motivo já teria o próprio agente fiscal que ter feito tais exclusões, e como não o fez, a Recorrente recalculou as contribuições e formulou diversas PER/Dcomp's, todas apresentadas após o protocolo da Impugnação, para efetivar tais compensações.

No tocante a essa matéria a própria Recorrente admite que se trata de questão que envolve a declaração de inconstitucionalidade das leis que regem o PIS e a Cofins, e como o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre a matéria, só resta a este Conselho decidir de acordo com o disposto na Súmula nº 02, *verbis*:

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

Os PER/Dcomp's apresentados pela Recorrente após a data de protocolo da Impugnação também não podem ser objeto de análise nestes autos, a uma porque a entrega foi efetuada após a lavratura do auto de infração, e duas porque agora está em julgamento a apuração de ofício efetuada pela fiscalização, e naquele momento não havia ainda qualquer compensação declarada.

Ademais, o direito à restituição de tributos não invalidam o lançamento já efetivado, nesse sentido já decidiu este Conselho por meio do Acórdão 204-02.138, *verbis*:

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO COMPENSAÇÃO COMO TESE DE DEFESA. Não cabe alegação de compensação como argumento de defesa contra o lançamento. O direito à restituição ou ressarcimento de tributos não tem o condão de invalidar o lançamento perpetrado. ESPONTANEIDADE. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A declaração de compensação dos valores exigidos no lançamento, dentro do prazo de vinte dias contados a partir da lavratura do termo de início de fiscalização, não tem o mesmo efeito do pagamento. A incidência dos acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo, nos termos do art. 47 da Lei n. 9.430/96, somente se dá nos casos de pagamento em sentido estrito. Normas que disponham sobre exclusão parcial do crédito

tributário devem ser interpretadas literalmente (art. 111 do CTN). Grifos acrescidos

A Recorrente alega ainda que teria efetuado outras compensações com o PIS e COFINS lançados de ofício e relativos ao período de julho de 2002 a 2003, relativos a valores alegadamente pagos a maior das mesmas contribuições apuradas em anos subsequentes (2004, 2006 e 2007), sem, contudo declarar à Receita Federal, pois no seu entendimento as compensações efetuadas entre tributos da mesma espécie não precisam ser informadas ao Fisco, invoca para tanto a Lei 8.383/91 e IN 21/97.

Na época das alegadas compensações internas, posteriores ao ano de 2004 (fls 546/547), a legislação aplicável já era a Lei 9.430/96, artigo 74, com a redação dada pelo artigo 49 da Lei 10.637/02, que assim dispõe:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)
(grifos acrescidos)

A entrega de declaração de compensação pelo contribuinte permite que o Fisco verifique se a extinção do crédito pela compensação foi efetuada de maneira adequada, ou não. Assim, após o ano de 2002, não pode o contribuinte efetuar compensação sem exteriorizá-la, ou seja, sem demonstrá-la ao Fisco, ainda que se trate de débitos e créditos do mesmo tributo.

A Recorrente traz ainda outras alegações no Recurso Voluntário, tais como, compensação de crédito de Finsocial reconhecido por meio processo judicial já transitado em julgado (fls. 505), e compensação de IRPJ e CSSL recolhidos a maior pela não exclusão do ICMS pago antecipadamente no custo da aquisição de mercadorias vendidas (fls. 506), sem contudo juntar qualquer comprovação dos fatos alegados, limitando-se a indicar acórdãos do CARF que autorizaram a compensação dessas matérias.

Por fim, alega a Recorrente que a multa de ofício aplicada no auto de infração em julgamento não respeitaria o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, e que seria, portanto, inconstitucional. Também no tocante à alegação de inconstitucionalidade da multa de 75%, prevista na Lei 9.430/96, aplico a Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Assim, por todo o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

Raquel Motta Brandão Minatel

CÓPIA