ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19515.004812/2008-18

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

CÓPIA

Processo nº	19515.004812/2008-18
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3302-002.641 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	29 de maio de 2014
Matéria	PIS
Recorrente	THERMOID S/A MATERIAIS DE FRICÇÃO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS - SUMULA CARF - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE.

É defeso aos julgadores administrativos analisar a constitucionalidade das normas legais, competência privativa do Judiciário. Súmula CARF nº 2 - "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

VALORES DECLARADOS EM DACON E DCTF - DESCONSTITUIÇÃO - PROVA DO CONTRIBUINTE

Para desconstituir o lançamento realizado pelo próprio contribuinte por meio de suas declarações - DCTF e DACON - necessário que o contribuinte comprove o erro realizado. A prova imputada à fiscalização é aquela de que as declarações do contribuinte não condizem com a realidade dos fatos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira seção de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA

Presidente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 30/07/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

CÓPIA

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Paulo Guilherme Déroulède, Mônica Elisa de Lima, Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Por retratar a realidade dos fatos, peço vênia aos meus pares para transcrever o relatório constante na decisão de primeira instancia administrativa, a saber:

> *"Trata-se de auto de infração de PIS (R$ 1.039.742,03) e Cofins (R$ 4.881.570,78) decorrente de apuração de insuficiências mensais entre valores declarados e/ou confessados e os recolhidos.*
>
> *A autoridade a quo verificou que **os valores informados na DACON relativos ao ano-calendário de 2005, de Pis e de Cofins, a pagar, estão superiores aos informados em DCTF** e aos valores recolhidos aos cofres públicos e constituiu os créditos tributários das diferenças.*
>
> *Em 19/08/2008 há ciência pessoal do autos de infração de Pis e de Cofins (fl 69 e 77).*
>
> *Em 17/09/2008 a interessada deduz irresignação (fl 83 e ss) com os argumentos sintetizados a seguir.*
>
> *A defesa diz que a autoridade não comprova as circunstâncias fáticas e documentais da autuação por divergência dos valores informados na DIPJ 2004 com a DACON, ano calendário 2005. A defesa diz que o ônus da prova quanto a tal fato é do Impugnado, que deve demonstrar, de modo cabal a ocorrência do fato jurídico tributário a ensejar autuação. A defesa transcreve lições de doutrinadores e decisões dos conselhos de contribuintes e de delegacias de julgamento. A defesa argui nulidade formal pela falta de comprovação do faturamento apurado na Dacon. A defesa diz que houve afronta ao artigo 195 da CF/88 (bis in idem). A defesa diz que o ICMS é receita de terceiros e não receita ou faturamento do sujeito passivo estando fora da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. A defesa transcreve doutrinas e jurisprudências. A defesa diz faltar isonomia (art. 150, II, da CF) por tratar contribuintes e não contribuintes de ICMS de modo distintos. A defesa transcreve doutrina. A defesa diz que PIS e COFINS, embora sejam denominadas de contribuição, tem natureza jurídica de imposto pois, analisando-se o binômio base de cálculo e hipótese de incidência da exação não se vislumbra qualquer vinculação a*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 30/07/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

uma atividade estatal. A defesa diz que sendo a capacidade contributiva o meio pelo qual a impugnada fita promover a justiça fiscal, incluir ICMS na base de cálculo da Cofins e do Pis é uma clara injustiça (§ 1º, art. 145, CF/88). A defesa diz que em respeito ao principio da não-cumulatividade, incluir ICMS na base de cálculo é uma cristalina ilegalidade, por causar a majoração das aliquotas de 2% para 3% da Cofins e do Pis. A defesa diz que em função do acima articulado, pode-se concluir que o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS pelos seguintes motivos: (i) o alcance do conceito constitucional de faturamento e receita não permite referida dilação na base de cálculo da exação; e (ii) isso representaria afronta aos princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva, da não-cumulatividade e da vedação ao confisco. A defesa diz que é dever, portanto, do órgão julgador administrativo observar, antes de tudo, a Constituição Federal e a Lei, por ocasião da apreciação das impugnações e recursos a ele submetidos. A defesa diz que desta forma, inclusive, já se pronunciou o Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes. Ao final, a defesa pleiteia recebimento e extinção, por nulidade dos autos de infração.

Não houve juntada de novos elementos voltados ao mérito da autuação."

Após analisar as razões trazidas pela Recorrente, a 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I – DRJ/SP1, proferiu o acórdão nº 16-34.029, que restou da seguinte forma ementado:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

NULIDADE. DESCABIMENTO.

Quando o ato administrativo de lançamento obedece às suas formalidades essenciais não cabe falar em nulidade.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEIS. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País não podendo negar-lhe execução e sendo incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, haja vista que tais matérias estão adstritas ao âmbito judicial.

PRODUÇÃO DE PROVAS. PRECLUSÃO. As provas devem ser apresentadas no prazo de impugnação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 30/07/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da contribuição. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo sem previsão em lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da contribuição. Inadmissível excluirse valores da base de cálculo sem previsão em lei.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido."

A Recorrente, irresignada, apresentou recurso voluntário, oportunidade em que reiterou as razões trazidas em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

CONSELHEIRA FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado trata-se de auto de infração lavrado em virtude das diferenças encontradas entre as próprias declarações do contribuinte, DCTF e DACON. O contribuinte discorre, basicamente, sobre **(i)** a afronta a princípios constitucionais, **(ii)** a falta de comprovação, por parte da fiscalização, da existência dos valores autuados, ou seja, do faturamento que não foi tributado e **(iii)** da impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS.

(i) Aspectos Constitucionais

O Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário. Tal decisão resultou na Súmula nº 2, abaixo reproduzida:

"SÚMULA CARF Nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

PRECEDENTES: *Súmulas 2 do 1º e 2º CC a acórdãos: 101-94.876, 103-21568, 105-14586, 108-06035, 102-46146, 203-09298, 201-77691, 202-15674, 201-78180, 204-00115."*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 30/07/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Desta forma, o recurso apresentado, no que se refere à discussão acerca dos princípios constitucionais, não pode ser conhecido por incompetência do órgão colegiado para apreciação da matéria específica.

(ii) Dos valores Autuados

Outra alegação da Recorrente refere-se à impossibilidade de manutenção do auto de infração em virtude de a fiscalização não ter comprovado a ocorrência do faturamento que não foi devidamente tributado. Discorre sobre o fato de que a obrigação de comprovar as infrações é da fiscalização.

A Recorrente estaria coberta de razão se e somente se estes valores tivessem sido "criados" pela fiscalização. Ocorre que não foi o que ocorreu. *In casu,* os valores foram extraídos de declarações da própria contribuinte, diferenças ente DACON e DCTF.

Assim, quem constituiu a diferença e não conseguiu desconstituir, posto que não houve nenhuma comprovação de erro nas declarações, foi a Recorrente, e isto não pode ser ignorado.

Desta forma, nego provimento ao pleito da Recorrente neste particular.

(iii) Da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e COFINS

Por fim, discute-se a inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e COFINS.

Mais uma vez trata-se de matéria atinente à análise de constitucionalidade de lei, que não pode ser analisada no âmbito deste tribunal administrativo. A determinação de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições está prevista em Lei Complementar e, portanto, a menos que afastada pelo Supremo Tribunal Federal, tem que ser respeitada por este tribunal administrativo.

Ante o exposto, é o presente para conhecer do Recurso Voluntário apresentado e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 30/0
7/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 30/0
7/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS
Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA