



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

Processo nº 19647.006131/2004-65
Recurso nº 367.894 Voluntário
Acórdão nº **3101-000.579 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 09 de dezembro de 2010
Matéria PIS - COFINS
Recorrente MALHAS FAMOSAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

ARBITRAMENTO EM VIRTUDE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.
INCOMPETÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO.

Os lançamentos de 1999 a 2001 - arbitramento em virtude da exclusão do SIMPLES - são de competência da Primeira Seção deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, consoante art. 2º, incisos IV e V, do anexo II do atual Regimento, aprovado pela Portaria MF nº256/2009.

BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, sendo vedada a inclusão da receita financeira, em face da declaração de inconstitucionalidade, com repercussão geral, do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, no RE 357.950-9.

Recurso Voluntário Conhecido em Parte e Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto aos fatos geradores ocorridos entre 1999 e 2000, declinando da competência de julgamento para a Primeira Seção de Julgamento para apreciação da matéria em relação a esse período; e, na parte remanescente, por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso para excluir as receitas financeiras da base de cálculo das contribuintes para o PIS e Cofins. Vencidos os Conselheiros Corinto Oliveira Machado (Relator) e Henrique Pinheiro Torres, que negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Roberto Domingo.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente

Corintho Oliveira Machado - Relator

Luiz Roberto Domingo - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Luiz Roberto Domingo, Tarásio Campelo Borges, Valdete Aparecida Marinho, Vanessa Albuquerque Valente e Corintho Oliveira Machado.

Relatório

Adoto o relato do órgão julgador de primeiro grau até aquela fase, com as devidas adições:

I - DA EXIGÊNCIA FISCAL.

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados, em 30/06/2004, os Autos de Infração da Contribuição para o Programa de Integração Social, anos calendário 1999 a 2003, fls. 05 a 22 e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, anos calendário 1999 a 2003, fls. 408 a 425, conforme demonstrativo a seguir:

Tabela 1 - Crédito Tributário Em R\$

NATUREZA	Imposto/ Contribuição	Juros de Mora	Multa Proporcional	Total do CT
PIS	17.725,80	10.717,98	13.294,10	41.737,88
COFINS	81.288,38	48.992,15	60.966,08	191.246,61
TOTAL				232.984,49

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação do PIS e da COFINS, cujos enquadramentos legais encontram-se discriminados nos respectivos autos de infração. No Termo de Verificação Fiscal (fls. 24 a 34), o autuante descreve detalhadamente todas as informações concernentes ao procedimento fiscal e relata as apurações efetuadas nesta auditoria que passamos a resumir

abaixo:

Documento assinado digitalmente em 22/10/2013 por LUIZ ROBERTO DOMINGO, Assinado digitalmente em 22/10/2013

por LUIZ ROBERTO DOMINGO, Assinado digitalmente em 05/06/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado

o digitalmente em 01/11/2013 por CORINTHO OLIVEIRA MACHADO

Impresso em 26/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Histórico

A ação fiscal iniciou-se em 05/02/2004 com a solicitação da apresentação dos livros fiscais e contábeis nos anos calendário 1999 a 2003, bem como outros documentos pertinentes a ação fiscal. Não foram apresentados os livros Caixa e de Registro de Inventário dos anos-calendário de 1999 a 2001.

A Exclusão do Simples

Os livros citados não foram apresentados após as intimações de 05/02/2004, 27/02/2004 e 04/03/2004, e então, a fiscalização compareceu em 15/03/2004 a empresa responsável pela escrituração da fiscalizada, a ENAC – Assessoria Contábil Ltda., tendo constatado que tais livros não haviam sido escriturados.

Neste período a empresa era optante pelo SIMPLES e a falta de apresentação dos Livros Caixa e de Registro de Inventário até 15/03/2004 caracterizou situação descrita no art. 195, inciso II, do RIR/99, sendo motivo suficiente para a exclusão do regime simplificado. Desta maneira, foi expedido o Ato Declaratório Executivo n.º 18, publicado no D.O.U. de 24/03/2004, excluindo a empresa com efeitos retroativos a janeiro de 1999.

Em 26/04/2004, a contribuinte apresenta os Livros Caixa referente ao período 1999 a 2001, com autenticação da Junta Comercial de 20/04/2004, o que confirma que estes não foram escriturados no período em que a empresa esteve no SIMPLES (janeiro de 1999 a dezembro de 2001).

Uma vez excluída do regime simplificado e sem possuir escrituração contábil que possibilitasse a apuração pelo lucro real, restou a empresa fiscalizada a forma de tributação pelo lucro arbitrado, conforme disposto no art. 530, inciso III.

Os valores para o arbitramento foram obtidos das vendas escrituradas no Livro de Registro e Apuração de ICMS. A contribuinte efetuou pagamentos no código 6106, que foram considerados indevidos pela fiscalização e não foram considerados na apuração do auto de infração.

A Tributação no Ano Calendário 2002

Em relação ao ano calendário 2002 a empresa apresentou quatro declarações todas pelo lucro presumido e foram apresentadas as DCTF's dos quatro trimestres. Entretanto, a empresa deixou de incluir nas bases de cálculo dos tributos e contribuições os valores das receitas financeiras obtidas com descontos e juros de aplicações financeiras, escrituradas no Livro Razão.

A Tributação no Ano Calendário 2003.

Relativamente ao ano calendário 2003, foram apresentadas as DCTFs nos quatro trimestres, com opção pelo lucro presumido. Novamente, a empresa deixou de incluir nas bases de cálculo

dos tributos e contribuições os valores das receitas financeiras obtidas com descontos e juros de aplicações financeiras.

Dos Autos de Infração do IRPJ e CSLL.

Em decorrência das infrações constadas foi lavrado o auto de infração do IRPJ que tem por base duas infrações: a) falta de recolhimento nos anos calendário 1999 a 2001 em decorrência do arbitramento dos lucros e b) divergência entre os valores da base de cálculo nos anos calendário 2002 e 2003, em virtude da não inclusão dos valores das receitas financeiras e das obtidas com descontos.

Quanto a CSLL, foram lavrados dois autos de infração, o primeiro englobando as contribuições decorrentes do arbitramento do lucro, período 1999 a 2001, e um segundo referente às diferenças de receitas financeiras e descontos, nos anos calendário 2002 e 2003.

Dos Autos de Infração do PIS e da COFINS

Os autos de infração do PIS e da COFINS tem por base as duas mesmas infrações: arbitramento do lucro em 1999 a 2001 e diferenças de base de cálculo decorrente de receitas financeiras e descontos obtidos no período 2002 e 2003.

II - DA IMPUGNAÇÃO.

Contestando os autos de infração do presente processo a contribuinte apresentou sua impugnação as fls. 268/269 e 675/676, referentes respectivamente aos lançamentos do PIS e da COFINS, onde afirma a existência de créditos suficientes, nos anos calendário 1999 a 2001, para quitação dos débitos apurados no arbitramento, não justificando o auto de infração, o que foi entendido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento como solicitação para que fossem considerados na apuração do lucro arbitrado, anos calendário 1999 a 2001, os valores pagos pelo SIMPLES.

assim o acórdão:

A DRJ em RECIFE/PE julgou procedente em parte o lançamento, ementando

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

PAGAMENTOS EFETUADOS A TÍTULO DE SIMPLES. IRPJ. CSLL.

Quando da exigência de ofício do IRPJ e da CSLL, devem ser considerados os recolhimentos proporcionais relativos aos tributos efetuados para os mesmos períodos de apuração pela sistemática unificada do Simples.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA - NÃO INCLUSÃO DOS VALORES DAS RECEITAS FINANCEIRAS E DAS RECEITAS

OBTIDAS COM DESCONTOS NA BASE DE CÁLCULO DO LUCRO PRESUMIDO.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Exercício: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

PAGAMENTOS EFETUADOS A TÍTULO DE SIMPLES. IRPJ. CSLL.

Quando da exigência de ofício do IRPJ e da CSLL, devem ser considerados os recolhimentos proporcionais relativos aos tributos efetuados para os mesmos períodos de apuração pela sistemática unificada do Simples.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA - NÃO INCLUSÃO DOS VALORES DAS RECEITAS FINANCEIRAS E DAS RECEITAS OBTIDAS COM DESCONTOS NA BASE DE CÁLCULO DO LUCRO PRESUMIDO.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Lançamento Procedente em Parte.

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, fls. 857 e seguintes, onde agora reafirma o exposto na impugnação, porém estendido aos demais períodos, ou seja, afirma a existência de créditos suficientes nos anos calendário 1999 a 2001 para quitação dos débitos apurados no arbitramento e nos anos calendário 2002 e 2003 (lucro presumido), não justificando-se o auto de infração; aduz argumentação totalmente nova em relação à exclusão do SIMPLES, ao arbitramento e diz que impugnou sim o tópico relativo a receitas financeiras e obtidas com descontos na base de cálculo do lucro presumido; por fim, requer a reforma da decisão de primeiro grau e a improcedência da ação fiscal.

Após alguma tramitação, a Repartição de origem encaminhou os presentes autos para apreciação deste órgão julgador de segunda instância.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

DA INCOMPETÊNCIA PARCIAL

Em primeiro plano, cumpre destacar que este Colegiado, ao meu sentir, não tem competência para apreciar a matéria concernente aos lançamentos de 1999 a 2001 - arbitramento em virtude da exclusão do SIMPLES, por tratar-se de matéria a cargo da Primeira Seção deste Conselho, consoante art. 2º, incisos IV e V, do anexo II do atual Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº256/2009.

DA PRECLUSÃO

Consoante relatado, a impugnante foi extremamente lacônica em sua peça vestibular de defesa, apenas afirmando a existência de créditos suficientes, nos anos calendário 1999 a 2001, para a quitação dos débitos apurados no arbitramento, não justificando o auto de infração. Agora, em sede recursal, além de dizer que seus créditos superam o lançamento como um todo (lucros arbitrado e presumido) quer reabrir discussões como a sua exclusão do SIMPLES, o arbitramento e o tópico relativo a receitas financeiras e obtidas com descontos na base de cálculo do lucro presumido.

A questão relativa à exclusão do SIMPLES, e bem assim as discussões sobre o arbitramento não podem ser apreciadas por este Colegiado, conforme explicitado no item *DA INCOMPETÊNCIA PARCIAL* precedente. O tópico relativo a receitas financeiras e obtidas com descontos na base de cálculo do lucro presumido deviam ter lugar na primeira instância, sob pena de preclusão da matéria, não se podendo neste órgão julgador de segundo grau reabrir oportunidade para tanto, uma vez que o processo não pode marchar para trás. **Trata-se de matéria preclusa, e portanto decidida no âmbito deste contencioso**, como bem já manifestou-se a decisão guerreada, inclusive fazendo constar o tema na ementa anteriormente explicitada no relatório deste voto.

Posto isso, demonstrada escorreita a decisão atacada, no que tange aos anos calendários 2002 e 2003, voto pelo DESPROVIMENTO do recurso voluntário nesta parte, e **NÃO CONHECIMENTO** do recurso na parte que diz com os anos calendários 1999 a 2001,

por incompetência, e consequente declínio para a Primeira Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Sala das Sessões, em 09 de dezembro de 2010

CORINTHO OLIVEIRA MACHADO

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator Designado

Com todo respeito que merece a conclusão a que chegou o Ilustre Conselheiro Corinto Oliveira Machado, tenho entendimento que, em relação à estrita legalidade não é possível a aplicação da preclusão.

Isso porque, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-MF, mesmo que na função de julgante administrativo, matem o exercício do auto controle dos atos da administração, devendo zelar pela legalidade e tendo como missão “exercer o controle de legalidade dos atos administrativos tributários.

Portanto, ainda que o contribuinte não tenha alegado a irregular conformação da base de cálculo, cabe à administração corrigir a ilegalidade de ofício com o fim de evitar que a exigência ilegal seja reparada apenas no Poder Judiciário, fato que, ocorrendo, opera em desfavor da economia processual e do menor ônus à solução de controversas. Em fim, o reconhecimento da ilegalidade do lançamento confirma a atuação em face do interesse público.

Pois bem. Com a edição da Medida Provisória nº 1.724/98, convertida na Lei nº 9.718/98, a base de cálculo do PIS e da COFINS passou a ser a totalidade, mas sobre a totalidade das receitas auferidas, nos termos do artigo 3º, §1º:

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

§1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Embora o referido dispositivo tenha sido revogado pela Lei nº 11.941, de 2009, na época dos fatos, ainda estava vigente. Assim, a autuação foi lavrada com base no alargamento da base de cálculo trazida pela Lei nº 9.718/98, que foi posteriormente considerada inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado nos autos no RE nº 585.235 em sede de Repercussão Geral:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do

Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

(RE 585235 QO-RG, Relator: Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULGAÇÃO 27/11/2008 PUBLICAÇÃO 28/11/2008 EMENTA VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871)

Com esse julgamento, restou afastada a aplicação do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, devendo ser calculados o PIS e a COFINS somente sobre o faturamento, conforme enunciado original da Constituição Federal (antes da Emenda Constitucional nº 20/98).

Diante do exposto DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso para excluir as receitas financeiras da base de cálculo das contribuições.

Luiz Roberto Domingo – Relator Designado