



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

Processo nº 19647.007138/2009-17
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3302-000.408 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 25 de abril de 2014
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente GONDOLA DISTRIBUIDORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator. Ausente, momentaneamente, a conselheira Fabiola Cassiano Keramidas.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 27/04/2014

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Paulo Guilherme Déroulède e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Contra a empresa recorrente foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de PIS e de Cofins do ano de 2003, tendo em vista que a Fiscalização constatou a falta de recolhimento das exações sobre a receita de revenda de mercadorias.

Inconformada com a autuação a empresa interessada impugnou o lançamento, cujos fundamentos da contestação foram resumidos pela decisão recorrida nos seguintes termos:

3.1 - no que concerne à Cofins, não merece prosperar a autuação, tendo em vista que não foram consideradas deduções a que faz jus a Impugnante;

3.2 - é sabido que o art. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, ao alterar a base de cálculo da Cofins violou o art. 110 do Código Tributário Nacional, por pretender modificar o conceito jurídico de faturamento, equiparando a receita bruta;

3.3 - a referida lei ordinária impôs uma concepção plástica da base de cálculo da Cofins prejudicial aos contribuintes, comportando tamanho elastério a ponto de, praticamente, criar uma nova contribuição;

3.4 - não poderia o art. 3º da Lei nº 9.718/98 alterar o conceito do faturamento, implicando numa equiparação da espécie (faturamento) com o gênero (receita). Nessa medida, a mencionada lei não apenas alterou a base de cálculo da Cofins, como criou uma camuflada e ilegal nova fonte de custeio para a seguridade social;

3.5 - não se diga que a EC nº 20 teve o condão de validar a Lei nº 9.718/98, posto que é regra primária que a Constituição Federal (também suas emendas) não pode recepcionar Lei Infraconstitucional que, à época de sua promulgação, era inconstitucional. Mesmo após a EC 20, seria indispensável a edição de nova lei versando sobre a matéria - o que inexistente com relação a Cofins;

3.6 - impende também registrar que o ICMS incidente sobre as operações da Impugnante deve ser, totalmente - e não apenas quando recolhido na condição de substituto tributário - deduzido da base de cálculo da Cofins, para esse fim. O auditor não destacou da base de cálculo tais valores que não compõem o faturamento da Impugnante;

3.7 - a própria Lei nº 9.718/98, embora de constitucionalidade duvidosa, reconhece o direito do contribuinte de ser deduzido da base de cálculo os valores correspondentes aos recolhimentos de ICMS antecipados, conforme § 2º do art. 3º da mencionada lei;

3.8 - ocorre que para o fim de obter a base de cálculo da Cofins, a exclusão do ICMS substituição, valendo observar os dados disponibilizados pela própria Secretaria da Fazenda acerca dos recolhimentos efetuados pela Impugnante;

3.9 - impõe-se a exclusão da base de cálculo da Cofins do montante recolhido pela Impugnante a título de ICMS substituição no período da autuação, conforme valores informados pela própria Secretaria da Fazenda (doc. 04) lembrando que os códigos de receita 009-4 e 042-6 dizem respeito exatamente ao ICMS substituto (art. 247 do RICMS-PE e Portaria SF 12/03 - doc 05), totalizando, no período autuado, respectivamente o montante de R\$ 653.228,00 (seiscentos e cinquenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais) e R\$ 6.906,30 (seis mil, novecentos e seis reais e trinta centavos) a ser excluído da base de cálculo da Cofins conforme expressa disposição do § 2º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98, bem assim, consecutivamente, os juros e a multa aplicados sobre esta equivocada base de cálculo;

3.10 - tanto no que concerne à exação do PIS como quanto à Cofins, diz respeito ao fato do auditor fiscal não haver suprimido da autuação o montante retido na fonte, no período autuado, concernente ao PIS e à Cofins. Estes valores estão representados na

planilha anexa (doc. 08) em valores extraídos das aquisições operadas através das notas fiscais também inclusas (doc. 07);

3.11 - não bastassem as inconstitucionalidades e ilegalidades noticiadas, uma outra inconstitucionalidade aflora, consistindo na adoção da taxa selic como critério de atualização monetária, fls. 181/188;

3.12 - às fls. 188/191, trata da multa como confiscatória;

3.13 - requer:

3.13.1 - seja julgado improcedente o lançamento quanto a Cofins, por ofensa ao § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e pelos demais fundamentos apontados nesta peça, ou, caso assim não entenda, que determine a exclusão da sua base de cálculo dos valores comprovadamente pagos pela Impugnante a título de ICMS substituição, conforme documentos em anexo, bem assim, consecutivamente, a exclusão dos juros e multa incidentes sobre os valores excluídos da base de cálculo;

3.13.2 - seja julgado improcedente a lançamento do PIS e da Cofias pela ausência de exclusão dos valores recolhidos a este título na fonte, ou, assim não entendendo, que seja determinada a exclusão de tais valores e seus consectários naturais (multa e juros) representados na planilha e documentos anexos;

3.13.3 - caso conclua-se pela procedência da autuação, que seja determinada a exclusão dos valores agregados ao suposto crédito tributário a título de taxa selic, tendo em vista sua demonstrada inconstitucionalidade e ilegalidade, bem assim a redução da multa, adequando-a aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife - PE julgou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão nº 11-27.340, de 20/08/2009, cuja ementa abaixo se transcreve.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003 BASE DE CALCULO.

A base de cálculo para o PIS/PASEP é o faturamento do mês, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, entendendo-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada, com as exclusões previstas em lei.

COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, por falta de previsão legal, não é permitida, quando cobrado na condição de contribuinte. O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pela contribuição em tela.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhe execução.

TRIBUTOS E MULTA. CONFISCO.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório dos tributos, se refere aos tributos e não às multas e se dirige ao legislador, e não ao aplicador da lei.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

A extensão dos efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio e, ainda assim, desde que seja editado ato específico do Sr. Secretário da Receita Federal nesse sentido. Não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os juros de mora incidem, sempre, seja nos pagamentos espontâneos após o prazo de vencimento da exação fiscal, seja nos lançamentos de ofício. A justificativa legal, para tanto, decorre do fato dos juros de mora não terem natureza de penalidade, mas sim natureza compensatória; são remuneração do capital da Fazenda Pública em posse do contribuinte moroso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003 BASE DE CALCULO.

A base de cálculo para a Cofins é o faturamento do mês, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, entendendo-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada, com as exclusões previstas em lei.

PIS. EXCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, por falta de previsão legal, não é permitida, quando cobrado na condição de contribuinte. O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pela contribuição em tela.

COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, por falta de previsão legal, não é permitida, quando cobrado na condição de contribuinte. O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pela contribuição em tela.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhe execução.

TRIBUTOS E MULTA. CONFISCO.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório dos tributos, se refere aos tributos e não às multas e se dirige ao legislador, e não ao aplicador da lei.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

A extensão dos efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio e, ainda assim, desde que seja editado ato específico do Sr. Secretário da Receita Federal nesse sentido. Não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os juros de mora incidem, sempre, seja nos pagamentos espontâneos após o prazo de vencimento da exação fiscal, seja nos lançamentos de ofício. A justificativa legal, para tanto, decorre do fato dos juros de mora não terem natureza de penalidade, mas sim natureza compensatória; são remuneração do capital da Fazenda Pública em posse do contribuinte moroso.

Ciente desta decisão em 14/12/2009 (conforme AR), a interessada ingressou, no dia 07/01/2010, com Recurso Voluntário, no qual renova os argumentos da impugnação e levanta a preliminar de que o Acórdão recorrido deixou de analisar a tese de inconstitucionalidade de base de cálculo do PIS e da Cofins e de aplicar as disposições do disposto no inciso I, do parágrafo único, do art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, posto que o Pleno do STF declarou inconstitucional o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

Na forma regimental, o recurso voluntário foi distribuído para relatar.

É o Relatório.

Relatório

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece.

Como relatado, trata o presente de autos de infração de PIS e de Cofins lavrados em razão da falta de recolhimento das exações.

Na impugnação, a empresa Recorrente alegou: (i) a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98; (ii) a falta de exclusão do ICMS (substituição e normal) da base de cálculo das exações; (iii) a falta de dedução do valor pago na fonte a título de PIS e Cofins (monofásicos); (iv) a multa de ofício; e (v) os juros de mora pela selic.

Ainda na impugnação, a empresa fez um demonstrativo das compras com tributação monofásica de PIS e de Cofins, destacando o valor da compra e o valor do correspondente PIS e Cofins incidentes nessas operações, cuja dedução está pleiteando.

Juntou, também, demonstrativo dos recolhimentos do ICMS nos códigos 009-4 e 042-6 (Portaria SF nº 12/2003), que se destinam aos seguintes recolhimentos:

009-4 – ICMS – Substituição pelas entradas sem deferimento.

042-6 – ICMS – Substituição tributária – contribuinte de outro Estado.

Com relação às operações de compra e venda de produtos farmacêuticos e de higiene pessoal sujeitas à incidência na forma do inciso I do art. 54 do Regulamento do PIS e da Cofins (Decreto nº 4.524/2002), não há previsão legal para a dedução do valor do PIS e da Cofins recolhidos pelos fornecedores da Recorrente. No entanto, a receita da venda desses produtos está sujeita à alíquota zero, conforme dispõe o inciso IV, do art. 58 do citado Regulamento do PIS e da Cofins.

Portanto, as notas fiscais de compra dos referidos produtos, juntadas aos autos pela Recorrente, provam que ela adquiriu tais produtos para revenda e, conseqüentemente, a receita da revenda dos mesmos está sujeita à alíquota zero do PIS e da Cofins, cabendo à Recorrente demonstrar e provar o valor da referida receita.

Como a Recorrente não trouxe aos autos a prova da receita auferida com a venda dos produtos adquiridos, e que foram tributados na forma prevista no art. 58, I, do Regulamento do PIS e Cofins, aprovado pelo Decreto nº 4.524/2002, entendo necessário que os autos retornem à DRF para que a Recorrente seja intimada a demonstrar e provar o valor da receita sujeita à alíquota zero.

Com relação à exclusão do ICMS substituição tributária, a que se refere o § 2º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, abaixo reproduzido, a Recorrente está pleiteando a dedução da base de cálculo das exações (receita de revenda de mercadorias) o valor do ICMS substituição pelas entradas de mercadorias (código 009-4), ou seja, compras de mercadorias e não pela venda de mercadorias, quando o valor do ICMS substituição está incluído no preço de venda e, portanto, no valor da receita de revenda de mercadorias, base de cálculo das exações.

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

[...]§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto. (grifei).

Por outro lado, para os recolhimentos de ICMS eventualmente feitos no código **“042-6 - ICMS - Substituição tributária - contribuinte de outro Estado”** não foi possível

identificar se se refere à operações de venda (saída) ou operações de compra (entrada) de mercadorias. É necessário esclarecer essa dúvida antes do julgamento da lide.

Por fim, em relação à alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, deve a Recorrente ser intimada a demonstrar quais as receitas, além da receita de revenda de mercadorias, foram incluídas na base de cálculo dos autos de infração objeto da contestação e que ela Recorrente está pleiteando a exclusão. Isto porque este Conselheiro Relator não identificou nenhuma outra receita, além da receita de revenda de mercadorias, incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins dos lançamentos contestados.

Isto posto, conduzo meu voto no sentido de converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem da RFB para as seguintes providências:

1- intimar a Recorrente a demonstrar e comprovar, para cada período de apuração, o valor da receita de revenda de mercadoria tributada com alíquota zero (inciso IV, do art. 58 do Regulamento dos PIS e da Cofins);

2- apurar e informar se os recolhimentos de ICMS no código “**042-6 - ICMS - Substituição tributária - contribuinte de outro Estado**” referem-se a operações de entrada ou operações de saída de mercadorias. Caso se refira a operações de saídas de mercadorias (vendas), intimar a Recorrente a provar a efetividade das operações e, também, que o valor do ICMS recolhido integra o preço da mercadoria vendida, em cada período de apuração.

3- intimar a Recorrente a identificar quais receitas, dentre aquelas acrescidas à base de cálculo do PIS e da Cofins pelo § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 (declarado inconstitucional pelo Pleno do STF), foram incluídas pela Autoridade Lançadora na base de cálculo dos autos de infração contestados;

4- apurar a veracidade das informações prestadas pela Recorrente, em resposta aos itens acima, e manifestar-se de forma conclusiva sobre eventual alteração da base de cálculo e do crédito tributário lançado de ofício.

5- dar ciência à recorrente desta Resolução e do resultado da diligência, abrindo-lhe o prazo previsto no Parágrafo Único, do art. 35, do Decreto nº 7.574/11, para manifestação.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator