



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

Processo nº 19647.007857/2006-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.207 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2014
Matéria COFINS - AI
Recorrente VIA MIX DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE.

Não provada violação das disposições contidas nas normas reguladoras do processo administrativo fiscal, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida.

DECISÃO RECORRIDA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.

A indicação expressa, na decisão recorrida, dos dispositivos legais infringidos e da fundamentação das exigências tributárias, permitiu ao sujeito passivo exercer seu direito de defesa.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Reconhecida pelo julgador ser prescindível ao julgamento a baixa dos autos à autoridade preparadora para realização da perícia solicitada, rejeita-se o pedido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/03/2003, 01/07/2003 a 30/09/2003, 01/11/2003 a 31/12/2003

DIFERENÇAS APURADAS. LANÇAMENTO.

As diferenças entre os valores da contribuição, declarados nas respectivas DCTF, e os efetivamente devidos, apurados com base na escrita fiscal e contábil do sujeito passivo, estão sujeitas a lançamento de ofício.

RECEITAS. ALÍQUOTA ZERO. PROVAS.

A redução a zero da alíquota da contribuição incidente sobre o faturamento mensal, para os revendedores de produtos sujeitos à tributação monofásica pelo industrial e/ ou importador de tais produtos, depende da comprovação,

mediante a apresentação de documentos fiscais e/ ou contábeis, de que decorreram da revenda de tais produtos.

BASE DE CÁLCULO. ICMS FATURADO. EXCLUSÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal para se excluir o valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) faturado da base de cálculo do PIS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

DIFERENÇAS APURADAS. LANÇAMENTO.

As diferenças entre os valores da contribuição, declarados nas respectivas DCTF, e os efetivamente devidos, apurados com base na escrita fiscal e contábil do sujeito passivo, estão sujeitas a lançamento de ofício.

RECEITAS. ALÍQUOTA ZERO. PROVAS.

A redução a zero da alíquota da contribuição incidente sobre o faturamento mensal, para os revendedores de produtos sujeitos à tributação monofásica pelo industrial e/ ou importador de tais produtos, depende da comprovação, mediante a apresentação de documentos fiscais e/ ou contábeis, de que decorreram da revenda de tais produtos.

BASE DE CÁLCULO. ICMS FATURADO. EXCLUSÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal para se excluir o valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) faturado da base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

MULTA DE OFÍCIO.

No lançamento de ofício para a constituição e exigência de crédito tributário, é devida a multa punitiva nos termos da legislação tributária então vigente.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC.

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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os conselheiros Antônio Lisboa Cardoso, Fábria Regina Freitas e Mônica Elisa de Lima que propuseram baixar os autos

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

Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 13

/03/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 29/05/2015 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

em diligência à unidade de origem. Fez sustentação oral pela recorrente o advogado Paulo César França da Silva, OAB/PE nº 22.772.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Mônica Elisa de Lima, José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Andrada Márcio Canuto Natal e Fábiana Regina Freitas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da DRJ em Recife (PE) que julgou improcedente a impugnação interposta contra os lançamentos das Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS), com incidência não cumulativa, e para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), com incidência cumulativa, referentes aos períodos de competência de janeiro a dezembro de 2003.

As parcelas lançadas e exigidas decorreram de diferenças entre os valores declarados/pagos e os efetivamente devidos, apurados com base na escrita fiscal e contábil da recorrente, conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de cada auto de infração e Termo de Constatação Fiscal às fls. 185/187 (fls. 193/195-proc. digital).

Inconformada com os lançamentos, a recorrente impugnou-os (fls. 199/209), alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

PRELIMINAR DE NULIDADE

I- aduz que a denúncia não está tipificada, pois consta no Auto de Infração um "amontoado" de dispositivos legais, dentre os quais, a defendente não sabe de qual se defender e nem aquele que disciplina a matéria que serviu de objeto dos autos de infração;

II- alerta que, assim, se não foi tipificado adequadamente é porque inexistente obrigação prevista em lei a ser cumprida e enumera uma série de consequências que considera inevitáveis, entre elas a nulidade dos atos e a desobediência aos princípios norteadores do lançamento inscrito no art. 142 do CTN, que é a clareza na proposição do lançamento.

INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS – PRODUTOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

I- aduz que improcede a denúncia fiscal de que foram recolhidas a menor as contribuições da Cofins e do PIS, visto que a suposta diferença encontrada pela fiscalização, através do confronto entre as bases de cálculo declaradas e as bases de cálculo levantadas nos seus Livros de Apuração de ICMS, ocorreu porque os mesmos não excluíram da receita bruta do ICMS;

II- esclarece que ela, a contribuinte, nas vendas realizadas a contribuinte do ICMS, está obrigada a recolher o ICMS normal decorrente da operação de venda, e ainda o ICMS sobre o valor presumido de futuras vendas a serem realizadas pelos compradores dos seus produtos. Portanto, recolhe o ICMS substituto antes de ocorridas as operações;

III- cita decisão do Plenário do STF, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, segundo o qual descabe incidência do ICMS na base de cálculo da Cofins, e por analogia, do PIS, tendo em vista a mesma base de cálculo, conforme Informativo nº 437 que transcreve;

IV- tece considerações sobre os conceitos de faturamento e entende que, sendo esta a palavra citada no art. 195 da Constituição, não pode ser interpretada de forma vaga e imprecisa;

V- tece ainda considerações sobre o art.2º da LC nº 70/91 para concluir que no caso do ICMS não ocorreram as operações e nem tampouco prestação de serviços, posto que o imposto é pago antecipadamente;

VI- entende que se existe jurisprudência pacífica do STF e do STJ quanto à inconstitucionalidade da norma, impede a fiscalização federal de autuar, conforme estatuído no art. 19 da Lei nº 1.022/2002 (sic) e transcreve os §§4º e 5º do dispositivo legal citado, acrescentado que o art. 2º da Lei nº 9.784/99 determina que cabe ao administrador público obedecer ao princípio da legalidade;

VII- pondera que outro ponto de destaque é que na denúncia fiscal consta ainda que grande parte das mercadorias comercializadas estão sujeitas à sistemática da substituição tributária, ou seja, produtos à alíquota zero de PIS e Cofins nas saídas subseqüentes da indústria, estando tais mercadorias devidamente descritas nas Notas Fiscais de vendas de nº 8542 a 91365, ou seja, 82.823 notas, as quais, conforme já asseverado à autoridade fiscalizadora, pelo exíguo espaço de tempo, não foi possível a apresentação de tão elevado número de notas, razão porque pugna desde já pela juntada posterior das referidas notas, trazendo aos autos, por amostragem, 35 dessas notas fiscais, pois se referem a vendas de produtos de beleza listados nas posições 3303.00 a 3707.90.00 da TIPI;

VII- conclui, após a transcrição de trecho do voto emitido no Resp 501628 da Ministra Eliana Calmon que, embora todo o faturamento seja receita, nem toda receita é faturamento, como observa o Ministro Cezar Peluso no Voto-Vista no RE 346-084-6-PA. E que, ademais, deve ser subtraído o ICMS que está embutido no valor da fatura o que não pode de maneira nenhuma se equiparar a faturamento;

MULTA CONFISCATÓRIA E INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC COMO JUROS DE MORA

I- considera ilegal e inconstitucional a aplicação da multa de ofício de 75%, alegando ser esta confiscatória, bem como a aplicação dos juros de mora à taxa Selic, por força do que dispõe o art.161 do CTN, o qual determina que só se pode cobrar juros de mora (originado do retardo e impontualidade contratual), não admitindo o percentual superior a 1% (um por cento).

[...].

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou-a improcedente, conforme acórdão nº 11-23.270, datado de 30/07/2008, às fls. 371/392, sob as seguintes ementas:

“INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

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

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS

A falta ou insuficiência de recolhimento do PIS constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário

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.*

LANÇAMENTO DE OFICIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. LEGALIDADE. TAXA SELIC. *Legítima a aplicação da taxa Selic, para a cobrança dos juros de mora, a partir de 1º de abril de 1995 (art. 13, da Lei nº 9.065/95)*

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.*

MULTA. LANÇAMENTO DE OFICIO. ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO. *As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.*

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.”

Cientificada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 406/423), requerendo, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida, sob a alegação de cerceamento do seu direito de defesa sob o argumento de que consta dos autos de infração uma série de dispositivos, dispostos de forma genérica, que não indicam claramente a que infração se refere; e, no mérito, que parte das mercadorias comercializadas está sujeita à alíquota zero, por estarem sujeitas ao regime de tributação monofásico; e, ainda, que o ICMS faturado não integra a base de cálculo das contribuições. Contestou, ainda, o lançamento da multa de ofício, sob o argumento de que sua exigência, no percentual de 75,0 % das parcelas das contribuições lançadas, implica confisco do seu patrimônio; e a exigência de juros de mora à taxa Selic, em percentual superior a 1,0 %, afronta a lei de usura (Dec. Nº 22.626/33)

Para fundamentar seu recurso discorreu, expendeu extenso arrazoado sobre: “1. Preliminar: 1.1. Cerceamento ao amplo direito de defesa: 2. No mérito; 2.1. Da inclusão na base de cálculo de produtos sujeitos ao regime monofásico (substituição tributária) – artigo 2º da lei 10.147/00: 2.2. Da Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS: 2.3. Da multa confiscatória de 75%: 2.4. Dos juros de mora – Inaplicabilidade da taxa SELIC, concluindo ao final, em preliminar, que a decisão recorrida é nula; e, no mérito, requereu diligência e, se indeferida, que se julgue improcedente os lançamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso voluntário apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I – Preliminar

A suscitada nulidade da decisão recorrida por cerceamento de defesa sob a alegação de que consta dos autos de infração uma série de dispositivos que não indicam claramente a que infração se refere e, ainda, dispostos de forma genérica, não tem amparo legal e não merece prosperar.

Segundo o Decreto nº 70.235, de 1972, art. 59, inciso II, são nulos somente os despachos e as decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, assim dispondo:

Art. 59 - São nulos:

[...];

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

No presente caso, a decisão recorrida foi proferida pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife (PE), colegiado competente para julgar a impugnação interposta.

Assim, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida.

II – Mérito

II-1 – Diligência/perícia

A recorrente solicitou a baixa dos autos à autoridade preparadora para a realização de perícia, visando apurar se: “1- As mercadorias comercializadas pelo Recorrente são sujeitas a contribuição para PIS e COFINS ou tem mercadoria com alíquota zero? 2- As notas fiscais juntada na Impugnação são sujeitas a contribuição do PIS e COFINS?”

No presente caso, entendo que não há necessidade de perícia para responder ambas as questões feitas pela recorrente.

Caberia à recorrente comprovar o valor total mensal das vendas decorrentes de produtos sujeitos à alíquota zero, mediante a apresentação de relatório e/ ou demonstrativo, acompanhado de cópias dos livros fiscais, notas fiscais e livro Razão contendo os valores lançados no demonstrativo.

Além disto, o deferimento de pedido de perícia está condicionado ao atendimento do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, que assim dispõe:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

[...];

IV - as diligências, ou perícias que o impugnaste pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

[...].

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.”

A recorrente atendeu, em parte, os requisitos elencados no inciso IV, citado e transcrito acima, indicando apenas os quesitos. Contudo, não expôs os motivos nem indicou o nome do perito e sua qualificação profissional.

Assim rejeita-se o pedido de diligência/perícia.

II-2 – Os lançamentos

Segundo o Termo de Constatação Fiscal às fls. 185/187 (fls. 193/195, proc. digital), parte integrante dos autos de infração, os lançamentos decorreram de diferenças entre os valores das contribuições declarados/pagos e os efetivamente devidos apurados com base no livro Registro de Apuração do ICMS.

Ainda, segundo aquele termo, cientificada das diferenças apuradas e intimada a justificá-las, a recorrente informou “que tais divergências, referem-se as vendas com

substituição Tributária, ou seja, produtos com alíquotas zero de COFINS e PIS nas saídas subsequentes da indústria. Esclarece ainda que estes valores estão lançados em relatórios que tiveram embasamento nas notas fiscais de Vendas de N.º 8542 a de N.º 91365, emitidas no período de janeiro a dezembro de 2003". Em face desta justificativa, foi intimada, por diversas vezes, a apresentar os relatórios demonstrando os produtos e respectivas receitas de venda, sujeitos à alíquota zero. Contudo, as intimações não foram atendidas. Em suas respostas, a recorrente se limitou a informar que foram extraviados, conforme depoimentos exaustivos feitos pelo seu contador, Senhor Pimentel.

Ora, ainda que tivessem sido extraviados, a recorrente dispunha de documentos fiscais (notas fiscais e livros fiscais) e contábeis (Razão e Diário) que lhe permitiam elaborar novos relatórios, demonstrando os produtos revendidos por ela e sujeitos à alíquota zero. Contudo, não o fez. Assim, em face da recusa da recorrente em apresentar os relatórios, foram lavrados os autos de infração para a constituição dos respectivos créditos tributários, com fundamento no Decreto nº 4.524, de 2002, com matriz na Lei nº 9.718, de 27/11/1998, para a Cofins, e na Lei nº 10.637, de 2002, para o PIS, com incidência não cumulativa, assim dispondo:

Decreto nº 4.524, de 2002:

"Art. 2º As contribuições de que trata este Decreto têm como fatos geradores (Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 2º, e Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, art. 13):

[...];

II - na hipótese da Cofins, o auferimento de receita pela pessoa jurídica de direito privado.

[...].

Art. 3º São contribuintes do PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre o faturamento as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, observado o disposto no art. 9º (Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 1º, Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 60, Lei nº 9.701, de 17 de novembro de 1998, art. 1º, Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, art. 2º, Lei nº 9.718, de 1998, art. 2º, e Lei nº 10.431, de 24 de abril de 2002, art. 6º, inciso II).

[...].

Art. 22. Para efeito de apuração da base de cálculo de que trata este capítulo, observado o disposto no art. 23, podem ser excluídos ou deduzidos da receita bruta, quando a tenham integrado, os valores (Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º):

[...];

IV - do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), quando destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

Lei n.º 10.637, de 2002:

“Art. 1.º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1.º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2.º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3.º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

[...].”

Estes dois diplomas disciplinam a exigência da Cofins cumulativa e do PIS não cumulativo sobre o faturamento decorrente das receitas de vendas de mercadorias em geral e da prestação de serviços.

Para determinados produtos, foi criado um regime especial de tributação dessas contribuições, com a cobrança de toda a cadeia tributária concentrada na pessoa jurídica que procedeu à industrialização e/ ou a importação, nos termos da Lei nº 10.147, de 21/12/2000:

“Art. 1.º A contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46 e 3303.00 a 33.07, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 4.070, de 28 de dezembro de 2001, serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: (Redação dada pela Lei nº 10.548, de 13.11.2002)

I – dois inteiros e dois décimos por cento e dez inteiros e três décimos por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos referidos no caput;

[...].

Art. 2.º São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta

decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às pessoas jurídicas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples.”

A recorrente alega que as diferenças tributadas decorreram de vendas de produtos sujeitos à alíquota zero, classificados nas posições relacionadas no art. 1º citado e transcrito acima e por ter excluído o ICMS faturado das bases de cálculo das contribuições.

No entanto, conforme demonstrado anteriormente, intimada e reeintimada pelo autuante a apresentar os relatórios que, segundo ela própria, demonstraria os produtos e respectivas receitas, não atendeu às intimações.

Também nas fases de impugnação e de recurso voluntário não apresentou quaisquer documentos comprovando que as receitas tributadas decorreram da revenda de produtos sujeitos à alíquota zero.

Tanto na impugnação como recurso voluntário, insistiu na alegação de que o ICMS faturado não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins. Contudo, conforme demonstrado anteriormente, ao contrário do seu entendimento, as diferenças apuradas não decorreram da tributação do ICMS faturado e sim de receitas não oferecidas à tributação destas contribuições.

Do exame das notas fiscais carreadas aos autos, verifique que realmente ela revende produtos sujeitos à alíquota zero e também a alíquotas positivas. Como a recorrente utiliza uma mesma nota fiscal para as vendas de produtos sujeitos à alíquota zero e às alíquotas positivas, deveria ter apresentado os relatórios que, segundo ela própria, demonstraria as vendas e respectivas receitas discriminadas.

Assim, não tendo a recorrente comprovado que as diferenças tributadas decorreram de vendas de produtos sujeitos à alíquota zero, não há amparo legal para retificar e ou cancelar os lançamentos em discussão, em relação a tais vendas.

II.3 - exclusão do ICMS.

Ao contrário do entendimento da recorrente, o ICMS faturado compõe a receita operacional bruta da pessoa jurídica e, portanto, integra o seu faturamento, nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, que trata do regime cumulativo do PIS e da Cofins, e da Lei nº 10.637, de 2002, que instituiu o regime não cumulativo para o PIS, citadas e transcritas no item anterior

Ora, segundo aqueles dispositivos legais transcritos, a base de cálculo das contribuições é o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim entendido o total de suas receitas independentemente de suas naturezas e classificação contábil adotada, deduzidos os valores expressamente discriminados. A exclusão do valor do ICMS faturado não foi contemplada.

O ICMS faturado, incluso no preço das mercadorias vendidas e dos serviços prestados, integra o faturamento das pessoas jurídicas. Não há dispositivo legal que permita a exclusão desse tributo da base de cálculo da contribuição para o PIS.

É pertinente registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmula nº 68).

Também, a título de esclarecimento, cabe informar que a constitucionalidade da Cofins sobre o faturamento foi expressamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADC nº 1, de 1º de dezembro de 1993, cuja ementa é a seguinte:

*“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1, 2, 9 (EM PARTE), 10 E 13 (EM PARTE) DA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30.12.91. COFINS. - A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO SE ADSTRINGE AOS LIMITES DO OBJETO FIXADO PELO AUTOR, MAS ESTES ESTÃO SUJEITOS AOS LINDES DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL QUE O AUTOR TEM QUE DEMONSTRAR. - IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 (COFINS). AÇÃO QUE SE CONHECE EM PARTE, E NELA SE JULGA PROCEDENTE, PARA DECLARAR-SE, COM OS EFEITOS PREVISTOS NO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 1993, A **CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1, 2. E 10, BEM COMO DAS EXPRESSÕES "A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O FATURAMENTO DE QUE TRATA ESTA LEI NÃO EXTINGUE AS ATUAIS FONTES DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL "CONTIDAS NO ARTIGO 9, E DAS EXPRESSÕES "ESTA LEI COMPLEMENTAR ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO, PRODUZINDO EFEITOS A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SEGUINTE NOS NOVENTA DIAS POSTERIORES, AQUELA PUBLICAÇÃO,..."**CONSTANTES DO ARTIGO 13, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991.”*

Como o PIS tem a mesma base de cálculo da Cofins, aplica-se também a ele, esse entendimento do STF.

Assim, corretas as autuações, nos termos dos diplomas legais citados e transcritos anteriormente.

II.3 – Multa de ofício

Trata-se de penalidade pecuniária que atinge o seu objetivo por meio do confisco de parte do patrimônio do infrator. Seria uma incoerência, portanto, aplicar-se o princípio de vedação ao confisco à penalidade pecuniária. Tal princípio somente se aplica aos tributos, e não à multa punitiva, como está claro no texto constitucional.

O seu lançamento teve como fundamento a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, que assim determina:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

[...].”

Assim, a multa de ofício, calculada sobre o valor de tributo não-declarado pago, lançado e exigido de ofício, está em consonância com a legislação de regência, sendo o percentual de 75% o legalmente previsto, não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à ocorrência de efeito confiscatório.

II – Juros de mora

A exigência de juros de mora, à taxa Selic, constitui matéria sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos (CARF), nos termos da súmula nº 3 que assim dispõe:

“Súmula 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.”

Assim, por força no disposto no § 4º do art. 72, do Regimento Interno do CARF (RICARF), obrigatoriamente, adota-se para este caso aquela súmula, reconhecendo-se a legalidade da exigência de juros de mora à taxa Selic.

Em face do exposto, rejeito a suscitada preliminar de nulidade da decisão, indefiro o pedido de diligência/perícia e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator