



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

Processo nº 19647.012716/2005-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.401 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria Auto de Infração PIS
Recorrente J B DISTRIBUIÇÃO DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

PIS. AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASEDECÁLCULO.IMPOSSIBILIDADE.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidem sobre o faturamento, no qual está incluído o valor do ICMS incidente sobre as vendas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

LANÇAMENTO. NULIDADE. CIÊNCIA DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Não há que se falar em nulidade do lançamento, por cerceamento de direito de defesa, uma vez que houve regular ciência ao contribuinte do ato de exclusão do Simples.

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 voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente.

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martinez Lopez, José Paulo Puiatti e Andrada Márcio Canuto Natal.

Relatório

Por economia processual adoto o relatório elaborado na decisão recorrida, abaixo transcrito.

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 03 a 05, para exigência de crédito tributário referente ao ano calendário de 2002, adiante especificado:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAL

NATUREZA	VALOR EM REAL
Contribuição para o PIS	6.633,99
Juros de Mora (até 30/11/2005)	3.843,49
Multa Proporcional	4.975,45
TOTAL	15.452,93

Os referidos autos de infração são decorrentes do procedimento de fiscalização efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação da Contribuição para o PIS, cujos enquadramentos legais encontram-se discriminados no auto de infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. A irregularidade constatada e suas consequências podem ser assim resumidas:

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS.

Constatou a Fiscalização que a contribuinte foi excluída do Simples desde 01/04/1999. Diante desta constatação a empresa foi intimada a apresentar a declaração pelo lucro real trimestral. A contribuinte apresentou sua Declaração de Informação da Pessoa Jurídica - DIPJ juntamente com os documentos que serviram de base para a apuração do balanço da empresa. Foram tributados os valores devidos da Contribuição para o PIS. Não foram considerados os valores recolhidos pelo Simples.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 213 a 245, na qual questiona os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- Requer a contribuinte a nulidade dos autos de infração do presente processo, tendo em vista que, não procede a afirmativa da fiscalização de que a empresa foi excluída do Simples em 01/04/1999, pois jamais recebeu qualquer comunicação dando conta do ato de exclusão. De acordo com a legislação a exclusão apenas poderá ocorrer se respeitado os direitos do contribuinte, quais sejam: ser cientificado e apresentar defesa. Assim, requer a nulidade do ato de exclusão, pois não foram cumpridos os princípios basilares para a consecução de tal ato.

- Em seguida a contribuinte afirma que esta sendo cobrada de valores já recolhidos no Simples (código de arrecadação 6106).

- Passa a contribuinte a reclamar da base de cálculo do PIS alegando que deve ser deduzido, não apenas o ICMS substituto, como todo ICMS incidente. Cita a respeito da matéria opinião de Roque Antônio Carrazza, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino.

- Também em relação à base de cálculo a impugnante alega que a adotada pela fiscalização está em descompasso com o entendimento jurisprudencial acerca da Lei n.º 9.718/98.

Transcrevendo o art. 3º da Lei n.º 9.718/98, bem como o art. 110 do CTN e ementa do TRF da 3ª Região, às fls. 280/281, requer a improcedência dos lançamentos do PIS e COFINS alegando que a base de cálculo adotada viola o disposto no art. 110 do CTN.

Assevera a impugnante que a Emenda Constitucional n.º 20 não teve o condão de validar a Lei n.º 9.718/98, "posto que é regra primária que a Constituição Federal (também suas ementas) não pode recepcionar Lei infraconstitucional que, à época de sua promulgação, era inconstitucional". Destarte, mesmo após a EC20, seria indispensável a edição de nova Lei versando sobre a matéria."(sic)

Sobre o assunto cita julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

Nas fls. 233 a 240 a contribuinte reclama da aplicação da Taxa Selic como juros de mora em matéria tributária. Nas fls. 240 a 243 reclama da multa de ofício aplicada no percentual de 75% considerando confiscatória.

Ao julgar referida impugnação, a 4ª Turma da DRJ/Recife proferiu o Acórdão nº 11-21859, de 07/03/2008, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2002 a 31/12/2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA –RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS.

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

BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO.

O ICMS devido pela empresa compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da Contribuição para o PIS.

JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - MULTA DE OFÍCIO - LEI Nº 9.718/1998 - INCONSTITUCIONALIDADES.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de

alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Lançamento Procedente

Não concordando com referida decisão o contribuinte apresentou recurso voluntário, por meio do qual, permaneceu com as seguintes alegações em síntese:

- requer a nulidade do lançamento, pois “jamais recebeu qualquer comunicação dando conta de tal ato de exclusão”. Prossegue com argumentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da intimação por edital;

- reclama que não foram excluídos da base de cálculo do PIS os valores referentes ao ICMS – Substituição Tributária. De acordo com ele estes valores estariam destacados em planilha anexada na impugnação;

- por fim pede também que seja excluído da base de cálculo do PIS, também o ICMS normal incidente sobre o seu faturamento. Argumenta que o ICMS não integra o faturamento. Cita também entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre sua tese;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

NULIDADE DO LANÇAMENTO

O contribuinte pede a nulidade do lançamento afirmando que nunca havia tomado conhecimento de sua exclusão do Simples, o que estaria lhe prejudicando o seu amplo direito de defesa, assegurado constitucionalmente. A decisão recorrida afastou esta preliminar de nulidade citando trecho de decisão proferida no processo nº 19647.012715/2005-51, no qual constava a informação de que a contribuinte havia tomado ciência do Ato Declaratório de exclusão do Simples, por meio de Edital.

A título de esclarecimento, o contribuinte teve contra si lavrado dois autos de infração referentes à mesma fiscalização. O do processo acima citado foi lavrado para exigência do IRPJ e seus reflexos, tendo em vista a constatação de omissão de receitas. Já o do presente processo foi lavrado para exigência de diferenças apuradas do PIS decorrentes da opção indevida pelo Simples, já que a contribuinte havia sido excluída deste sistema de apuração desde abril/99, e não poderia recolher os seus tributos nesta sistemática no ano calendário de 2002.

No processo nº 19647.012715/2005-51, o contribuinte apresentou as mesmas razões para solicitar a nulidade daquele lançamento, qual seja, que não teria tido conhecimento de sua exclusão do Simples, o que prejudicaria o seu direito constitucional de contraditório e ampla defesa.

Pois bem, o processo citado foi submetido a julgamento em 22/01/2008, pela então Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, a qual resolveu baixar o processo em diligência para que a unidade local da Receita Federal confirmasse ou não se o contribuinte havia tomado ciência do ato de exclusão do Simples.

O resultado da diligência foi que o contribuinte recebeu o ato de exclusão do Simples em 20/01/1999, conforme Aviso de Recebimento juntado ao citado processo.

Posteriormente, citado processo foi novamente submetido a julgamento, agora pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, em 07/11/2012, a qual, apesar de sobrestar o processo, decidiu por afastar a preliminar de nulidade, face aos elementos trazidos pela diligência realizada.

Efetuei a juntada ao presente processo dos elementos acima citados.

Portanto, por estar demonstrado que o contribuinte tomou conhecimento do ato de exclusão do Simples em 20/01/1999, entendo estar superada a preliminar de nulidade argüida pela recorrente.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

O contribuinte reclama que não foram excluídos da base de cálculo do PIS os valores referentes ao ICMS – Substituição Tributária. De acordo com ele estes valores estariam destacados em planilha anexada na impugnação.

Na análise das planilhas anexadas na impugnação, só tem uma, fl. 259 (280 do processo digitalizado) que destaca valores referentes ao ICMS, mas sem separar qualquer valor a título de ICMS substituição tributária.

De fato o inciso I do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 permite a dedução da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores relativos ao ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. Em que pese a legislação permitir esta dedução, o contribuinte não apresenta nenhum elemento de prova de que tenha recolhido o ICMS na condição de substituto tributário.

DEDUÇÃO DO ICMS NORMAL

O contribuinte pede também que seja excluído da base de cálculo do PIS, também o ICMS normal incidente sobre o seu faturamento. Argumenta que o ICMS não integra o faturamento. Cita entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre sua tese.

Esta matéria está em análise pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 18, e ainda não foi julgada por aquele tribunal.

A Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, I autoriza apenas a exclusão do ICMS “quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. Em nenhum momento, porém, autoriza a exclusão do ICMS das próprias vendas.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça esta matéria já encontrava-se pacificada nos termos das súmulas 68 e 94, abaixo transcritas:

Súmula 68: A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do pis.

Súmula 94: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.

Por fim, entendo que o ICMS integra o faturamento, que é o fato gerador do PIS e da Cofins, não havendo qualquer contrariedade à Constituição Federal, uma vez que ela mesma determina que o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Veja como está disposto no art. 155 da CF:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar:

*i) fixar a base de cálculo, **de modo que o montante do imposto a inteiro**, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.(grifei)*

Ainda que assim não fosse, reconhecer este direito ao contribuinte implicaria afastar a aplicação de lei tributária, por inconstitucionalidade, o que não é permitido aos julgadores desta instância administrativa. Nestes termos, cita-se a súmula Carf nº 2:

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

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator