ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10314.720313/2016-73

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

Processo nº	10314.720313/2016-73
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3301-005.069 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	29 de agosto de 2018
Matéria	PIS/PASEP E COFINS
Recorrente	VIP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAIXAS E PAPELÃO ONDULADO LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ.

Transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial nº 1144469/PR, sob a sistemática de recurso repetitivo, que deu pela inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, de observância obrigatória por este Conselho, nos termos do seu Regimento Interno.

Já o STF, entendeu pela não inclusão, no Recurso Extraordinário nº 574.706, que tramita sob a sistemática da repercussão geral, mas de caráter não definitivo, pois pende de decisão embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional, elemento necessário à vinculação deste CARF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012

PIS/PASEP E COFINS. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO. MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento da Cofins as mesmas razões de decidir aplicáveis à PIS/Pasep, quando ambos os lançamentos recaírem sobre idêntica situação fática.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Semirames de Oliveira Duro e Valcir Gassen. Votou pelas conclusões o conselheiro Salvador Cândido Brandão Júnior.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Morais Pereira (Presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Salvador Cândido Brandão Júnior, Ari Vendramini, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 14-41.283, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório constante do acórdão recorrido, em parte:

> Trata o presente processo de Autos de Infração lavrados contra a contribuinte acima identificada, que pretendem a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS relativas aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 2012.
>
> No Termo de Verificação Fiscal o autuante informa que os lançamentos de ofício decorreram das seguintes glosas de créditos do regime não cumulativo das referidas contribuições:
>
> a) inclusão indevida pelo sujeito passivo na Ficha 16A do DACON a título de "Outras Operações com Direito a Crédito" de valores referentes à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins;

b) créditos informados nos DACON a título de encargos de depreciação, utilizados na rubrica "Sobre Bens do Ativo Imobilizado (Com Base nos Encargos de Depreciação)", cujos valores não foram comprovados pela contribuinte;

c) créditos incluídos nos DACON na rubrica "Serviços Utilizados como Insumos" aproveitados indevidamente pela contribuinte por se tratar de aquisição de serviços de consultoria administrativa não diretamente relacionados à produção de bens e serviços.

Cientificada dos lançamentos, a autuada apresenta impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

1. Quanto o primeiro item do Termo de Verificação Fiscal, o ICMS devido pelas empresas não pode ser computado como fato agregado ao faturamento, devendo-se, para tanto, excluir seu respectivo valor das bases de cálculo do PIS e da Cofins;

2. O ICMS é inegavelmente um ingresso de valor, mas que não é próprio da empresa, nem mesmo tem a capacidade de afetar o patrimônio de forma positiva, de modo que não lhes são atribuíveis os conceitos de receita e, por via de consequência, de faturamento;

3. Corroborando essa tese, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 240.785, entenderam, por maioria, ser inconstitucional incluir o ICMS na base de cálculo da Cofins, por não ser aquele imposto grandeza que se enquadre no conceito de faturamento, uma das materialidades que autorizam a tributação pela contribuição à seguridade social;

4. Cita doutrina e jurisprudência que corroborariam seus argumentos, restando caracterizada, no presente caso, uma afronta ao artigo 195, I, da Constituição Federal;

5. Não se pode olvidar que a impugnante não pretende obter a inconstitucionalidade da matéria na esfera administrativa, visto que a própria Súmula nº 2 do CARF esclarece sua restrição, porém é certo que a discussão de tal matéria não envolve questão constitucional, mas sim respeito à hierarquia das normas já existentes, portanto, interpretação sistemática e teleológica do quanto exposto;

6. Há ainda que se observar a repercussão geral do referido RE nº 574.706 e seu sobrestamento na esfera administrativa consoante o Novo Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo na ausência de norma específica;

7. Inexiste legalmente previsão para o cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC, e assim a sua utilização fere e viola a Constituição;

8. A capitalização de juros também é ilegal, tratando-se da prática de anatocismo que viola a Súmula 121 do Egrégio Supremo Tribunal Federal;

9. As multas impostas nos Autos de Infração também são ilegais, haja vista que as porcentagens aplicadas ferem os princípios do não confisco, da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme doutrina e jurisprudência que transcreve;

10. Ao final, pleiteia o sobrestamento do feito por se tratar de matéria em Repercussão Geral no STF e, caso assim não se entenda, requer a total improcedência dos Autos de Infração lavrados, bem como o cancelamento ou a redução das multas impostas, e que, enquanto perdure a discussão administrativa do débito impugnado, a RFB se abstenha de quaisquer procedimentos de cobrança, em decorrência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força do quanto disposto no artigo 151, inciso III, do CTN;

11. Requer, ainda, a produção de todos os tipos de prova em direito admitidos, inclusive a juntada de provas documentais.

O citado acórdão decidiu pela improcedência da impugnação, assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

A existência de questão pendente de julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal não impede o julgamento administrativo de primeira instância, visto que o processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais o da oficialidade, que obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS integra a receita bruta da empresa e, em não havendo dispositivo legal que assim determine, não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS integra a receita bruta da empresa e, em não havendo dispositivo legal que assim determine, não pode ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com decisão de primeira instância, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual, em síntese, defende: a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS ; o sobrestamento deste processo na esfera administrativa; a falta de previsão legal da taxa Selic; e não incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício. Pugna pelo sobrestamento do feito e o reconhecimento da total da autuação.

Foi-me distribuído o presente processo para relatar e pautar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Relator.

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade[1].

A recorrente discorre sobre a questão do ICMS na base de cálculo das contribuições e aduz ter sido reconhecida a repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 574.706-9 e que o Plenário do STF decidiu que o ICMS não compõem a base de cálculo da PIS e da Cofins. Depois resume a situação no Supremo:

> (i) o RE nº 240.785 já foi definitivamente julgado pelo Plenário do STF a favor do contribuinte, no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS (decisão sem efeito vinculante, produzindo efeitos imediatos apenas às partes envolvidas);
>
> (ii) o ADC 18 encontra-se no aguardo de julgamento, sem a eficácia de suspender os julgamentos;
>
> (iii) o RE nº 574.706, em que houve o reconhecimento da repercussão geral, ficou corroborado o entendimento que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, hoje, transitado em julgado sob a ementa exposta a seguir, não tramitou sob a sistemática da repercussão geral. O ADC 18, no relato da recorrente, não está a suspender julgamentos.

Pois bem, sobre o tema, o STJ decidiu, em recurso especial sob a sistemática de recurso repetitivo, pela inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, já com trânsito em julgado. Já o STF, entendeu pela sua não inclusão, em recurso extraordinário em repercussão geral, mas em caráter não definitivo, pois pende de decisão sobre embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional. É o que detalha decisão recente deste Conselho:

> PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARF. REGIMENTO INTERNO.
>
> Decisão STJ, no Recurso Especial nº 1144469/PR, sob a sistemática do recurso repetitivo, art. 543-C do CPC/73, que firmou a seguinte tese: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao

[1] Ressalte-se ser desnecessário responder todos as questões levantadas pelas partes, em já havendo motivo suficiente para decidir (Lei n° 13.105/15, art. 489, § 1º , IV. STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, julgado de 8/6/2016, rel. Min. Diva Malerbi).

> PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações", a qual deve ser reproduzida nos julgamentos do CARF a teor do seu Regimento Interno.
>
> Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido em sentido contrário no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, como ainda não se trata da "decisão definitiva" a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não é o caso de aplicação obrigatória desse precedente ao caso concreto.
>
> Recurso Voluntário Negado
>
> (CARF, 3º Seção, 4º Câmara, 2º Turma Ordinária, Ac. 3402-004.742, de 24/10/2017, rel. Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire).

Assim, transitada em julgado decisão do STJ, em recurso especial, sob a sistemática de recurso repetitivo, pela inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, deve este Conselho observá-la, nos termos do seu Regimento Interno, descabendo analisar argumentos trazidos aos autos sobre o tema. A decisão do STF, em sentido contrário, em recurso extraordinário de repercussão geral, mas de caráter não definitivo, não tem o mesmo efeito.

Nos ditos embargos, a Fazenda Nacional requer a modulação dos efeitos da decisão embargada, para que produza efeitos *ex nunc*, apenas após o julgamento dos embargos. Ora, se há pedido de modulação dos efeitos, trata-se de atividade satisfativa, incluíndo-se na solução de mérito nos termos do art. 487 do atual CPC. E se assim é, pode-se afirmar que não houve ainda decisão definitiva de mérito, independentemente do transito em julgado.

A embargante ainda suscita, entre outras questões, haver erro material ou omissão, por ter a corrente vencedora prestado ao art. 187 da Lei 6.404/76 efeito que ele não possui: estabelecer conceito de receita bruta:

> 7. Observe-se que, no caso dos autos, alguns votos da corrente vencedora2 [...] concederam grande relevância ao fundamento de que *"receita bruta"*, expressão a que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo de inúmeros julgados, equiparou ao vocábulo *"faturamento*" (art. 195, I, b, da Constituição), possui um sentido próprio no direito privado, definido no art. 187, I, da Lei 6.404/76.
>
> 8. No entanto, cumpre destacar que há um equívoco evidente em tal linha de argumentação: o mencionado dispositivo legal não estabelece qualquer conceito para receita bruta. Apenas disciplina que, na demonstração do resultado do exercício, deverá estar descrita a "receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos". A assertiva, simplesmente, permite concluir que tais expressões se referem a grandezas diferentes, mas não afirma que uma não esteja contida na outra.

Levanta também, na mesma toada, que os votos vencedores "deixaram de considerar o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77, reiteradamente citado pelos votos vencidos", que dá pela inclusão dos tributos na receita bruta:

> art. 12. A receita bruta compreende:
>
> I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
>
> II - o preço da prestação de serviços em geral;
>
> III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e
>
> IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.
>
> **§ 1o A receita líquida será a receita bruta diminuída de:**
>
> (...)
>
> **III - tributos sobre ela incidentes; e**
>
> (...)
>
> § 4o Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, **do comprador** ou contratante **pelo vendedor** dos bens ou pelo prestador dos serviços **na condição de mero depositário.**
>
> § 5o **Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes** e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4o.
>
> (Grifos do original).

Ainda que sejam três os pilares da argumentação da corrente vencedora, apenas um deles tratando do conceito de receita, trata-se evidentemente de questão meritória.

Quanto ao sobrestamento deste processo na esfera administrativa, decidiu a Delegacia de Julgamento, inexistir previsão para tanto. Traz em seu favor o princípio da oficialidade, o qual " obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final".

Diz a recorrente que ante, o reconhecimento da repercussão geral no RE 574.706-9, deve-se "sobrestar todas as demais causas com questão idêntica ", nos termos Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Registra também que o Novo Código do Processo Civil (NCPC) determina que ""Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional", em seu art. 1.035, § 5º, e que "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente", nos termos de seu art. 15.

Não assiste razão à recorrente. Não há previsão legal para o sobrestamento, em particular na lei que rege o processo administrativo fiscal. O art. 1.035, § 5º , do NCPC não especifica alcançar o processo administrativo, como faz o mesmo diploma em seu art. 15.

Regimento Interno anterior do CARF, Portaria MF nº 256/09, art. 62-A, § 1º, determinava que "Ficarão sobrestados os julgamento dos recursos sempre que o STF também sobrestar a julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B". Tal dispositivo fora incluído pela Portaria MF 586/10 e revogado pela Portaria MF 545/13, não mais constando do Regimento atual, Portaria 343/15, a demonstrar a intenção da Casa. Tem sido esta a posição deste Conselho:

> SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. PEDIDO INDEFERIDO. Inexiste previsão legal ou regimental que possibilite o sobrestamento de processo administrativo fiscal em face da existência de recurso judicial sob a sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil.
>
> (CARF, 2º Seção, 4º Câmara, 2º Turma Ordinária, Ac. 2402-005.997, de 13/09/2017, rel. Mário Pereira de Pinho Filho).

A recorrente alega ainda que a taxa Selic "não existe legalmente". Diz que não se deve confundir "**chamada "remuneração de capital" com a "incapacidade** momentânea de cumprir uma determinada obrigação fiscal" e ainda que "em momento algum a taxa SELIC foi definida por Lei de qualquer natureza", em "**violação expressa aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e segurança jurídica**" (grifos do original).

Tratando-se de matéria constitucional, foge à competência deste CARF. Ainda assim, registre-se que a Lei 9.065/97, art. 13, dá peso legal à dita Selic, o que é objeto da súmula 4 deste Conselho.

Por fim, a recorrente pugna pela não incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício. O art. 161 do CTN assevera que "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta", sendo tal crédito decorrente da obrigação principal, esta que " surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária ", nos termos dos artigos 113, § 1º, e 139 do mesmo Código, havendo, portanto, base legal para tal incidência.

Assim, por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator