



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10530.000573/2008-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.310 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2021
Recorrente DISTRIBUIDORA DE DOCES S. FRANCISCO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2005, 2006

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DO PIS/COFINS. APLICAÇÃO DO PARADIGMA POSTERIOR SUA PUBLICAÇÃO. ART. 1.040. CPC. CABIMENTO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS. “A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.”. O art. 62, do §2º do RICARF não sinaliza para necessidade de trânsito em julgado, mas de decisão definitiva no mérito. Tratando-se de decisão definitiva de mérito e que não está sujeita a nenhuma causa suspensiva, não há como afastar a aplicação dos seus efeitos.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2005, 2006

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. COMPETÊNCIA. SÚMULA CARF.

O percentual da multa de ofício é determinado expressamente em lei, não dispondo a autoridade julgadora da competência para apreciar questões atinentes à legalidade ou constitucionalidade de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF n.02).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2005, 2006

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. MULTA DE OFÍCIO.
CONFISCO. COMPETÊNCIA. SÚMULA CARF.

O percentual da multa de ofício é determinado expressamente em lei, não dispondo a autoridade julgadora da competência para apreciar questões atinentes à legalidade ou constitucionalidade de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF n.02).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, diante do empate na votação e considerando o disposto no art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.988/2020, dar parcial provimento ao recurso para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores relativos ao ICMS. Vencidos os Conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Andre Severo Chaves.

Relatório

Início por transcrever o relatório da decisão de piso, consubstanciada no Acórdão de nº 15-16.147 proferido pela 1ª Turma da DRJ/SDR, em sessão de 09/07/2008.

Relatório

Trata-se de autos de infração de fls. 05 a 41 lavrados em 22/02/2008, em nome do contribuinte acima identificado, para a exigência de crédito tributário, referente aos ano-calendário de 2005 e 2006, relativo ao Imposto sobre a

Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$291.445,91 (duzentos e noventa e um mil quatrocentos e quarenta e cinco reais e noventa e um centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) no valor de R\$100.062,99 (cem mil sessenta e dois reais e noventa e nove centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no valor de R\$166.263,81 (cento e sessenta e seis mil duzentos e sessenta e três reais e oitenta e um centavos) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) no valor de R\$461.828,71 (quatrocentos e sessenta e um mil oitocentos e vinte e oito reais e setenta e um centavos) que, depois de incluídos a multa de ofício e os juros de mora calculados até 31/01/2008, representam os montantes discriminados às fls 02 a 04 do presente processo.

De acordo com a descrição dos fatos do auto de infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (fl. 06), o lançamento foi efetuado em razão de a fiscalização ter apontado a seguinte infração: "Receita da atividade escriturada e não declarada apurada conforme Termo de Verificação em anexo que é parte integrante deste Auto de Infração".

Enquadramento legal: arts. 224 e 518 do RIR/1999.

Em decorrência dos mesmos pressupostos fáticos, foram lavrados também os autos de infração referentes à CSLL (fls. 13 a 20), ao PIS (fls. 22 a 31) e à COFINS (fls 32 a 41), capitulando como enquadramento legal os dispositivos indicados nos respectivos autos.

O procedimento fiscal está detalhado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 42 a 45).

Cientificada da autuação em 07/03/2008 (fl. 05), a interessada protocolizou a sua defesa em 04/04/2008 (fls. 332 a 415), alegando em síntese que:

- a) "informa ainda o auditor que a impugnante escriturou, mas não declarou o total de suas receitas; Ocorre que até a data da entrega desta impugnação o Autuante não entregou os livros e documentos fiscais ao impugnante, ficando impossibilitado de efetuar juízo de valor acerca dos valores autuados";*
- b) "a preliminar de nulidade se impõe, pelo fato de que em virtude de movimento paredista dos funcionários dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, não foi ofertado amplo direito de defesa à Impugnante de tomar conhecimento, mediante vista dos livros e documentos contábeis utilizados como base para cálculo dos valores cobrados pelo presente auto de infração, pelo que desde já reclama pela sua declaração de nulidade". "Foi subtraído o direito da Impugnante de tomar conhecimento de todos os documentos carreados aos autos, bem como saber do critério utilizado para se chegar aos valores cobrados, não podendo dessa forma efetuar uma defesa completa e eficaz para garantir o seu amplo direito de defesa";*
- c) "em se tratando de exigência fiscal-tributária esta só é válida se houver lei (artigo 150, I da CF e 97 do CTN); E se não seguido de forma estrita o que prevê a lei, os atos administrativos estarão maculados por nulidade, pelo que ora requer a sua declaração";*
- d) "a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS se impõe, pois o seu valor não é abrangido pelo conceito de faturamento tampouco receita,*

sendo o ICMS receita do Erário Estadual; Afinal nenhum agente econômico fatura o imposto, mas apenas as mercadorias e serviços"

e) "o tema em lide está sendo apreciado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 240.785, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, o qual votou favoravelmente à exclusão do referido imposto — ICMS- da base de cálculo, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres de Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Carmem Lúcia, ou seja, com seis votos proferidos, já encontra-se definida a matéria";

f) "logo, em homenagem aos preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, é de ser declarado inconstitucional a pretensão do fisco de incluir o ICMS, embutido no preço de venda e repassado para as Unidades Federadas, como receita ou faturamento da pessoa jurídica, para fins de fazer incidir sobre o referido imposto — ICMS - as contribuições do PIS e a COFINS";

g) "dessa forma, mostra-se clara a improcedência do presente auto de infração, que tenta impor contra a Impugnante cobrança de PIS e COFINS, estando o ICMS fazendo parte da base de cálculo dos referidos tributos, procedimento contrário ao que determina a Lei, o que importa em improcedência do presente auto de infração";

h) "a multa de 75% aplicada só pode ser considerada confiscatória; Caso venha a prevalecer a pretensão manifestamente arrecadatória do fisco, contrariando a jurisprudência e afrontando o ordenamento jurídico constitucional, a Suplicante, na verdade, ficaria penalizada com um débito ilegal"; "Sendo, portanto, além de atentatória aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, agressiva ao patrimônio da suplicante, não pode ser aplicada, sendo que ora requer";

i) "não bastasse os aspectos acima, no mínimo paira dúvida quanto à interpretação da norma jurídica. E neste caso é de se aplicar o princípio da dúvida benigna constante do art. 112 do CTN, o que, certamente, resultará em improcedência da Medida Fiscal";

j) "protesta e requer por todos os meios de provas permitidas em direito, inclusive juntada posterior de provas, perícia, diligência e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima Justiça. Caso seja deferida a diligência ou perícia, formula as questões abaixo que devem ser respondidas, pedindo para que outras sejam formuladas por ocasião da diligência ou perícia:

a) Pode a Autuante reter os livros fiscais da Impugnante e não lhe oferecer o direito de verificar se os cálculos e valores utilizados estão corretos?

b) É correto-o-procedimento-da Autuante-de-cobrar PIS e COFINS incidente sobre a totalidade da receita bruta da Impugnante sem desconsiderar os valores de ICMS?"

Voto

A impugnação é tempestiva e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, por isso, dela tomo conhecimento.

Por oportuno, convém registrar que a jurisprudência citada pela Impugnante em sua defesa serve apenas como forma de ilustrar e reforçar sua argumentação, não vinculando a administração àquela interpretação, isto porque não têm eficácia normativa. Da mesma forma, quando utilizadas neste voto, as citações e transcrições jurisprudenciais ou doutrinárias, terão como objetivo ilustrar e reforçar o posicionamento deste julgador.

1— Da Nulidade do Auto de Infração

O contribuinte alegou que até a data da entrega da presente impugnação, o autuante não lhe entregou os livros e documentos fiscais e conseqüentemente foi subtraído o seu direito de tomar conhecimento de todos os documentos carreados aos autos, bem como saber do critério utilizado para se chegar aos valores cobrados, não podendo, dessa forma, efetuar uma defesa completa e eficaz capaz de garantir o seu amplo direito de defesa, requerendo a nulidade do presente auto de infração.

O Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, trata das nulidades em seu art. 59, definindo que:

Art. 59 - São nulos:

1- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Dessa forma, verifica-se que dentre as hipóteses de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os autos de infração, o referido dispositivo legal limitou à hipótese de nulidade aos atos e termos lavrados por pessoa incompetente, o que não se aplica à presente situação, eis que a legislação em vigor conferiu ao Auditor Fiscal da Receita Federal competência exclusiva para a realização do lançamento, o que foi aqui efetivado com a lavratura do auto de infração.

A outra hipótese refere-se à preterição ao direito de defesa, a qual foi suscitada pelo contribuinte e passo a analisar.

No presente caso, ao contrário do alegado pelo impugnante, todos os livros e documentos fiscais entregues ao auditor fiscal foram devolvidos ao autuado quando do término da ação fiscal, conforme registrado no Termo de Encerramento (fl. 31), cujo texto transcrevo a seguir.

"Devolvemos nesta data todos os livros e documentos utilizados na presente fiscalização, no estado em que foram recebidos. E, para constar e surtir seus efeitos legais lavramos o presente termo, em 03 (três) vias de igual teor, assinado pelo (s) Auditor (es) Fiscal (is) da Receita Federal do Brasil e pelo representante da fiscalizada, que neste presente ato recebe uma das vias".

O contribuinte foi cientificado pessoalmente do mencionado Termo de Encerramento, assinando-o em 07/03/2008 (fls. 21 e 31) e, portanto, todos os documentos e livros fiscais utilizados na ação fiscal foram devolvidos ao autuado, assim como foi concedida plena ciência do auto de infração (fl. 05) e respectivo Termo de Verificação Fiscal (fl. 45), onde está claramente descrita a infração apurada na ação fiscal (fl. 42), conforme transcrição a seguir.

"Analisando a contabilidade do contribuinte e comparando com os valores declarados em suas DIPJ's referentes aos anos-calendário 2005 e 2006, foi verificado que o contribuinte escriturou, mas não declarou o total de suas receitas.

Constata-se também que o crédito tributário constituído na ação fiscal está discriminado nas tabelas constantes no Termo de Verificação Fiscal (fls. 42 a 45), parte integrante do auto de infração, no qual o autuante descreveu que apurou os valores dos tributos lançados a partir dos valores escriturados pelo contribuinte no livro Razão, a título de receita, cotejando-os com os efetivamente declarados, conforme transcrição a seguir.

"A fim de apurar a verdadeira base de cálculo foram elaboradas tabelas apuradas de acordo com os valores escriturados pelo contribuinte que serviram de base para o lançamento de ofício do crédito tributário de IRPJ e CSLL. Os valores foram retirados dos livros Razão do contribuinte referentes à receita, conforme cópias anexas. Foram considerados os valores do IRPJ/CSLL declarados em DCTF e pagos".

Os lançamentos foram efetuados segundo os enquadramentos legais constantes nos respectivos autos de infração (fls. 07, 15, 24 e 34), e, portanto, diante da constatação de infração tributária, o autuante constituiu o correspondente crédito tributário em atendimento ao previsto em lei (art. 142 do CTN), sendo assim válida a exigência fiscal efetuada.

Portanto, a causa motivadora dos lançamentos efetuados nos autos de infração em questão bem como os créditos tributários decorrentes foram detalhados e cientificados ao impugnante, não se sustentando a alegação de possível cerceamento ao direito de defesa.

Ao contrário, o direito a ampla defesa foi plenamente assegurado, já que o impugnante teve acesso a todos os elementos constantes das peças de autuação e conforme preceitua o art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, fez uso do prazo de 30 (trinta) dias da data da ciência das exigências tributárias, para apresentar a sua impugnação, prazo dentro do qual poderia trazer aos autos todas as provas que entendesse capazes de elidir o lançamento e ofereceu sua defesa em tempo hábil, demonstrando pleno conhecimento dos fatos apresentados.

De fato, pelo teor da sua defesa, fica evidenciado que o mesmo conhecia a matéria que serviu de base para o presente auto de infração, ao declarar que: "em dezembro de 2007 a Impugnante teve contra si iniciado um procedimento de fiscalização, que redundou na lavratura—do—presente auto de infração com a imputação de que a Impugnante não havia declarado o total de suas receitas auferidas nos anos-calendário de 2005 e 2006, cobrando tributos de IRPJ e reflexos, supostamente com base nos livros fiscais da Impugnante" (fl. 335).

Desta forma, não houve qualquer prejuízo ao impugnante, nem cerceamento ao direito de defesa, visto que apresentou tempestivamente sua impugnação, o que afasta de pronto a alegação de nulidade do procedimento fiscal.

Neste sentido, várias são as decisões do Conselho de Contribuintes, a seguir transcritas:

“NULIDADE DO PROCESSO FISCAL - O Auto de Infração e demais termos do processo fiscal só são nulos nos casos previstos no artigo 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal). (Acórdão 104-19340 — em 13/05/2003— 48 CÂMARA — 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda).

[...]

Diante do exposto, a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante não se enquadra nas hipóteses previstas no PAF, e, portanto, deve ser afastada.

II - Do pedido de produção posterior de provas

No que se refere ao pedido de produção de provas, o contribuinte deve atentar que a impugnação deve ser instruída com todos os elementos de prova que fundamentem os argumentos da sua defesa, nos termos dos §§ 40 e 5º do artigo 16 do Decreto 70.235/72, verbis:

“§4º - A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a)fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b)refira-se a fato ou direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Parágrafo acrescido pelo art. 67 da Lei nº9.532/97).

§5º - A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Parágrafo acrescido pelo art. 67 da Lei nº9.532/97).”

De acordo com os dispositivos transcritos, a inclusão, nos autos, de novos documentos, após a apresentação da impugnação, somente seria admitida mediante petição fundamentada, interposta junto à autoridade julgadora, que demonstrasse a ocorrência das referidas situações ou circunstâncias impeditivas de sua apresentação no prazo regulamentar.

*No caso em exame, o impugnante não obedeceu às exigências dos dispositivos normativos anteriormente transcritos, ou seja, não demonstrou a ocorrência das referidas situações ou circunstâncias impeditivas da apresentação da documentação no prazo legal, tal como a ocorrência de força maior que a impossibilitasse de apresentar as provas de suas alegações no momento próprio, ou seja, na impugnação. Ademais, o contribuinte, até a presente data, não trouxe aos autos qualquer elemento de prova que demonstrasse a intenção de exercer tal pleito. Assim, **indefiro o pedido de produção de provas posteriormente à impugnação.***

III - Do Pedido de Diligência e Perícia

O impugnante, na sua defesa, requer perícia contábil e diligência, as quais estão previstas no artigo 16, inciso IV e § 1º do Decreto nº 70.235, de 1972,

que trata dos requisitos necessários para a realização das mesmas, conforme adiante transcrito:

Ari. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do 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.”

OBS: destaquei.

No tocante aos pedidos de perícia e diligência, verifica-se que foram efetuados sem a exposição dos motivos que pudessem justificá-los. Ainda em relação ao pedido de perícia, observa-se que o impugnante o fez de forma genérica, não indicando o perito, e, portanto, em desacordo com o art. 16, IV do Decreto n.º 70.235 de 1972 (PAF).

Ademais, verifica-se que, no caso presente, a perícia e a diligência revelam-se inteiramente desnecessárias para o deslinde da questão a ser apreciada, ante a verificação de que constam nos autos todos os elementos para a formulação da livre convicção do julgador, em consonância com o art. 18 do Decreto n.º 70.235 de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal (PAF), nesses termos:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferido as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, infine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93).”

*Dessa forma, em consonância com o art. 16, § 1º e art. 18 do PAF, acima transcritos, **indefiro os pedidos de realização de perícia e diligência, por não terem sido cumpridos os requisitos exigidos no PAF.***

IV — Auto de infração do IRPJ

No presente caso, o lançamento do IRPJ foi decorrente da constatação de divergências entre os valores que foram declarados ou pagos constantes na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DCTF) apresentadas à Receita Federal do Brasil - RFB e o que foi efetivamente apurado através de levantamentos colhidos no Livro Razão do contribuinte, relativos aos anos-calendário de 2005 e 2006.

Para comprovar tais divergências, a autoridade fiscal junta cópias do livro Razão (fls. 83 a 199 e 202 a 324) e as DCTF entregues pelo impugnante (fls. 58 a 64).

Desta forma, os lançamentos do IRPJ foram realizados em decorrência da constatação de receitas auferidas pelo contribuinte que não foram oferecidas à tributação, resultante do confronto entre os valores escriturados no Livro Razão, estes significativamente superiores aos informados nas DCTF entregues pelo impugnante, cujo levantamento foi efetuado conforme discriminado a seguir.

1) do Livro Razão foram extraídos os valores referentes às receitas de vendas de mercadorias;

2) com base nas informações acima levantadas, dos totais apurados, foram abatidos os valores declarados (DCTF) ou pagos (sistema SINAL05), sendo as diferenças lançadas de ofício;

3) a apuração do IRPJ a pagar, foi realizada conforme o enquadramento legal informado pelo autuante, os artigos 224 e 518 do RIR/1999 (fl. 07).

Na sua impugnação, o contribuinte não contesta especificadamente os valores lançados a título de IRPJ, como também não ofereceu oposição às matérias atinentes às receitas levantadas, à forma de tributação adotada, as bases de cálculo apuradas, e às alíquotas aplicadas, apenas alega que não teve acesso às informações e documentações contidas no PAF, e, portanto, teria havido cerceamento ao direito de defesa e supostamente impossibilitou uma defesa eficaz, o que foi afastado quando da análise da preliminar de nulidade conforme detalhado no item I deste voto.

*Desse modo, **configura-se em matéria não impugnada**, não sendo, por isso, objeto do litígio, eis que não foi objeto de expressa contestação, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, que assim dispõe: "Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante".*

Quanto ao pedido de aplicação do art. 112 do CTN, observa-se que o impugnante não aponta nos autos os elementos que poderiam ensejar a alegada existência de possível dúvida na interpretação da norma jurídica, tratando-se, na realidade, em alegação sem qualquer fundamento e, portanto, não deve ser acolhida.

Ante o exposto, mantenho os lançamentos do IRPJ referentes aos anos-calendário 2005 e 2006.

V - Da multa aplicada

Na sua defesa, o impugnante alegou que foi aplicada multa confiscatória, o que afrontaria a jurisprudência e o ordenamento jurídico constitucional, por atentar aos princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva.

No presente caso, foi aplicada a multa de 75% prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, que assim estabelece:

— da Lei nº 9.430, de 1996:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

1 - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(...)”

No caso em tela, a fiscalização aponta a ocorrência de "receita da atividade escriturada e não declarada", infração que resultou na ausência de pagamento integral do IRPJ devido, subsumindo-se ao previsto no art. 44, I da Lei 9.430/1996, anteriormente transcrito, que estabelece multa de 75% e, portanto, o percentual da multa de ofício é determinado expressamente em lei, afastando-se assim a alegação do impugnante que teria sido penalizado com um "débito ilegal".

Ainda em relação à multa, a alegação do impugnante de que seria confiscatória, violando aos princípios constitucionais não subsiste, pois a Constituição Federal no seu artigo 150, inciso IV, veda a utilização do tributo para efeito de confisco, e a multa não é tributo, como segue:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

(...)

IV- utilizar tributo com efeito de confisco;"

Obs: destaquei.

Por sua vez, o conceito de tributo está estabelecido no artigo no art. 3º, do Código Tributário Nacional, verbis:

*“Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”*

Obs: destaquei.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, conforme a seguir:

"MULTA -CONFISCO- A penalidade-por descumprimento-de obrigação tributária não se submete ao princípio do não confisco, o qual se aplica somente aos tributos como tal definidos no artigo 3º do CTN, onde se excluem as sanções por ato ilícito. MULTA DE OFICIO - A teor do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, as multas de ofício são de 75%" (ACÓRDAO 201-72009, Relator: Rogério Gustavo Dreyer, Sessão de 15/09/98)."

[...]

Logo, não sendo a multa caracterizada como tributo por se constituir em penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, afasto a alegação da existência de confisco, eis que o artigo 150, IV, da Constituição Federal veda,

expressamente, é a utilização do tributo com o efeito de confisco e não da multa.

Por oportuno, registre-se que a oposição de violação a princípios constitucionais visando eximir-se de obrigação tributária regularmente constituída não é admitida no foro administrativo, por transbordar os limites da sua competência o exame da matéria do ponto de vista constitucional.

Os aspectos de inconstitucionalidade levantados pela impugnante — a utilização da multa com o efeito de confisco e a violação aos princípios constitucionais —, tratam-se de garantias constitucionais dirigidas ao legislador infra-constitucional e não ao executivo, mero aplicador da lei.

Cabe esclarecer que, por força dos princípios da legalidade e da independência e harmonia dos poderes da República, foge à competência da autoridade administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento pátrio, por se tratar de prerrogativa reservada ao Poder Judiciário (artigos 97 e 102 da Constituição Federal).

*Pelo exposto, **mantenho a multa de 75%.***

VI- Autos de Infração de PIS, COFINS E CSLL

Quanto aos autos de infração relativos ao PIS, COFINS e CSLL, em sendo as matérias que serviram de base ao lançamento daqueles tributos idênticas àquelas que motivaram o lançamento do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica, uma vez que tais matérias já foram aqui apreciadas, devem ser estendidas às conclusões advindas da apreciação do auto de infração relativo ao lançamento do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica àqueles relativos aos lançamentos do Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, em razão da relação de causa e efeito advindas de um mesmo fato gerador.

VII– Da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS

Em relação aos lançamentos do PIS e da COFINS, o impugnante alegou a improcedência dos respectivos autos de infração, pelo fato do ICMS compor a base de cálculo dos referidos tributos e que tal procedimento seria contrário ao que determina a lei, ao tempo em que requer a exclusão do ICMS, declarando que "em homenagem aos preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, é de ser declarado inconstitucional a pretensão do fisco de incluir o ICMS, embutido no preço de venda e repassado para as Unidades Federadas, como receita ou faturamento da pessoa jurídica, para fins de fazer incidir sobre o referido imposto – ICMS - as contribuições do PIS e a COFINS". Complementa ainda, aduzindo que "o ICMS é simples ingresso, mas não constitui receita do contribuinte de direito".

*Ao contrário do anteriormente alegado, a base de cálculo da COFINS está expressamente prevista na Lei Complementar nº 70/1991, que a determinou como o faturamento mensal, assim considerado a **receita bruta das vendas de mercadorias**, e as hipóteses de dedução da referida base de cálculo estão exaustivamente elencadas no art. 2º da aludida Lei, o qual dispõe que não integram a receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo da*

COFINS, o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando destacado separadamente no documento fiscal, as vendas canceladas ou devolvidas e os descontos concedidos incondicionalmente, conforme transcrito a seguir.

Lei Complementar nº 70/1991

“Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.”*

Portanto, ao contrário do que ocorre com o IPI (quando destacado em separado no documento fiscal), não houve previsão legal para exclusão do ICMS contido no valor das vendas, e conseqüentemente estão inseridos os tributos indiretos não lançados destacadamente na nota fiscal, nos termos da transcrita Lei Complementar nº 70/1991.

O Conselho de Contribuintes vem, reiteradamente decidindo que o valor do ICMS, incluído no preço das mercadorias, integra a base de cálculo da COFINS, podendo-se citar os Acórdãos nºs. 202-16-.779 de 07/12/2005; 201-80.059, de 28/02/2007; 204-02.443 de 23/05/2007 e 203-12.403 de 19/09/2007.

No tocante ao PIS, a jurisprudência administrativa vem decidindo que o ICMS, quando embutido no preço constante da nota fiscal, integra o valor dos produtos adquiridos e conseqüentemente a base de cálculo do referido tributo, não podendo ser concedida a sua exclusão da base de cálculo do PIS, por ausência de lei que contemplasse tal benefício.

Neste sentido, transcrevo ementas recentes do Conselho de Contribuintes:

[...]

Quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o contribuinte ainda argumentou que "evidencia-se o atropelo além da equidade, aos preceitos da proporcionalidade e razoabilidade, porque não se pode exigir tributos sobre uma base de cálculo não permitida pela Constituição".

Essa questão está em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 240.785, contudo, ao contrário do alegado pelo impugnante, tal julgamento ainda está em curso e não há decisão definitiva do STF a respeito da matéria, de forma que ainda há a presunção de constitucionalidade da norma jurídica que ampara o procedimento adotado pela fiscalização, mantendo a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é do STF, cabendo aos órgãos administrativos apenas aplicar o entendimento firmado pela suprema corte. Portanto, no tocante à arguição de violação de preceitos constitucionais e de ilegalidade, foge à competência da autoridade administrativa conforme já explicitado em item anterior desta decisão.

A norma jurídica, regularmente editada, goza da presunção de legitimidade e constitucionalidade, cabendo a autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento, até que seja excluída do mundo jurídico por uma outra norma superveniente ou por resolução do Senado Federal, a partir de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (STF) declarando sua inconstitucionalidade, o que não ocorreu no presente caso e, portanto, não pode esta DRJ se antecipar ao julgamento.

*Ante o exposto, diante da impossibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em face da ausência de previsão legal que ampare a pretensão da empresa, **mantenho os lançamentos do PIS e COFINS na sua integralidade.***

*Dessa forma, VOTO por rejeitar as preliminares de nulidade e os pedidos de juntada posterior de provas, de diligência e perícia, e, no mérito, considerar **PROCEDENTES** os lançamentos de que tratam os autos de infração relativos ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (**IRPJ**), mantendo-o no valor de R\$291.445,91 (duzentos e noventa e um mil quatrocentos e quarenta e cinco reais e noventa e um centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social (**PIS**) no valor de R\$100.062,99 (cem mil sessenta e dois reais e noventa e nove centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (**CSLL**) no valor de R\$166.263,81 (cento e sessenta e seis mil duzentos e sessenta e três reais e oitenta e um centavos) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (**COFINS**) no valor de R\$461.828,71 (quatrocentos e sessenta e um mil oitocentos e vinte reais e setenta e um centavos), juntamente com os acréscimos legais correspondentes.*

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada em 01 de agosto de 2008 da decisão de piso, a Interessada apresentou recurso voluntário em 25 de agosto de 2008, onde limitou-se apenas a repetir as alegações relativas à Contribuição para o PIS e COFINS, e a multa confiscatória de 75% de todos os lançamentos.

Ao ingressar neste Colegiado, o julgamento do processo foi convertido em diligências, conforme Resolução de nº 1202-000.205 de 08 de agosto de 2013, onde assim foi determinado:

Por tratar-se de matéria a ser apreciada pelo E. Supremo Tribunal Federal no rito da Repercussão Geral (licitude da obtenção dos extratos bancários), o próprio RICARF recomenda o sobrestamento do processo (art. 62A, § 1º do RICARF), sendo que essa hipótese poderá ser apreciada durante a sessão de julgamento Turma de julgamento, nos termos do art.2º, § 2o, inciso I, da Portaria CARF nº 001, de 2012.

Em vista do exposto, proponho que seja determinado o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário, até que seja proferida decisão nos autos do Recurso Extraordinário RE 574706, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, por meio do **Despacho**, reproduzido abaixo, o processo foi enviado para o sorteio:

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO/PROCEDIMENTO: 10530.000573/2008-64
INTERESSADO: DISTRIBUIDORA DE DOCES S.FRANCISCO
LTDA

DESTINO: MOVEP/SECOJ/CARF-E20-IRPJ - Preparar e Instruir
Processo

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

A Resolução nº 1202-000.205 determinou o sobrestamento do processo por tratar-se de matéria a ser apreciada pelo STF no rito de Repercussão Geral, o que era válido à época do julgamento. Como o atual RICARF não prevê esta hipótese, encaminhe-se ao SECOJ para sorteio já que trata-se de turma extinta e a relatora Nereida de Miranda Finamore Horta renunciou ao mandato.

DATA DE EMISSÃO : 24/09/2015

Expedir Processo /
POLIANNA DA SILVA RIBEIRO
SECAM-2ª CÂMARA-1ª SEÇÃO-CARF-MF-DF
2ª CÂMARA-1ª SEÇÃO-CARF-MF-DF
1ª SEÇÃO-CARF-MF-DF
DF CARF MF

É o relatório do essencial.

Voto Vencido

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchido os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário, dele se conhece.

Conforme relatoriado, a matéria trazida no recurso voluntário para apreciação por parte deste Colegiado limitou-se à questão da **inclusão/exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS** e, também, à alegação da multa de ofício ser de caráter confiscatório.

Imperioso transcrever as portarias ministeriais (no caso, os artigos pertinentes) que alteraram o Regimento Interno do CARF, para evidenciar que o dispositivo que determinava o **sobrestamento** do presente processo (motivo da Resolução citada no relatório) posteriormente deixou de existir.

Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

[...]

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Portaria MF nº 343 de 09 de junho de 2015 (revogou a Portaria 256/2009, supra)

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Portaria MF nº 152 de 03 de maio de 2016

Art.62. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036

a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF."

Esta questão, a título de exclusão de ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, trazida a este Colegiado já foi objeto de inúmeras decisões, das quais colacionei algumas abaixo.

Acórdão 1401-002.682, desta Turma em sessão de 13 de junho de 2018

Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto

Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e COFINS

Em relação a este ponto, que inclusive motivou a conversão do julgamento em diligência no sentido de aguardar o pronunciamento dos tribunais superiores, verificamos que o STJ, por meio do repetitivo nº RE 574706 PR, pronunciou-se no sentido de que não é devida a inclusão, nas bases de cálculo do PIS e COFINS, dos valores relativos ao ICMS incidente sobre as operações.

Ocorre, no entanto, que após o julgamento a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou recurso no sentido de que a referida decisão tivesse seus efeitos modulados na sistemática do art. 27, da Lei nº 9.668/99, conforme abaixo:

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Referido recurso ainda encontra-se pendente de julgamento, razão pela qual, assim como outros precedentes deste CARF, entendo que não podemos aplicar a referida decisão em recurso repetitivo enquanto não firmado o alcance da decisão em questão.

ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E PIS. EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal, exceto ns casos de substituição tributária, para exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS. (Acórdão nº 1301002.746, de 21/02/2018)

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE VENDAS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda, na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins. (Acórdão nº 3302004.909, de 29/01/2018)

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da COFINS. Recurso Voluntário Negado. (Acórdão nº 3402004.668, de 27/09/2017)

Ante todo o exposto e verificando-se que, no caso da pretensão de exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS, não existe decisão judicial transitada em julgado em sede de recurso repetitivo a amparar o pleito do recorrente, entendo não ser possível a este CARF, na ausência do trânsito em julgado, deferir pleito ante a ausência de previsão legal de sua exclusão.

Desta forma, voto no sentido de negar provimento ao recurso neste ponto.

(assinado digitalmente)

Outros julgados (excertos) deste Colegiado, turmas diversas:

Acórdão 3003-000.439, de 14 de agosto de 2019

Conselheiro Márcio Robson Costa, redator designado.

Com o devido respeito aos argumentos expostos pelo ilustre relator, divirjo de seu entendimento quanto à possibilidade de excluir o ICMS na base de cálculo das contribuições - PIS/COFINS, em que se pese que a matéria de fundo reste incontroversa no RE 574.706, inexistindo trânsito em julgado formal da decisão proferida pela Suprema Corte.

Não obstante, tal questão ainda não chegou ao fim, já que a União interpôs embargos de declaração contra a decisão, cuja finalidade pragmática, dentre outras, é obter a modulação de efeitos para a decisão veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, existindo, todavia, tal particularidade fático-jurídica de extrema relevância, culminado com a inexistência de trânsito em julgado do aludido precedente.

Neste sentir, para processos como este, julgado por esta turma, prima-se pela convocação da sua ratio decidendi, haja vista o disposto no artigo 62, parágrafo 2º do Regimento Interno do Carf:

Art. 62 (...). § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Segundo o dispositivo regimental, as decisões julgadas definitivamente pelo STF em sede de recursos repetitivos e, de forma extensiva, também aqueles sujeitos à repercussão geral, devem ser reproduzidas nos julgados do Carf. Logo, não sendo ainda a decisão do STF definitiva, pois ainda pendente de análise de embargos de declaração e ulterior trânsito em julgado, não nos cabe apropriação do efeito ex.tunc.

Diante do relatado neste voto vencedor, alinhado com as premissas que um julgador, revisor do fato imponível fruto do recurso voluntário ao Acórdão recorrido fundamentado no que deliberou a DRJ, livre para decidir de acordo com suas convicções e na esteira de alguns precedentes deste próprio tribunal

administrativo, com decisões no sentido de manter a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, replicas o teor dos seguintes acórdãos Carf:

“Acórdão n.º 3402-006.283 - Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Data do Fato Gerador: 30/06/2002 REPERCUSSÃO GERAL. ART. 15 DO CPC/2015. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO. Só há uma lacuna de ordem processual a ser colmatada pelo julgador no subsistema especial do processo administrativo fiscal com a aplicação por analogia de instituto do CPC, nos termos do seu art. 15, quando houver uma incompletude indesejável ou insatisfatória no referido subsistema. Não é porque inexistente disposição normativa que determine o sobrestamento no âmbito do processo administrativo fiscal que se pode dizer que há uma lacuna a ser preenchida com o traslado de tal instituto do CPC para o processo administrativo fiscal. A vinculação dos julgadores do CARF é unicamente às decisões definitivas de mérito referidas no art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, de forma que, enquanto ela não sobrevenha, o processo administrativo deve ser julgado normalmente em conformidade com a livre convicção do julgador e com os princípios da oficialidade e da presunção de constitucionalidade das leis. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARF. REGIMENTO INTERNO. Em 13.03.2017 transitou em julgado o Recurso Especial nº 1144469/PR, proferido pelo STJ sob a sistemática do 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 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.

Acórdão n.º 3301-005.182 - Ementa(s) Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep Período de apuração: 01/04/2004 a 30/04/2004 CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SÚMULA Nº 1 DO CARF. A matéria objeto do processo administrativo submetida à apreciação do Poder Judiciário não pode ser conhecida, por imperativo da Súmula CARF nº 1. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. A validade do lançamento é pautada pela observância dos requisitos do art. 142 do CTN c/c art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. ATO DE CONTROLE. OMISSÕES OU INCORREÇÕES. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal é elemento de controle interno da administração tributária e não influi na validade do lançamento, que é pautado pelos requisitos do art. 142 do CTN c/c art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração. CIDE. COMPENSAÇÃO. ART. 8º DA LEI Nº 10.336/01. IMPOSSIBILIDADE. A compensação da CIDE com PIS só é possível no caso de efetivo pagamento daquela contribuição. A dedução prevista no art. 8º da Lei nº 10.336/01 é para valores efetivamente pagos e não compensados. PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO

ICMS. PRECEDENTE DA TURMA, ACÓRDÃO 3301-004.355. Matéria decidida no acórdão nº 3301-004.355, no sentido de que 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 do PIS/Pasep, 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.”

[...]

Tais decisões vão ao encontro do posicionamento esboçado, ratificando que, a inexistência de trânsito em julgado no leading case faz com que sua ratio não seja ainda vinculante a este Conselho Administrativo e que, convocá-la, com uma possibilidade de modulação de efeitos em favor da Fazenda Pública, seria temerário e prejudicial ao erário público.

Nesse contexto, cabe destacar posicionamento da Excelentíssima Ministra Rosa Weber que defende que a modulação deve manifestar na prática a exigência da previsibilidade, segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança legítima.

“A modulação dos efeitos das decisões judiciais modificadoras de jurisprudência traduz corolário da exigência de previsibilidade que, por sua vez, decorre diretamente dos postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima” (RE 377.457).

Há de se aventar que é inegável que tal posicionamento parte de um pressuposto, não necessariamente verdadeiro, de que haverá a citada modulação em favor da União, assim como a recíproca é verdadeira se pensarmos ao contrário. Contudo se há controvérsia esta não surge no seio deste colegiado, pois é fruto da demasiada demora por parte do STF em resolver definitivamente a análise quanto a uma possível modulação de efeitos, questão essa que já poderia ter sido conhecida de ofício pelo pretório excelso.

Diante do exposto voto por negar provimento, buscando me abster da inércia do poder judiciário, até que julgue os embargos de declaração opostos pelo Fisco no RE 574.706/PR.

Acórdão de Recurso Especial da PGFN

Acórdão de nº 9303-010.555, em 11 de agosto de 2020

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, redator designado.

No mérito, trata-se de matéria já enfrentada por esta turma por diversas vezes, razão pela qual utilizo como razão de decidir o voto do ilustre conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire no acórdão nº 9303-008.955, abaixo transcrito.

(...)

A questão de mérito, como relatado, resume-se à discussão se deve ou não o ICMS incidente na operação de venda ser tributado pela COFINS.

A discussão é antiga, porém com decisão proferida pelo STF, mas ainda pendente de trânsito em julgado pelo STF.

Inicialmente o STJ, no REsp 1.144.469/PR, julgado na sistemática de repetitivos, definiu que "o valor do ICMS destacado na nota fiscal, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações". Contudo, o STF, no RE 574.706/PR, julgado no âmbito de repercussão geral, em 15/03/2017, definiu:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

Porém, em visita ao sítio do STF, constata-se que referido julgado ainda não transitou em julgado, pendente de modulação dos seus efeitos em embargos da Fazenda Nacional. Dessarte, tal decisão, embora norteadora sobre o mérito da quaestio, ainda não nos vincula, dessa forma afastando-se a incidência do art. 62-A do RICARF.

(...)

Diante do exposto, voto por conhecer e dar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Acórdão nº 1002- 001.170, de 02 de abril de 2020

Conselheiro Rafael Zedral

[...]

DO MÉRITO

Quanto ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, penso que não assiste razão à recorrente.

Alega a recorrente a apuração das contribuições lançadas no auto de infração deveria ser reformulada para se adequar ao teor da decisão proferida no Recurso Extraordinário 574.706 do STF que tem a seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil.

O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao

disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)”

O assunto não é pacífico neste Conselho. Havendo turmas ordinárias e extraordinárias que entendem pela aplicação ou não do RE 574.706, a depender de sua composição no momento do julgamento.

Diante de tal divergência, entendo que o posicionamento mais justo é não estender os efeitos da decisão do STF ao caso aqui analisado pois, como é sabido, até o presente momento aguarda-se julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à modulação dos efeitos da decisão.

*O Conselho Superior de Recursos Fiscais, em recente julgamento de Recurso Especial de **divergência** no processo 10880.674238/2011-22, decidiu pela não aplicação do RE 574.706:*

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Data do fato gerador: 14/09/2001

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE VENDAS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e da Cofins.”

Entendeu o relator do voto que a decisão do STF não poderia ser aplicada justamente por que não houve trânsito em julgado:

“Em seguida, entendo não ser vinculante a decisão do STF esgrimida pela recorrente, por não ter ocorrido trânsito em julgado formal, haja vista estar-se ainda aguardando apreciação de embargos de declaração no RE 574.706/PR.”

Assim, se é incontestável que o STF firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõem a base de cálculo do PIS e COFINS, é certo também que a aplicação dos efeitos desta decisão ainda são incertos. E caberá exclusivamente ao STF decidir.

Neste aspecto, portanto, de se negar provimento ao recurso voluntário.

DA MULTA DE OFÍCIO

A decisão de piso já se manifestou corretamente sobre o tema, do qual adoto como razão de decidir:

Ainda em relação à multa, a alegação do impugnante de que seria confiscatória, violando aos princípios constitucionais não subsiste, pois a Constituição Federal no seu artigo 150, inciso IV, veda a utilização do tributo para efeito de confisco, e a multa não é tributo, como segue:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

(...)

IV- utilizar tributo com efeito de confisco;"

Obs: destaquei.

Por sua vez, o conceito de tributo está estabelecido no artigo no art. 3º, do Código Tributário Nacional, verbis:

*"Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."*

Obs: destaquei.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, conforme a seguir:

"MULTA -CONFISCO- A penalidade-por descumprimento-de obrigação tributária não se submete ao princípio do não confisco, o qual se aplica somente aos tributos como tal definidos no artigo 3º do CTN, onde se excluem as sanções por ato ilícito. MULTA DE OFÍCIO - A teor do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, as multas de ofício são de 75%" (ACÓRDAO 201-72009, Relator: Rogério Gustavo Dreyer, Sessão de 15/09/98)."

[...]

Logo, não sendo a multa caracterizada como tributo por se constituir em penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, afasto a alegação da existência de confisco, eis que o artigo 150, IV, da Constituição Federal veda, expressamente, a utilização do tributo com o efeito de confisco e não da multa.

Por oportuno, registre-se que a oposição de violação a princípios constitucionais visando eximir-se de obrigação tributária regularmente constituída não é admitida no foro administrativo, por transbordar os limites da sua competência o exame da matéria do ponto de vista constitucional.

Os aspectos de inconstitucionalidade levantados pela impugnante — a utilização da multa com o efeito de confisco e a violação aos princípios constitucionais —, tratam-se de garantias constitucionais dirigidas ao legislador infra-constitucional e não ao executivo, mero aplicador da lei.

Cabe esclarecer que, por força dos princípios da legalidade e da independência e harmonia dos poderes da República, foge à competência da autoridade administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento pátrio, por se tratar de prerrogativa reservada ao Poder Judiciário (artigos 97 e 102 da Constituição Federal).

*Pelo exposto, **mantenho a multa de 75%.***

Ainda, tais alegações de eventuais violações à dispositivos constitucionais já foram objeto de súmula deste Colegiado.

Súmula CARF nº2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

É o voto, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano

Voto Vencedor

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Redator designado.

Com a devida vênia ao excelente voto do nobre colega Relator, dele divirjo parcialmente apenas quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. Tal tese não é nova neste Conselho e nem nesta TO.

Durante anos, em que pese o acirrado debate judicial a tese majoritária aplicada no CARF era da inclusão do ICMS na BC do PIS/COFINS. Tal tese foi revertida à partir do momento em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das Contribuições referentes ao PIS e da COFINS.

Especialmente na 3ª. Seção de Julgamento (originariamente competente para discutir as questões relativas à PIS/COFINS), vários foram os precedentes favoráveis aos contribuintes, remanescendo no debate apenas a discussão acerca do valor do ICMS (se o destacado ou efetivamente recolhido), senão vejamos:

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. APLICAÇÃO DO PARADIGMA POSTERIOR SUA PUBLICAÇÃO. ART. 1.040. CPC.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS. “A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.” (AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe109 DIVULG 01 062018 PUBLIC 04062018)

(Acórdão n. 3302-008.218 de 18 de fevereiro de 2020)

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO (PIS/COFINS).

O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS recolhido, conforme Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, interpretando entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal.

(Acórdão n. 3302-008.654 de 25 de junho de 2020)

Posteriormente, levando em consideração que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios da decisão, onde pleiteou a modulação temporal dos seus efeitos, alguns foram os julgados afastando a aplicação da decisão do STF sob o fundamento que a mesma não seria definitiva. Precedentes neste sentido foram citados no voto do nobre colega Relator.

Penso diferente. Esse também foi o posicionamento adotado por esta TO no recente Acórdão n. 1401-004.920 de 10 de novembro de 2020, de Relatoria da Conselheira Letícia Domingues. Peço vênias para reproduzir, na parte que interessa, o excelente voto proferido pela Relatora, com o qual concordei e a acompanhei, e para o qual utilizo como parte das minhas razões de decidir:

4.3 - Da inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e da COFINS. (tópico divergente)

Em relação à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das Contribuições referentes ao PIS e da COFINS.

Contra a decisão proferida no RE 574.706, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios da decisão, pleiteando a modulação temporal dos seus efeitos e realizou outros questionamentos, em especial, se o valor a ser excluído é somente aquele relacionado ao arrecadado a título de ICMS e/ou se o valor a ser excluído da base de cálculo abrange, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída, sendo que referidos questionamentos aguardam sua análise e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em que se pese inexistir trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte, entendo que se tornou definitiva a matéria quanto ao direito do contribuinte ao menos de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, restando àquela Corte apenas decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

No entanto, para a Receita Federal do Brasil a matéria está incontroversa, em virtude da Solução de Consulta Interna nº 13 Cosit, de 18 de outubro de 2018, emitida nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

- a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;
- b) considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;
- c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;
- d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFDICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e
- e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFDICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.715, de 1998, art. 2º; Lei no 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei no 10.637, de 2002, arts. 1º, 2º e 8º; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de calculo da Cofins, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

- a) o montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;
- b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de calculo mensal, conforme o Código de Situação tributaria (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de calculo mensal da contribuição;
- c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de calculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;
- d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFDICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e
- e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFDICMS/ IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com transito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei no 10.833, de 2003, arts. 1º, 2º e 10; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

Assim, dou provimento parcial ao recurso da Contribuinte para permitir a exclusão do ICMS da base do PIS e da COFINS.

O fato é que, após décadas de debate no âmbito judicial, a chamada “tese do século” do Direito Tributário Brasileiro (fazendo alusão ao impacto econômico envolvido) foi finalmente decidida, no mérito, pelo Plenário Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que, em que pese os embargos aclaratórios manejados pela PGFN, no mérito a questão já foi decidida e não há, no presente momento, nenhum recurso com efeito suspensivo à decisão proferida razão pela qual entendo que a mesma deva ser aplicada por este Tribunal Administrativo.

Diga-se ainda que, a PGFN requereu ao STF a concessão de efeitos suspensivos à decisão, algo que não foi deferido pelo referido tribunal até presente momento! Necessário ainda dizer que no mesmo dia, mas após a realização do presente julgamento, foram divulgadas notícias informando que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Luiz Fux, teria suspenso a tramitação de todas as ações judiciais sobre o tema.

Tal fato não era de conhecimento desta TO, mas foi logo esclarecido por nota institucional do próprio STF, onde o Min. Luiz Fux deixou claro que não suspendeu o trâmite das ações ou conferiu efeito suspensivo ao recurso, mas apenas recomendou aos TRFs que deixassem de encaminhar ao STF recursos sobre o tema até que os embargos de declaração fossem julgados (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462435&ori=1>).

Assim, veja que a decisão do STF, tanto já produz efeitos, que a própria Receita Federal emitiu a Solução de Consulta Interna nº 13 Cosit, de 18 de outubro de 2018, em que reconhece os efeitos e esclarece a sua interpretação acerca da decisão do STF.

Também não entendo aplicável o fundamento de que tal solução apenas seria dirigida aos contribuintes com decisão transitada em julgado, e que para os demais teria que ser necessário aguardar a decisão sobre a modulação dos efeitos da decisão.

Isto porque, seria contraditório tal fundamento na medida em que o pedido de modulação formulado pela PGFN foi muito mais amplo, e buscava surtir efeitos apenas para fatos geradores ocorridos 05 anos após a decisão sobre a modulação. Trata-se de uma inovação neste tipo de pedido, uma verdadeira modulação prospectiva e para um futuro longínquo, esvaziando completamente os efeitos da decisão proferida mas que será objeto de análise oportuna pelo STF.

Ora, como justificar a não aplicação da tese em razão da necessidade de se aguardar a decisão sobre a modulação e ao mesmo tempo aplica-la parcialmente? Ainda mais diante dos fatos de que: (i) a questão já foi decidida no mérito; (ii) inexistente recurso com efeito suspensivo pendente de julgamento; (iii) a decisão já produz efeitos no mundo jurídico; (iv) A Receita Federal já aplica a decisão do STF para parte dos contribuintes, e; (v) a própria PGFN realizou pedido de efeito suspensivo que não foi deferido até o momento, o que apenas reforça que a decisão já produz efeitos.

Diante de tais fatos, não vejo como não acatar a tese e aplicar a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, onde decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das Contribuições referentes ao PIS e da COFINS. Isto porque tal decisão é válida e já produz efeitos diante da sistemática em que foi julgada.

Outrossim, a tese discutida no STF sempre seguiu no sentido de que o ICMS não integra a BC do PIS/COFINS. O ICMS tal qual o PIS/COFINS em algumas situações, é regido pelo princípio da não cumulatividade para evitar o efeito da tributação em cascata. A lógica de

débitos e créditos que resulta em um valor de ICMS a recolher não desnatura o fato de que o ICMS apurado no momento da ocorrência do fato gerador (circulação de mercadorias) é o destacado.

O fato gerador do imposto estadual não ocorre no momento do fechamento da apuração mensal do imposto, ao contrário do que ocorre com o IRPJ na apuração trimestral ou anual.

Assim, a interpretação que tenho da decisão proferida no respectivo RE, levando-se em consideração toda a lógica do imposto estadual bem como aos detalhes da sua Regra Matriz de Incidência, em especial o momento de ocorrência do seu fato gerador, é a de que é o ICMS destacado na nota que deve ser excluído da BC do PIS e da COFINS.

Entretanto, não nego o fato de que a decisão a ser proferida nos embargos de declaração - caso acatada a modulação - é prejudicial e pode reverter parte dos efeitos da decisão proferida pelo STF. Em razão disso, entendo que a medida mais adequada para uma questão como essa tendo em vista a possível prejudicialidade, seria a de se sobrestar o julgamento do presente processo.

Ocorre que, infelizmente, não há previsão legal para tanto. Esta Turma vem reiteradamente rechaçando pedidos de sobrestamento semelhantes por inexistência de previsão regimental, conforme se pode observar nos seguintes julgados:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano - calendário: 2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO.
IMPOSSIBILIDADE.

Indefere - se o pedido de sobrestamento do processo, por falta de previsão legal.
(Acórdão CARF nº 101-004.223, de 12/02/2020)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO.

Não cabe o sobrestamento de processos em caso de lançamentos de prejuízos fiscais utilizados a maior para que se aguarde a conclusão de outros processos que reduziram o montante e acarretaram o lançamento. O lançamento relativo aos prejuízos utilizados a maior é realizado a partir dos saldos de prejuízos existentes na data do lançamento. Não podendo ser aguardado indefinidamente a conclusão de todos os processos que modificaram estes saldos. (Acórdão CARF nº 1401-003.013, de 21/11/2018)

E não se trata de simples omissão de tal previsão mas verdadeira opção legislativa. Isso se depreende do fato que, no antigo Regimento do Conselho Administrativo de

Recursos Fiscais (Portaria MF nº 256/2009), existiu por certo período, disposição que determinava o sobrestamento do processo administrativo nos casos em que o próprio STF sobrestava o julgamento de recursos extraordinários. Tal disposição não foi reproduzida no novo Regimento (tampouco foi objeto das alterações introduzidas pela Portaria nº 153, de abril de 2018).

Veja-se, portanto, que a exclusão da possibilidade de sobrestamento (em que pese as disposições do CPC sobre o tema) foi uma opção da administração tributária, possivelmente para dar celeridade ao processo administrativo fiscal diante do longo lapso temporal com a qual algumas teses se arrastam no judiciário.

Assim, hoje, não há previsão de suspensão do processo no CARF, quer seja no âmbito do Regimento do CARF, quer seja no Decreto nº 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo.

Também entendo que o processo administrativo fiscal deve ser célere e ter um resultado útil, respeitando os princípios da eficiência e informalismo. A extinção da possibilidade de sobrestamento foi opção da administração tributária.

Ocorre que para se buscar o resultado útil do processo administrativo fiscal preservando-se os princípios da confiança, boa fé do contribuinte e igualdade, entendo não ser possível deixar de aplicar uma decisão proferida pelo STF em sede de repercussão geral e cujos efeitos estão vigentes.

Outrossim, apesar do fundamento de algumas decisões do CARF que tem afastado a aplicação do decisão do STF fundamentando na inexistência de decisão transitada em julgado, tenho interpretação diversa do que dispõe o regimento neste ponto.

Isto porque, o art. 62, do §2º do RICARF dispõe que:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Veja que o RICARF foi muito feliz na escolha da redação adotada na medida em que, em momento algum fala em “trânsito em julgado” mas sim em decisão definitiva de mérito. E me parece que essa distinção tem uma razão.

Isto porque, de fato, a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não transitou em julgado mas, no mérito, é definitiva e produz efeitos em repercussão geral. Tanto assim que o próprio STJ alterou posicionamento sumulado, passando a aplicar, no mérito, a decisão definitiva do STF.

Neste particular, destaco as conclusões da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, postas no voto do processo nº 10580.721226/2007-01, Acórdão nº 3301-004.355:

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de “decisão definitiva de mérito”, para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF."

Assim é que, firme nessas convicções e diante da inexistência que qualquer causa suspensiva aos efeitos da decisão proferida no RE 574.706, sendo ela definitiva no mérito (apesar de não transitada em julgado), bem como diante da inexistência de previsão regimental para sobrestamento, não tenho como não acolher o Recurso do contribuinte neste ponto.

Assim, voto no sentido de dar parcial provimento do recurso para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS exigidos no presente lançamento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva