



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

Processo nº 10580.720947/2007-95
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-005.388 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de junho de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO-PIS/COFINS
Recorrente PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/05/2003 a 30/06/2003, 01/08/2003 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/01/2004, 01/03/2004 a 31/03/2004, 01/05/2004 a 31/05/2004

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.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos termos da Súmula CARF nº 2 de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos no período de inadimplência à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, por força do §3º do art.61 da Lei nº 9.430/96.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/05/2003 a 30/06/2003, 01/08/2003 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/01/2004, 01/03/2004 a 31/03/2004, 01/05/2004 a 31/05/2004

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, conforme julgamento do STJ no Resp 114469/PR .

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2. Nos termos da Súmula CARF nº 2 de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos no período de inadimplência à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, por força do §3º do art.61 da Lei nº 9.430/96.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, por rejeitar a proposta de sobrestamento do feito até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 574.906. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Thais De Laurentiis Galkowicz, Rodolfo Tsuboi (Suplente Convocado) e Maysa de Sá Pittondo Deligne. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro e Rodolfo Tsuboi (Suplente Convocado) que davam provimento.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Rodolfo Tsuboi (suplente convocado), Maysa de Sá Pittondo Deligne, Thais de Laurentiis Galkowicz, Diego Diniz Ribeiro, Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o Relatório da decisão recorrida com os devidos acréscimos:

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte acima identificada, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social –

PIS, abrangendo os períodos de apuração (PA) 01/03, 05/03, 06/03, 08/03, 10/03 a 01/04, 03/04 e 05/04, no valor (principal) de R\$ 10.326,82, com multa de ofício de 75% no valor de R\$ 7.745,07, e juros de mora, calculados até 28/09/2007, no valor de R\$ 6.456,75, totalizando um crédito tributário apurado de R\$ 24.528,64 (v. fl. 06), em decorrência de ação fiscal efetuada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador (DRF/SDR/BA), conforme Mandado de Procedimento Fiscal à fl. 02.

2. Foi também lavrado Auto de Infração relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, abrangendo os PA 01/03 a 01/04 e 03/04, no valor (principal) de R\$ 257.432,34, com multa de ofício de 75% no valor de R\$ 193.074,21, e juros de mora, calculados até 28/09/2007, no valor de R\$ 158.400,99, totalizando um crédito tributário apurado de R\$ 608.907,54 (v. fl. 06), em decorrência da mesma ação fiscal.

3. Na Descrição dos Fatos de fls. 08/09 (PIS) e fls. 17/18 (COFINS), a autoridade autuante registra que apurou diferenças (divergências) entre os valores escriturados e os valores declarados em DCTF/pagos, para ambas as contribuições acima referidas (PIS/COFINS), e ainda que:

- foi lavrado Termo de Início de Fiscalização em 11/04/2007, com ciência do contribuinte em 16/04/2007, por via postal mediante aviso de recebimento, onde foram solicitados livros e documentos necessários aos procedimentos a serem efetuados na Operação: Verificações Preliminares, tributos: PIS e COFINS, períodos: janeiro de 2003 a dezembro de 2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal.*

- Do exame dos Livros Razão de 2003 e 2004, as contas 2.1.1.14.008 PIS A RECOLHER e 2.1.1.14.007 COFINS A RECOLHER registram lançamentos de provisões a pagar, enquanto as contas 1.1.1.30.008 PIS A RECUPERAR e 1.1.1.30.007 COFINS A RECUPERAR registram os créditos a descontar; portanto, como nos Demonstrativos do PIS e da COFINS em anexo, apuram-se valores não declarados em DCTF e não recolhidos, procede-se ao lançamento de ofício de citados valores através de Auto de Infração.*

4. O enquadramento legal do lançamento fiscal do PIS (fl. 09), cientificado à contribuinte em 18/10/2007 (v. fl. 97), consistiu no art. 149 da Lei nº 5.172/66; arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 10 da Lei nº 10.637/02, com as alterações promovidas pelas Leis nº 10.684/03, 10.865/04 e 10.925/04.

5. Já o enquadramento legal do lançamento fiscal da COFINS (fl. 18), também cientificado à contribuinte em 18/10/2007 (v. fl. 97), consistiu no art. 149 da Lei nº 5.172/66; arts. 1º, 2º, 5º e 11 da Lei nº 10.833/03; arts. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 95 do Decreto nº 4.524/02.

6. No que se refere à multa de ofício e aos juros de mora, os dispositivos legais aplicados foram relacionados nos demonstrativos de fls. 13/14 (PIS) e fls. 22/23 (COFINS).

7. Após tomar ciência das autuações, a empresa fiscalizada, inconformada, apresentou, em 08/11/2007, a impugnação juntada às fls. 98/110, e documentos anexos de fls. 111/116 (alteração e consolidação de contrato social; documentos de identidade dos representantes da empresa; cópia do cartão CNPJ), com as alegações assim resumidas:

7.1. considerando a existência de erros na apuração da receita levantada pela Fiscalização, bem como a ilegalidade da incidência do PIS e do COFINS sobre as receitas apuradas, somente restou à Impugnante a apresentação da defesa em questão, para fins de demonstrar a completa improcedência do lançamento fiscal hostilizado;

7.2. o STF, recentemente, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 357950, 390840, 358273 e 346084, julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, determinando, com isso, o retorno da sistemática anterior, instituída pela Lei Complementar (LC) nº 07/70, quanto ao PIS, e pela LC nº 70/91, quanto à COFINS;

7.3. segundo as Leis Complementares nº 07/70 e 70/91, receita bruta ou faturamento é o que decorra, quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando em tal cômputo receitas de natureza diversa, tais como receitas financeiras, receitas de aluguéis, etc;

7.4. quando do levantamento das receitas da Peticionante pela Fiscalização, foram considerados os números declinados no Demonstrativo de Situação Fiscal da COFINS e do PIS apurados pela Fiscalização, incluindo, de forma ilegal o ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS;

7.5. o parágrafo primeiro do art. 3º da referida norma (Lei nº 9.718/98), alterando a sistemática dos citados tributos, alargou a base de cálculo das ditas contribuições, dando novo conceito para faturamento (receita bruta), determinando que o Pis e a Cofins incidissem sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

7.6. a decisão do Pretório Excelso concluiu que o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, porque, na época em que foi editada a Lei nº 9718/98, não havia na Constituição Federal dispositivo autorizando a modificação do conceito de faturamento;

7.7. assim, revela-se inconstitucional a cobrança do PIS e da Cofins incidentes sobre valores indevidos incluídos na base de cálculo do faturamento, mas especificamente o ICMS;

7.8. o conceito de faturamento diz respeito com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta, e, deste modo, descabe assentar que os contribuintes da Cofins e do PIS faturam, em si, o ICMS;

7.9. a incidência do PIS e da COFINS, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo (ICMS), é flagrantemente ilegal e inconstitucional, pois o valor correspondente ao ICMS não tem a natureza de faturamento, não podendo, então, servir à incidência da Cofins e do PIS, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea "b" do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal;

7.10. conforme salientado pela melhor doutrina, a Cofins e o PIS só podem incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas; a contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins e do PIS, havendo que se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pelo art. 110 do CTN;

7.11. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria; admitir o contrário é querer que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria;

7.12. esquecer os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor;

7.13. o STF, no RE 240785, entendeu que quando a Constituição Federal adota um conceito consagrado na doutrina e na jurisprudência, ou um instituto regulado pelo direito privado, para definir competência tributária, aquele conceito ou aquele instituto de direito privado passam a ser vinculantes dentro do Direito Tributário, de tal modo que a lei infraconstitucional não mais poderá dar nova conceituação, sob pena de tornar inócuo o princípio constitucional da discriminação de rendas tributárias;

7.14. no exame do mérito no RE 240785, em 24/08/2006, seis Ministros do STF deram provimento ao recurso, para determinar a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da

Cofins, e, portanto, de acordo com a composição do STF de 11 membros, já está garantida a vitória da tese da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS;

7.15. não resta dúvida que o auto de infração deve ser julgado improcedente, pois a afirmativa de que o valor do ICMS não configura faturamento é irrefutável, pois ninguém fatura o imposto, ninguém comercializa o imposto, assim, o valor do ICMS, destacado na nota fiscal, para simples registro contábil-fiscal, não deve ser incluído na base de cálculo da Cofins e do PIS;

7.16. além de tudo que foi supra exposto, e em respeito aos princípios da eventualidade e concentração, cabe ao Defendente insurgir-se contra a aplicação dos juros da Taxa SELIC;

7.17. os juros, indiscutivelmente definidos como uma sanção pecuniária decorrente da impontualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação principal, visa a incentivar os contribuintes a não retardarem o recolhimento dos tributos devidos, e, dessa forma, conforme disposição do parágrafo primeiro do art. 161 do CTN, "os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês", caso a lei não disponha de forma contrária.

7.18. a expressão "se a lei não dispuser de forma diversa", portanto, somente pode ser compreendida, através de uma interpretação sistemática e histórica, como sendo a possibilidade da legislação ordinária estabelecer taxa menor que a prevista no CTN, nunca podendo ultrapassar a taxa de 1% ao mês;

7.19. fixando, portanto, o princípio da impossibilidade de a legislação ordinária estabelecer taxas de juros superiores a de 1% ao mês, verifica-se claramente que o índice calculado através da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, determinado pelo art. 13, da Lei nº 9.065/95, é flagrantemente ilegal;

7.20. não pode o ente arrecadador impor taxas de juros para as dívidas que ele mesmo cobra; a taxa de juros, como qualquer outro indexador, deverá ser imposta por lei e calculada através de índices e parâmetros neutros, o que não acontece com a SELIC, cujo índice é decido pelo Órgão Governamental chamado Banco Central;

7.21. a legislação federal que remete ao uso da taxa SELIC para fins de atualização de débitos tributários não delineia como a mesma se configura, representando notável e inconstitucional delegação legislativa a textos infralegais, violando, de plano, tanto a Constituição Federal em diversos dispositivos (legalidade cerrada, dentre outros), como o próprio CTN;

7.22. o Órgão encarregado da sua disciplina, ou seja, quem estabelece o quanto representa a taxa SELIC, é o próprio credor da obrigação tributária, qual seja, o Banco Central do Brasil, através de atos normativos infralegais aplicáveis somente no âmbito do sistema financeiro nacional, demonstrando, dentre outros aspectos, a irrazoabilidade do credor da obrigação tributária ser a mesma pessoa que estipula o valor dos juros exigidos do contribuinte, manifestando a total antijuridicidade da pretensão fazendária;

7.23. por fim, é importante destacar que, recentemente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 215.881, concluiu pela inconstitucionalidade da mencionada taxa para fins tributários, e, no Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça Estadual, enfrentando matéria semelhante, também assim se pronunciou, e, portanto, por todos os motivos alegados, requer o recorrente a exclusão dos juros calculados com base na SELIC, referente ao período posterior ao mês de abril de 1995, até a definitiva liquidação do débito;

7.24. por tudo que foi exposto e provado, vem o Defendente, protestando pela produção de todos os meios de prova acaso necessários para o deslinde da questão, com base no art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72, bem como pela junta de outros documentos em prova e contra-

prova, requerer que se conheça da presente defesa, para julgar o Auto de Infração totalmente improcedente, por estar suficientemente provada a ilegalidade da incidência do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, assim como a ilegalidade na aplicação da SELIC para calcular os juros de mora.

8. O julgamento do presente processo pela DRJ/Rio de Janeiro-II (DRJ/RJO2) se dá em face da transferência de competência instituída pela Portaria RFB nº 1.472, de 24/09/2008.

Ato contínuo, a DRJ-RIO DE JANEIRO II (RJ) julgou a impugnação do contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/05/2003 a 30/06/2003, 01/08/2003 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/01/2004, 01/03/2004 a 31/03/2004, 01/05/2004 a 31/05/2004

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a partir de 01/04/95, a aplicação de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

ELEMENTOS DE PROVA - A prova deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, por força do artigo 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2004, 01/03/2004 a 31/03/2004

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a partir de 01/04/95, a aplicação de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

ELEMENTOS DE PROVA - A prova deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, por força do artigo 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

Lançamento Procedente.

Em seguida, devidamente notificada, a Recorrente interpôs o presente recurso, apresentando as mesmas alegações presentes em sua impugnação..

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

A recorrente insurge-se contra a inclusão do ICMS no faturamento, base de cálculo das contribuições exigidas, no caso específico Cofins e PIS, argüindo ser inconstitucional sua cobrança. Ressalta que o parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, norma conhecida como alargamento da base de cálculo dessas contribuições, foi reconhecida como inconstitucional pelo Superior Tribunal Federal. Assim concluindo ser inconstitucional a cobrança da Cofins e do PIS sobre os valores indevidos na base de cálculo do faturamento, mais precisamente do ICMS. Argumenta que o valor do ICMS não revela medida de riqueza.

Percebe-se pela leitura dos autos que a recorrente é sujeita ao regime não-cumulativo das contribuições e aos comandos do artigo 1º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, cujas redações, à época de ocorrência dos fatos, eram as abaixo transcritas:

Lei nº 10.637/2002:

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

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

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

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

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

II - (VETADO)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

VI – não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado. (Incluído pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003) (a Lei nº 10.833/2003 ampliou a exclusão para "não operacionais, decorrentes da venda do ativo permanente", aplicando-se ao PIS/Pasep, de acordo com o artigo 15 da referida lei)

Lei nº 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeito).

Constata-se pela legislação transcrita que a base de cálculo das contribuições na sistemática não cumulativa é bem ampla, incluindo todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica independentemente de sua denominação ou classificação contábil, além disso, a legislação também prevê as exclusões desta base de cálculo. No entanto, não se identifica no dispositivo legal transcrito previsão para a exclusão do ICMS sobre as vendas da incidência do PIS e da COFINS não cumulativos.

A Receita Bruta, que se insere no conceito da base de cálculo das contribuições referidas, é definida pelo art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/77, com a redação então vigente:

Art. 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados

§1º A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Percebe-se pela leitura do dispositivo que a exclusão dos tributos incidentes somente se faz para encontrar o valor da receita líquida, conforme §1º. Portanto, na Receita Bruta devem ser considerados incluídos os impostos incidentes sobre vendas, conforme expressa previsão legal.

Sobre a mesma matéria central da lide, atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) já se posicionou em Recurso Especial nº 1.144.469PR, com trânsito em julgado em 10/03/2017, representativo de controvérsia, cujo resultado, transcreve-se:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. Nº 610.908 PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. Nº 462.262 SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

4. Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQNST e ICMSST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo

embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não cumulatividade informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax ontax").

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori , dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor o tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: "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".

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos TFR e por este Superior Tribunal de Justiça STJ:

1 Súmula n. 191/TFR: "É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes ".

** Súmula n. 258/TFR: "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM".*

** Súmula n. 68/STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".*

** Súmula n. 94/STJ: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL ".*

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

*RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL:
TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA*

CONTROVÉRSIA. ART. 543C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.15835, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: "O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica".

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Regina Helena Costa, negou provimento ao recurso especial da empresa recorrente, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) e Humberto Martins.

Posteriormente, a mesma matéria foi julgada pelo STF no RE 574.906, sob repercussão geral, em 15/03/2017, com o seguinte resultado, abaixo reproduzido:

Decisão: 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.

O RICARF determina no §2º do artigo 62 de seu Anexo II que "*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543B e 543C 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. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).*

Pela análise das decisões acima reproduzidas, constata-se que a decisão do STF ainda não é definitiva estando sujeita a recursos ou a modulação dos seus efeitos, não sendo vinculante, portanto, para os colegiados do CARF.

Dessa forma, conforme determina a legislação citada, deve ser reproduzido neste voto o conteúdo da decisão definitiva no Recurso Especial nº 1.144.469PR do STJ, nos termos anteriormente transcritos.

A Recorrente questionou, ainda, de forma subsidiária, a legalidade e constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC para a correção do crédito tributário lançado.

Quanto às argumentações de inconstitucionalidade, por se constituírem matérias que somente o Poder Judiciário é competente para julgar, consoante a Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º, não podem ser analisadas pelas turmas deste colegiado.

Nesse sentido, inclusive, a Súmula CARF nº2 determina que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

As Súmulas CARF são de observância obrigatória pelos membros deste Conselho, conforme disposto no artigo 72 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

A aplicação da taxa SELIC nos débitos para com o Fisco Federal encontra-se atualmente prevista pelo §3º do art.61 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento

(negrito nosso).

Ademais, a questão se encontra pacificada neste Colegiado por meio da Súmula CARF nº 4 que é de observância obrigatória pelos seus membros, *in verbis*:

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator