



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

Processo nº 10580.720947/2007-95
Recurso nº
Resolução nº **3403-000.319 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 21 de março de 2012
Assunto Sobrestamento
Recorrente PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento do recurso até que sejam julgados o RE nº 574.706 e a ADC nº18.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Liduína Maria Alves Macambira – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Liduína Maria Alves Macambira, Domingos de Sá Filho, Robson José Bayerl, Raquel Motta Brandão Minatel e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata o presente processo de dois autos de infração lavrados contra o sujeito passivo identificado nos autos decorrente de ação fiscal efetuada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador (DRF/SDR/BA), conforme Mandato de Procedimento Fiscal à fl. 02, referentes às contribuições sociais:

- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, abrangendo os períodos de apuração de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 e de março de 2004, no valor de R\$ 608.907,54, incluindo principal, multa de ofício de 75% e juros de mora, calculados até 28/09/2007

- Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, abrangendo os períodos de apuração de janeiro, maio/2003, junho/2003, agosto/2003, outubro de 2003 a janeiro de 2004, março/2004 e maio/2004, no valor de R\$ 24.528,64, incluindo principal, multa de ofício de 75%, e juros de mora, calculados até 28/09/2007.

De acordo com a descrição dos fatos de fls. 08/09 (PIS) e fls. 17/18 (COFINS), a autoridade lançadora 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:

Inconformada com as autuações, a recorrente apresentou impugnação alegando em síntese que (trecho extraído do relatório da decisão recorrida às fls. 121/123):

- 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 inócua o princípio constitucional da discriminação de rendas tributárias;

7. 14. 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;

(...)

7.24 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 da 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.

A 5ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro II, no Acórdão nº 13-23.339, de 06 de fevereiro de 2009, fls.119/128, julgou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada:

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.

Cientificada da decisão em 15/06/2009, fl.135, a recorrente interpôs Recurso Voluntário em 03/07/2009, fls. 136/147, apresentando as mesmas alegações apresentadas na impugnação. Nenhum documento acompanhou a peça recursal.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liduína Maria Alves Macambira, Relatora.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

O cerne da lide versada neste processo diz respeito à possibilidade de exclusão do ICMS, tributo de competência dos Estados-Membros, da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins e da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS.

A recorrente pugna pela reforma da decisão recorrida que julgou procedente o lançamento. Com o mesmo intuito apresentado na impugnação, pretende demonstrar os erros existentes na apuração da receita levantada pela fiscalização, bem como a ilegalidade da incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas apuradas.

Das preliminares

Da inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas

Preliminarmente, importa registrar que quanto às questões de inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitadas pela recorrente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em sessão realizada no dia 08/12/2009, decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (*Constituição Federal, art. 102, I, “a” e III, “b”, art. 103, § 2º; Emenda Constitucional nº 3/1993*). Tal decisão resultou na edição da Súmula nº 2, abaixo reproduzida, cuja adoção é obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do § 4º do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹:

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

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

[...]

Em 2009, o Decreto nº 70.235/72, art. 26-A, alterado para se incluir vedação expressa quanto a qualquer possibilidade de discutir o assunto, cujas exceções encontram-se taxativamente arroladas no seu texto, *in verbis*:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ademais, no tocante ao exortado julgamento do RE 240.785-2/MG, de relatoria do Min. Marco Aurélio de Mello, em consulta realizada no sítio virtual daquele egrégio tribunal, na data de 29/02/2012, verifiquei que o mesmo se encontra sobrestado pelo exame da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, que trata da mesma matéria.

Portanto, não cabe aos julgadores administrativos apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma inserida no ordenamento jurídico nacional, pois tais questões são reservadas ao Poder Judiciário. Assim, essas arguições na esfera administrativa em nada aproveitam à recorrente, já que esse órgão julgador não tem competência para tal.

Das provas

A recorrente diz em suas peças recursais que demonstraria os erros na apuração da receita levantada pela fiscalização bem como a ilegalidade da incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas apuradas. Indaga se entendesse a DRJ, caso o contribuinte tivesse juntado documentos comprobatórios do quanto alegado a administração pública, a mesma examinaria a questão da inconstitucionalidade/ilegalidade.

Com certeza, a DRJ não apreciaria as questões acerca da inconstitucionalidade/ilegalidade porque Ela não tem competência para isso. Ela não aprecia não é por não querer simplesmente, mas em razão dos limites impostos pela nossa Constituição Federal. Agora, como o contribuinte diz que houve erros na apuração das contribuições poderia demonstrá-los, por exemplo, que o valor da base de cálculo estaria errado apesar de não concordar com a inclusão do ICMS, que houve equívoco na aplicação da alíquota, que o mês

de apuração indicado é outro. A DRJ poderia apreciar esses aspectos do lançamento caso comprovado pela recorrente. Contudo quanto às questões acerca da inconstitucionalidade/ilegalidade, estas a DRJ não as poderia examinar por falta de competência.

Do Mérito

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, mas precisamente do ICMS. Argumenta que o valor do ICMS não revela medida de riqueza.

Pois bem. Não podemos deixar de ressaltar a controvérsia em torno da validade constitucional da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou as bases de incidência das contribuições da Cofins e do PIS, que adotou a receita total como materialidade dessas contribuições, anteriormente, segundo o ordenamento jurídico vigente, art. 195 da Constituição Federal, só admitia o faturamento, entendido como o produto da venda dos bens e serviços da empresa, como base para incidência das mesmas.

Entretanto, não entrarei na discussão sobre o descompasso constitucional e a não recepção da Lei nº 9.718, de 1998, pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Primeiramente, porque já ficou determinado por esse órgão colegiado que não cabe aos julgadores dessa instância apreciar sobre a constitucionalidade ou não das normas legais e, segundo, porque a matéria após diversas ações judiciais, o Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, RE 585.235, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso. O órgão responsável por dirimir conflitos dessa ordem assim se posicionou.

BASE DE CÁLCULO DA COFINS E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Quanto aos demais dispositivos da Lei nº 9.718, de 1998 foram validados, integralmente pelo Pretório Excelso.

Os autos de infração ora combatido, trata de exigências das contribuições sociais: Cofins, com incidência cumulativa e incidência não cumulativa, e PIS com incidência não cumulativa.

Agora vejamos como ficou definido pelo legislador infraconstitucional a base de cálculo da Contribuição para o PIS não comutativo e da Cofins não cumulativa.

Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 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.

§ 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.

Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003

Art.1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 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.

Com efeito, após as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718, de 1998, como pode ser observado o art. 1º, § 1º das Leis nº 10.627/ 2002, e 10.833/03 estabelecem o critério material da hipótese de incidência do PIS não cumulativo e da Cofins não cumulativa, qual seja, o faturamento, assim entendido como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da classificação contábil adotada. Reafirmando, portanto a adoção da base universal para efeito de incidência das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Um ponto importante que não podemos deixar de destacar é que a norma de tributação, fundamentação legal, das contribuições ora exigidas, respectivamente na Lei nº 9.718, de 1998 (Cofins para o período de apuração (PA) de 01/2003 a 01/2004; na Lei 10.627, de 2002 (PIS para o PA 01/03 a 05/2004) e na Lei nº 10.833, de 2003 (Cofins para o PA03/04), não excluem o valor do ICMS.

Referidas normas que definem as bases de cálculo das mencionadas contribuições nos referidos períodos de apuração tratam do produto da venda (dos bens e serviços), e do valor total da receita. O ICMS, por incluir-se no preço do produto, integra a sua própria base de cálculo, em consequência do cálculo por dentro. Seu destaque em nota fiscal e para fins de controle.

Portanto, nos termos da legislação que fundamentou o procedimento de ofício que resultou na constituição da exigência das contribuições para o PIS e Cofins, o valor do ICMS efetivamente compõe o faturamento, base de cálculo das referidas contribuições. Não há em nenhuma das normas previsão de exclusão do ICMS da base de cálculo dessas contribuições que se enquadre à situação dos fatos que ensejaram a constituição dos autos de infração.

Como dito anteriormente, no tocante as arguições de ilegalidade/inconstitucionalidade das normas, não tem competência os julgadores administrativos para apreciá-las. Enquanto essas normas não sejam retiradas do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário, as normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico devem ser observadas pelos órgãos da Administração Pública em respeito ao princípio da legalidade. Ademais, a autoridade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme estabelecido no parágrafo do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Não podemos deixar de registrar que o STF, de acordo com o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, reconheceu no RE 574706 a existência de repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS, estando os autos conclusos para o relator desde 19/05/2010. Quanto ao RE 240.785, também no regime de repercussão geral sobre a questão, encontra-se ainda aguardando o julgamento plenário do STF, estando sobrestado em virtude do exame da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 18. Acrescenta-se, ainda, que essa matéria também é objeto no REsp 1.127.877, ora suspenso em razão da liminar concedida na ADC 18 (STF).

Como se pode observar não houve decisão definitiva plenária do STF sobre a matéria.

Diante dessas considerações e com base na Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, a qual determinou os procedimentos a serem adotados para o sobrestamento de processos de trata o § 1º do art. 62-A do anexo II do Regimento Interno do CARF, por decisão unânime, os membros desse colegiado resolveram sobrestar o julgamento até que sejam julgados o RE 574.706 e a ADC nº 18.

Liduína Maria Alves Macambira