



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 12571.720167/2014-17  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 3401-012.756 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de março de 2024  
**Recorrente** MARZA ENGENHARIA ELÉTRICA LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2009, 2010

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Restando devidamente observados os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e do art. 142 do CTN, o lançamento é considerado válido e eficaz. Da mesma forma, sendo perfeitamente compreendido o auto de infração pela recorrente e oportunizado o exercício adequado do direito à ampla defesa e ao contraditório, não resta caracterizado o cerceamento ao direito de defesa.

INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA CARF N. 2.

As alegações acerca da inconstitucionalidade da legislação tributária não são oponíveis na esfera administrativa de julgamento, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância, não dispondo esta de competência legal para examinar hipóteses de violação às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

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

Ano-calendário: 2009, 2010

INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO E RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO.

Constatada a falta de declaração e de recolhimento de débitos pelo sujeito passivo, deve ser constituído o crédito tributário pelo lançamento.

COFINS. PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. STF. RE 574.706/MG. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 15/03/2017.

O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma definitiva que o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS. E, em razão da modulação dos efeitos do julgado em sede de Embargos de Declaração, os efeitos da r. decisão só se produzem após 15/03/2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com

repercussão geral -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a referida data, como no caso dos autos.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Ano-calendário: 2009, 2010

COFINS. PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ISS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DEFINITIVA. STJ. RESP 1.330.737. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA.

Ao julgar o REsp n.º 1.330.737, em sede de Recurso Repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese que “[o] valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”, sendo tal entendimento vinculante aos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, nos termos do §2º do artigo 62 do Regimento Interno do CARF (Anexo II da Portaria MF n.º 343/2014).

MULTA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA CARF N. 2

O CARF não pode, invocando a proporcionalidade, a razoabilidade ou qualquer outro princípio, afastar a aplicação de lei tributária válida e vigente, na medida em que isso significaria nítida declaração, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade desta norma.

Inteligência da Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, violação a princípios constitucionais e de afastamento da multa de ofício por afronta a princípios constitucionais. Na parte conhecida, por rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e, no mérito, por dar parcial provimento, para o fim de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS exigidas na presente autuação, nos termos do julgamento do RE n.º 574.706 pelo STF.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Renan Gomes Rego, Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues, Sabrina Coutinho Barbosa, Marcos Roberto da Silva (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 3401-012.756 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo n.º 12571.720167/2014-17

## Relatório

Por bem narrar os fatos ocorridos, adoto o relatório contido na Resolução proferida por esta 1ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento, deste e. CARF:

*Cuida-se de auto de infração para exigência de diferenças de PIS/Pasep e Cofins não cumulativos, período abril/2009 a dezembro/2010, esclarecendo a fiscalização que nos meses em que houve recolhimento em montante superior ao apurado, a quantia excedente foi utilizada para abatimento dos valores apurados nos meses posteriores.*

*Em impugnação o contribuinte sustentou a nulidade do lançamento por vício formal, em violação aos arts. 9º e 10 do decreto n.º 70.235/72 e com ofensa ao princípio da ampla defesa; que a autuação está calcada em presunções; que as Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/03 violaram diversos princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia, livre concorrência e capacidade tributária; que as empresas prestadoras de serviços sofreram um expressivo aumento da carga tributária com o advento da novel legislação; que deve ser afastada a sua tributação pela forma não cumulativa; que as restrições à apropriação de créditos não encontra respaldo no texto constitucional; que os mencionados diplomas legais padecem de vício de inconstitucionalidade formal; que a inclusão do ISS/ICMS na base de cálculo das contribuições está em desacordo com o art. 145, § 1º da CF/88; que os valores referentes aos aludidos tributos não constituem receita operacional, eis que repassados aos entes federativos respectivos; que a multa não pode ostentar cunho arrecadatório; que, não havendo conduta ilícita, descabe a infligência da multa de 75% (setenta e cinco por cento); e, que o consectário, no percentual lançado, possui caráter confiscatório.*

A DRJ São Paulo/SP julgou a manifestação improcedente:

### "CITAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA OU DOUTRINA.

*No julgamento de primeira instância, a autoridade administrativa observará apenas a legislação de regência, assim como o entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB), expresso em atos normativos de observância obrigatória, não estando vinculada às decisões administrativas ou judiciais proferidas em processos dos quais não participe o interessado ou que não possuam eficácia erga omnes, e nem a opiniões doutrinárias sobre determinadas matérias.*

### AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

*Somente será considerado nulo o ato administrativo praticado por agente incompetente. Artigo 12, I, do Decreto n.º 7.574 de 29/09/2011.*

### CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

*Não há que se falar em falta de clareza, de motivação, ou desconhecimento dos fatos que fundamentaram os Autos de Infração, o que seria um óbice ao direito à ampla defesa, quando os lançamentos efetuados se basearam nos dados fornecidos pela interessada, a descrição dos fatos é clara, e a fundamentação legal está discriminada na exigência fiscal.*

### PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO. COMPETÊNCIA.

*A alegação de violação aos princípios constitucionais na aplicação de norma legal não prospera na esfera administrativa, tendo em vista que a autoridade administrativa não tem competência para proceder à análise de aspectos constitucionais da legislação.*

**IMPUGNAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS.**

*No processo administrativo fiscal, as provas documentais devem ser apresentadas juntamente com a impugnação do lançamento, salvo nos casos previstos no § 4º do artigo 57 do Decreto n.º 7.574 de 29/09/2011. A alegação sem produção de provas impossibilita a revisão do lançamento.*

**INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO E RECOLHIMENTO.**

*Constatada a falta de declaração e de recolhimento de débitos pelo sujeito passivo, deve ser formalizado o crédito tributário pelo lançamento.*

*PIS (COFINS). BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO O ICMS compõe o faturamento da empresa, e não pode ser excluído da base de cálculo do PIS (COFINS), por falta de dispositivo legal que assim determine.*

*PIS (COFINS). BASE DE CÁLCULO. ISS. INCLUSÃO O ISS compõe o faturamento da empresa, e não pode ser excluído da base de cálculo do PIS (COFINS), por falta de dispositivo legal que assim determine.*

**MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.**

*Estando a multa aplicada prevista em lei, não há o que cogitar, em âmbito administrativo, a respeito de confisco e inconstitucionalidade de norma regularmente editada. "*

*O recurso voluntário repetiu literalmente a fundamentação estampada na impugnação.*

*É o relatório.*

Esta 1ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção deste e. CARF, por meio da Resolução n.º 3401-001.380, de 19 de abril de 2018, resolveu “[...] determinar que o processo aguarde, em secretaria, até o trânsito em julgado do RE 574.706”.

Com o trânsito em julgado do acórdão proferido no RE n.º 574.706 PR, no qual o Supremo Tribunal Federal fixou, em sede de repercussão geral, a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”, os autos foram devolvidos ao CARF e, considerando que o i. relator da resolução não integra mais nenhum dos colegiados da Seção, foram encaminhados para novo sorteio, sendo distribuídos para minha relatoria.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e cumpre com os requisitos formais de admissibilidade, devendo, por conseguinte, ser conhecido.

**DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO**

Em seu Recurso Voluntário a recorrente pleiteia, em sede preliminar, o reconhecimento da nulidade do auto de infração, argumentando que a descrição dos fatos ficou confusa pela falta de clareza e objetividade; que faltaram informações como a indicação da

numeração das folhas, dificultando a verificação das questões abordadas pelo Auditor Fiscal; que a descrição dos dispositivos atribuídos ao contribuinte como infringidos foi incompleta e imprecisa; e que informações apresentadas pela contribuinte não foram levadas em consideração.

Acrescenta que os Autos de Infração não contêm todos os elementos necessários a que se refere o *caput* do artigo 9º do Decreto n.º 70.235/72; que não há descrição da fundamentação (matéria tributária) do lançamento, desconhecendo quais as bases jurídicas e legais a sustentar tal exigência, o que prejudica o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por fim, sustenta que os fundamentos que embasam os autos de infração têm suporte em meras presunções extraídas de conclusões vagas e hipotéticas, alegando que “[a] exigência fiscal ora hostilizada é acintosa e reprovável, eis que sequer veio a ter sua materialidade provada, mas simplesmente presumida, resultante de circunstâncias indiciárias, que jamais poderiam confirmar qualquer irregularidade”.

Considerando que a recorrente tão somente repetiu *ipsis litteris* os argumentos expostos na impugnação, e tendo em vista que, ao meu ver, a questão foi adequadamente dirimida pela DRJ, transcrevo os fundamentos expostos no v. acórdão recorrido, os quais adoto, nos termos do artigo 50, §1º, da Lei n.º 9.784/99, como razões para decidir:

*Ao contrário do que afirma o impugnante, as descrições constantes nos Autos de Infração e no Relatório de Ação Fiscal são claras e precisas, permitindo fácil compreensão do procedimento fiscal efetuado. Além de todos os demonstrativos que fazem parte dos Autos de Infração, o Relatório de Ação Fiscal (fls. 783/792) contém a descrição do procedimento fiscal, inclusive das intimações feitas à interessada e documentos por ela apresentados ou não, o cálculo dos valores de PIS e COFINS apurados, a base legal e alíquotas utilizadas, cálculo dos respectivos créditos, as retenções, os valores glosados.*

*A partir do Relatório de Ação Fiscal é fácil concluir que a fiscalização apurou o tributo devido a partir das planilhas apresentadas pela própria contribuinte, que eram coincidentes com as informações constantes das DIPJ. Em seguida, foram considerados os créditos informados pela interessada, bem como os valores retidos e recolhidos, com exceção daqueles sem amparo documental.*

*Portanto, para efetuar estes cálculos foram utilizados os valores das planilhas fornecidos no curso do procedimento fiscal detalhando as operações que geraram receitas do período em análise, e notas fiscais quando apresentadas, observando-se, como consta no referido relatório, que nos casos de não apresentação das notas fiscais de compra de mercadorias, é impossível conceder os respectivos créditos de PIS e COFINS. No Relatório também consta a explanação sobre os valores de retenção que foram glosados por falta de comprovação pela interessada.*

*Frise-se que todos os procedimentos foram descritos detalhadamente pela fiscalização e os valores demonstrados mês a mês por meio das tabelas constantes no referido relatório, que contém ainda os valores declarados em DCTF, os DARFs recolhidos, e os lançamentos do PIS e da COFINS efetuados.*

*No que tange à indicação da numeração das folhas, observe-se que sua ausência de forma alguma dificultaria a verificação das questões abordadas pelo Auditor Fiscal, que estão claras e objetivas na leitura do Relatório de Ação Fiscal.*

*Desta forma, são improcedentes as alegações da defesa, assim como são descabidas as afirmações de desconhecimento da fundamentação dos lançamentos, e de que os Autos de Infração violam o disposto no art. 10, III do Decreto n.º 70.235/72, pois a*

*fundamentação legal e a descrição dos fatos estão detalhadas no Relatório de Ação Fiscal e fazem parte dos Autos de Infração de PIS e COFINS, como se vê na "Descrição dos fatos e enquadramento legal" (fls. 737/738, 747, 761/762).*

*O contribuinte pondera que ao contrário do que determina o "caput" do artigo 9º do Decreto nº 70.235/1972, os autos não estariam instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Ao compulsar os autos nota-se que todos os elementos de prova necessários à comprovação do ilícito estão presentes, destarte não se deve dar razão ao impugnante.*

*Para tanto, a contribuinte foi intimada a apresentar documentos (fls. 03/05, 53/56), obteve várias concessões de prorrogações de prazos quando solicitadas (fls. 14/16, 51, 61, 267), sendo que a documentação por ela apresentada, e que deu suporte aos lançamentos efetuados, encontra-se juntada aos autos.*

*Assim não há que se falar que a exigência fiscal resultou de circunstâncias indiciárias, como afirmou a defesa, quando esta foi baseada nas próprias planilhas apresentadas pela interessada e na documentação por ela apresentada no curso da ação fiscal, como planilhas detalhando as operações que geraram receitas (fls. 201/266 e 565/610), cuja totalização consta na "Tabela 01" do Relatório de Ação Fiscal, os respectivos créditos de PIS e COFINS, concedidos quando comprovados com a apresentação de notas fiscais ("Tabela 02"), planilhas de retenções, utilizadas quando comprovadas ("Tabelas 03 e 04").*

*Constatada a falta de declaração e do recolhimento de valores devidos ao PIS à COFINS, são corretos os lançamentos efetuados, tendo em vista que a formalização do crédito tributário pelo lançamento decorre do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, conforme dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), abaixo transcrito:*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*23. Diante do acima exposto, não há que se falar em descumprimento de exigências legais ou de cerceamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa, que inclusive foi exercido pela interessada, por meio da impugnação ora analisada.*

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração.

## DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em suas razões recursais, a recorrente sustenta que as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 violaram diversos princípios constitucionais, entre eles, o da isonomia, livre concorrência e capacidade contributiva; que as empresas prestadoras de serviços sofreram um expressivo aumento da carga tributária com o advento da novel legislação; que deve ser afastada a sua tributação pela forma não cumulativa; que as restrições à apropriação de créditos não encontra respaldo no texto constitucional; e que os mencionados diplomas legais padecem de vício de inconstitucionalidade formal.

Frise-se que as alegações da recorrente são todas voltadas à lei que fundamenta a autuação, inexistindo qualquer alegação relativa ao ato de aplicação da norma ou ao controle de legalidade da autuação.

Inicialmente, cumpre destacar que, nos termos do artigo 26-A do Decreto 70.235/72, “[n]o 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”.

Da mesma forma, não cabe a este Colegiado, invocando a isonomia, a livre concorrência, ou qualquer outro princípio, afastar a aplicação de lei tributária válida e vigente, na medida em que isso significaria nítida declaração, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade desta norma.

Neste sentido, assim dispõe a Súmula CARF nº 2:

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

As alegações acerca da inconstitucionalidade da legislação tributária não são oponíveis na esfera administrativa de julgamento, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância, não dispondo esta de competência legal para examinar hipóteses de violação às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação dessas questões encontra-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos de constitucionalidade das normas jurídicas deve ser submetida àquele Poder. Portanto, é inócuo suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois ao julgador é vedado não observar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional.

Diante do exposto, voto por não conhecer do recurso no que se refere às alegações de inconstitucionalidade e violação a princípios constitucionais.

#### DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E DA COFINS

Conforme supra relatado, esta C. Turma, em outra composição, resolveu sobrestar o julgamento do presente processo até o trânsito em julgado do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 574.706.

A controvérsia resume-se à exclusão (ou não) do valor do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, em observância à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e à modulação dos efeitos estabelecida em sede de Embargos de Declaração.

O tema foi decidido pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, em sede de Repercussão Geral, no qual foi fixada a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

O acórdão do referido julgamento restou assim ementado:

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): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15-03-2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em face do r. acórdão, a Procuradoria da Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração, os quais foram julgados em 13/05/2021, sendo o acórdão proferido com a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

(RE 574706 ED, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

Por pertinente, reproduzo também a parte dispositiva da r. decisão:

O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Desta forma, restou assentado de maneira definitiva pela Suprema Corte o entendimento de que o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, porém, em razão da modulação dos efeitos do julgado em sede de Embargos de Declaração, os efeitos da r. decisão só se produzem após 15/03/2017 – data em que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a referida data.

Neste sentido, cito o seguinte precedente deste e. CARF:

COFINS. PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. TERMOS. STF. RE 574.706/MG. O STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, nos termos do decidido no RE 574.706/MG, julgado em 15/03/2017. E, de acordo com a modulação dada a essa decisão no julgamento dos Embargos de Declaração opostos àquele decisum, em 13/05/2021, deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, nos processos administrativos protocolados até 15/03/2017, como no caso dos autos.

(Processo n.º 10980.921426/2012-16; Acórdão n.º 9303-013.466; Relator Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira; sessão de 16/11/2022)

Ressalte-se que, nos termos do §2º do artigo 62 do Regimento Interno do CARF (Anexo II da Portaria MF n.º 343/2014), “[a]s 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 n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

Diante do exposto, considerando que os autos de infração objeto do presente processo foram lavrados em 22/04/2014 e tratam de contribuições ao PIS e da COFINS relativas ao período de abril/2009 a dezembro/2010, em observância ao decidido pelo STF, voto por dar provimento ao recurso voluntário neste tópico.

#### DA EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E DA COFINS

No que se refere à controvérsia relativa à exclusão (ou não) do valor do ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, o Supremo Tribunal Federal

reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, sendo que o Tema 118 - Inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS está pendente de julgamento, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 592.616.

Por sua vez, em sede infraconstitucional, o tema já foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp n.º 1.330.737, em sede de recurso repetitivo, no qual foi fixada a tese que “[o] valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”.

Diante disto, considerando a inexistência de decisão definitiva sobre a matéria pelo STF e que, nos termos já expostos no tópico anterior, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STJ em matéria infraconstitucional, em sede de Recurso Repetitivo, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito deste e. CARF, voto por negar provimento ao recurso neste tópico.

#### DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA COMINADA

Neste tópico, a recorrente sustenta que, não havendo conduta ilícita, descabe a imposição da multa de 75% (setenta e cinco por cento); e, que a multa no percentual lançado assume o caráter arrecadatório e confiscatório, desrespeitando o princípio constitucional do não confisco.

Conforme já exposto no presente voto, não cabe a este Colegiado invocar a proporcionalidade, a razoabilidade, o não confisco, ou qualquer outro princípio, para afastar a aplicação de lei tributária válida e vigente, na medida em que isso significaria nítida declaração, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade desta norma.

Assim, estando previsto na lei, no caso, no artigo 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96, a hipótese de aplicação da multa de ofício 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, não pode este colegiado admitir a não aplicação ou a redução da penalidade prevista, uma vez que se estaria afastando a aplicação da lei, com base nos princípios supra mencionados.

Ademais, a lei não prevê qualquer hipótese de redução da multa em razão de circunstâncias de fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, estabelecendo uma aplicação neutra da multa em todas as hipóteses de ausência de lançamento ou recolhimento do imposto.

Diante disto, voto por não conhecer do recurso em relação aos argumentos de afastamento da multa de ofício por afronta a princípios constitucionais.

#### CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, violação a princípios constitucionais e de afastamento da multa de ofício por afronta a princípios constitucionais.

Na parte conhecida, voto por rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, e, no mérito, por dar-lhe parcial provimento, para o fim de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS exigidas na presente autuação, nos termos do julgamento do RE nº 574.706 pelo STF.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues