



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

Processo nº 19515.001836/2002-20
Recurso nº 250.574 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.558 – 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2010
Matéria PIS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente HMED DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1997 a 30/04/2001

BASE DE CÁLCULO. COMPOSIÇÃO. ICMS.

O valor do ICMS compõe o preço da mercadoria ou do serviço e, portanto, integra a receita de vendas e compõe a base de cálculo do PIS/Pasep.

BASE DE CÁLCULO. OUTRAS RECEITAS.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, é incabível a exigência de PIS sobre outras receitas que não decorram da venda de mercadorias e/ou de serviços, quando tais receitas não advêm da atividade empresarial típica da contribuinte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 30/04/2001

PIS. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF.

Salvo a ocorrência de e dolo, fraude ou simulação, é de cinco anos contados a partir do fato gerador o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário relativo à Cofins.

JUROS MORATÓRIOS. SELIC. SÚMULA Nº 3.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

Recurso Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a decadência até novembro/97 e afastar o alargamento da base de cálculo, nos termos do voto da relatora. Vencida a Conselheira Nayra Bastos Manatta, que negava provimento quanto ao alargamento da base de cálculo.



Nayra Bastos Manatta - Presidenta



Sílvia de Brito Oliveira - Relatora

EDITADO EM 25/05/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nestes autos foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência de crédito tributário relativo à contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1997 a julho de 1998, de setembro de 1998 a dezembro de 1998 e de fevereiro de 1999 a abril de 2001, com os juros moratórios e a multa aplicável nos lançamentos de ofício.

O lançamento, com ciência à contribuinte em 16 de dezembro de 2002, foi efetuado em virtude de a fiscalização ter constatado diferenças entre os valores declarados nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e os apurados à vista da escrituração contábil, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal (TVF) às fls. 131 a 133.

A exigência tributária foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas-SP (DRJ/CPS) julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão constante das fls. 243 e 252, ensejando a interposição do recurso voluntário das fls. 260 a 292, para alegar, em preliminar, a decadência do direito de constituir o crédito tributário em relação aos períodos de apuração de 1997, tendo em vista a fluência do prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, e também no art. 150, § 4º, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

No mérito, alegou-se, em síntese, que:

I – o lançamento não pode subsistir, pois o enquadramento legal da autuação é a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, cujo art. 3º, § 1º, já foi declarado inconstitucional por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF);

II – o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS),

embora suportado pelos consumidores e pagos pelos contribuintes, não integra a base de cálculo do PIS, pois constitui receita dos Estados competentes para cobrá-lo; e

III – a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para cálculo dos juros moratórios fere o princípio constitucional da legalidade e o disposto no art. 161, § 1º, do CTN.

A contribuinte sustentou ainda a nulidade do lançamento, tendo em vista que foi pautado em regras dissonantes das determinações constitucionais, pois sua base de cálculo é totalmente inconstitucional, não encerrando, pois, crédito exigível.

Ao final, solicitou a recorrente que seja declarada a decadência para os fatos geradores de 1997 e que seja provido seu recurso para desconstituir o lançamento ou, alternativamente, para que sejam excluídos da base de cálculo os valores de ICMS e afastada a aplicação da taxa referencial Selic, calculando-se os juros na forma do art. 161, § 1º, do CTN.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sílvia de Brito Oliveira, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo, pois, ser conhecido.

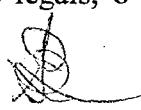
Quanto à decadência do direito de formalização da exigência, cumpre lembrar que, na sessão plenária de 12 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte enunciado:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Por conseguinte, uma vez que a publicação do enunciado vinculante por meio da imprensa oficial deflagra a sua imediata eficácia, notadamente para a Administração Pública, impõe-se que se afaste a aplicação dos dispositivos legais declarados inconstitucionais e se aplique ao caso, por tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o art. 150, § 4º do CTN, que estabelece prazo quinquenal, contado a partir da ocorrência do fato gerador, para a Fazenda Pública formalizar a exigência tributária.

Em face disso, há que se reconhecer extinto, na forma do art. 156, inc. V, do CTN, o crédito tributário decorrente dos fatos geradores anteriores dezembro de 1997.

Sobre a nulidade do lançamento, por ter sido a base de cálculo apurada em conformidade com o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998, cumpre, primeiro, observar que o enquadramento legal do auto de infração compreende também outros dispositivos legais, o lançamento em exame alcança também fatos geradores anteriores à vigência dessa lei



3

Nesse aspecto, ademais de entender que a mera capitulação legal equivocada não macula com vício de nulidade o lançamento, cabe considerar que a declaração de inconstitucionalidade do precitado dispositivo legal se deu em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, no âmbito de caso concreto submetido à tutela jurisdicional e, por isso, operou efeitos apenas entre as partes processuais. Destarte, não tendo havido ato legislativo – no caso, Resolução do Senado Federal –, para, no plano pessoal, estender os efeitos dessa inconstitucionalidade, e não sendo a recorrente parte em processo judicial com decisão transitada em julgado sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, esse dispositivo é válido e eficaz, devendo a fiscalização observá-lo, sob pena de contrariedade ao art. 142 do CTN, salvo se houver determinação em contrário, nos termos do art. 4º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Eventual afastamento do dispositivo legal declarado inconstitucional, sem efeito **erga omnes**, pode ocorrer, no âmbito do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, em virtude de decisão dos órgãos julgadores.

Por essas razões, há de se rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento argüida pela recorrente.

Quanto ao mérito, registre-se que a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, reclama que este colegiado afaste a aplicação desse dispositivo legal, pois está-se diante de hipótese prevista no art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que prescreve:

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.

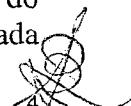
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

(...)

De acordo com os demonstrativos das receitas para composição da base de cálculo, às fls. 122 a 125, parte da receita tributada nestes autos refere-se ao alargamento da base imponível da contribuição para o PIS, promovida pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998. Cumpre então registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da supramencionada lei, tendo o Acórdão correspondente transitado em julgado em 5 de setembro de 2006.

Ora, a disposição regimental acima transcrita emana do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, a meu ver, no parágrafo único do seu art. 4º, trata de situação excepcional ao **caput** do artigo, pois, não mantendo o Carf subordinação hierárquica ao Secretário da Receita Federal, tampouco ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, seria esdrúxulo supor que a atuação desses órgãos julgadores estivesse vinculada a determinações emanadas dessas autoridades. Nesse ponto, frise-se que o próprio **caput** do art. em comento limita a abrangência dessas determinações ao âmbito das respectivas competências, referindo-se, com isso, não só à segregação das competências do Secretário da Receita Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, mas também à delimitada esfera de atuação de cada



um, que, a todas as luzes, nesse particular, não alcança os órgãos julgadores da segunda instância administrativa.

Destarte o Decreto em tela, ao dispor sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais, expressamente impôs aos órgãos julgadores da administração fazendária o dever de afastar dispositivo declarado inconstitucional e, se tal dever não era cumprido até a publicação do novo Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é porque anterior disposição regimental, materializada no art. 22A introduzido pela Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, no regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, vedava expressamente o afastamento de dispositivo legal em virtude de inconstitucionalidade, na hipótese de que aqui se cuida.

Assim, a alteração da norma regimental, desde a Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, evidencia a mudança de entendimento sobre a matéria do Sr. Ministro da Fazenda e, nesse ponto, não se pode olvidar a subordinação direta dos Conselhos de Contribuintes a esse Ministro de Estado.

Note-se, pois, que o art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, cuidou de atribuir competência a dirigentes da administração fazendária para determinar, no âmbito de suas atribuições, que não se prossigam com exigências tributárias fundamentadas em dispositivos declarados inconstitucionais e, em seu parágrafo único, tratou das exigências já constituídas e na fase litigiosa do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário para deferir aos julgadores administrativos a competência para, na apreciação da lide, afastar os referidos dispositivo, conforme a seguir transcreto:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, as “demais receitas” que não decorrem de vendas de mercadorias e/ou serviços, foram tributadas com supedâneo no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que foi declarado inconstitucional em decisão plenária definitiva do STF, estando,

5

portanto, configurada a hipótese do art. 62, parágrafo único, inc. I, do já citado Regimento Interno do Carf, que, combinado com o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346, de 1997, impõe o cancelamento da exigência tributária sobre essas receitas, para os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 1999.

De se observar que a inclusão na base de cálculo da contribuição em comento de receitas que não estejam no seu campo de incidência não reclama a nulidade do lançamento como defendeu a recorrente, pois trata-se de meros acertos no aspecto quantitativo da exigência tributária e, para tais acertos, presta-se o processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário.

Quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, há farta jurisprudência administrativa com o entendimento de que o ICMS compõe o preço da mercadoria vendida e, portanto, faz parte da receita de venda da pessoa jurídica. Dessa forma, não há base legal para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS. Da referida jurisprudência, transcreve-se trecho de ementa a seguir:

COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

(Acórdão nº 203-08745, de 18/03/2003, relatora Maria Teresa Martinez López)

Relativamente à utilização da taxa referencial Selic para o cálculo dos juros de mora, saliente-se que essa matéria foi objeto da Súmula nº 3, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, de aplicação obrigatória por este colegiado, por força do disposto no art. 72, § 4º, do Regimento Interno do Carf aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009. Referida Súmula possui o seguinte teor:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Diante do exposto, voto pela rejeição da nulidade do lançamento argüida e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso voluntário para cancelar a exigência relativa aos fatos geradores anteriores a dezembro de 1997, em virtude de se ter operado a extinção do crédito tributário na forma do art. 156, inc. V, do CTN, e, para os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 1999, excluir da base de cálculo do PIS os valores relativos às “demais receitas” não decorrentes de vendas de mercadorias e/ou serviços.

É como voto.

Sílvia de Brito Oliveira