



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

Processo nº 13839.003993/2006-64
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.359 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de março de 2014
Matéria PIS/COFINS
Recorrente LUCIANE PRODUTOS PARA VEDAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 01/07/2002, 31/12/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSTO PRÓPRIO. SÚMULAS 68 E 94. IMPOSSIBILIDADE. APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

Por se tratar de imposto próprio, que não comporta a transferência do encargo, a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Precedentes do STJ (Súmulas nºs 68 e 94). Às autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador não contemplou com a vantagem.

COFINS. ART. 3º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. CRÉDITO PRÊMIO DE IPI. CONCEITO DE FATURAMENTO. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 62, §1º, I, DO RI-CARF.

A base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, exigidas sob a égide da Lei nº 9.718/98, é o faturamento e, em virtude da inconstitucionalidade do seu art. 3º, §1º, declarada em decisão plenária definitiva do STF, devem ser excluídas da base de cálculo as receitas que não decorram da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. Os valores provenientes do indébito do crédito prêmio de IPI, sejam escriturados como redução de custos ou como outras receitas não se revestem da natureza de faturamento, estando, conseqüentemente, afastados da tributação das citadas contribuições na vigência do art. 3º, I, da Lei nº 9.718/98. Aplicação do art. 62-A do RI-CARF.

TAXA SELIC. SÚMULAS CARF. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. SÚMULA Nº 02 DO CARF.

Incidem sobre os créditos tributários os encargos correspondentes a variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), por expressa previsão legal, sendo que ao CARF não é permitido se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aplicação das Súmulas CARF nºs. 04 e 02.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/07/2002 a 31/12/2002

PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSTO PRÓPRIO. SÚMULAS 68 E 94. IMPOSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

Por se tratar de imposto próprio, que não comporta a transferência do encargo, a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Precedentes do STJ (Súmulas nºs 68 e 94). Às autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador não contemplou com a vantagem.

PIS E COFINS. ART. 3º, DA LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. CRÉDITO PRÊMIO DE IPI. CONCEITO DE FATURAMENTO. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 62, §1º, I, DO RI-CARF.

A base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, exigidas sob a égide da Lei nº 9.718/98, é o faturamento e, em virtude da inconstitucionalidade do seu art. 3º, §1º, declarada em decisão plenária definitiva do STF, devem ser excluídas da base de cálculo as receitas que não decorram da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. Os valores provenientes do indébito do crédito prêmio de IPI, sejam escriturados como redução de custos ou como outras receitas não se revestem da natureza de faturamento, estando, conseqüentemente, afastados da tributação das citadas contribuições na vigência do art. 3º, I, da Lei nº 9.718/98. Aplicação do art. 62-A do RI-CARF.

TAXA SELIC. SÚMULAS CARF. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. SÚMULA Nº 02 DO CARF.

Incidem sobre os créditos tributários os encargos correspondentes a variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), por expressa previsão legal, sendo que ao CARF não é permitido se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aplicação das Súmulas CARF nºs. 04 e 02.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso para excluir da base de cálculo do tributo lançado os valores relativos ao Crédito Prêmio de IPI lançados nos períodos anteriores à aplicabilidade, para o contribuinte, das Leis nºs. 10.637/2002 com relação a contribuição PIS, já que quanto à COFINS os períodos lançados não atingem o início da vigência da Lei nº 10.833/2003.

(assinado digitalmente)

Silvia de Brito Oliveira – Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros SILVIA DE BRITO OLIVEIRA (Presidente), FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, MONICA MONTEIRO GARCIA DE LOS RIOS (SUPLENTE), JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, LUIZ CARLOS SHIMOYAMA (SUPLENTE), FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausentes, justificadamente, os conselheiros GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO e NAYRA BASTOS MANATTA

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de PIS, referente a fatos geradores ocorridos entre julho e dezembro de 2002, no montante de R\$ 15.025,35 e, também, de COFINS, referente a fatos geradores ocorridos no mês de janeiro e entre julho e dezembro de 2002, perfazendo o montante de R\$ 52.778,18, ambos já com o valor do principal, acrescido de multa de ofício e juros de mora.

Tais Autos de Infração têm por fundamento o procedimento de revisão das DCTF e DIPJ apresentadas pela contribuinte, onde constatarem as diferenças entre valores pagos e declarados/escriturados das referidas contribuições.

IMPUGNAÇÃO

A contribuinte tomou ciência em 25/10/2006, apresentando, tempestivamente, impugnação em 21/11/2006, alegando, preliminarmente: (i) nulidade dos autos de infração por não ter sido notificada acerca do encerramento do MPF; (ii) ferimento dos princípios da tipicidade fechada e legalidade, pois que o ônus da prova quanto às supostas diferenças apontadas entre os valores escriturados caberia à fiscalização, não podendo esta se valer de presunção para apurar os elementos da norma-matriz de incidência tributária; e (iii) deveria a autoridade fiscal afastar norma que entenda inconstitucional.

Quanto ao mérito argumentou, em apertada síntese, que a ampliação da base de cálculo das citadas contribuições (art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98) seria inconstitucional, pois que a dita lei foi publicada antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98, que veio a alterar o art. 195 da Constituição Federal, ampliando o conceito de faturamento.

Aduz, portanto, que o ICMS não poderia ser incluído na base de cálculo das contribuições sociais em discussão, assim como o Crédito Prêmio de IPI, que teria natureza de repetição de indébito de tributos pagos sobre os custos de exportação.

Ressalta, ainda, que “a multa por falta ou insuficiência de recolhimento caracterizaria confisco, vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição Federal”, bem como que “a taxa SELIC não poderia ser utilizada na correção de débitos fiscais, sob pena de violação do artigo 150, I, da Constituição Federal e do artigo 161 do CTN”.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise aos argumentos sustentados pelo sujeito passivo em sua defesa, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas (DRJ/CPS), houve por bem em considerar procedente o lançamento, proferindo o Acórdão nº. 05-25.092.

No que tange às preliminares arguidas, entende, em apertada síntese, que: (i) a falta do encerramento da ação fiscal não configura irregularidade, uma vez que os atos

subsequentes fornecem integral compreensão do feito, sem incorrer em qualquer prejuízo do feito; e (ii) a via administrativa não é o foro competente para discussão acerca de constitucionalidade de lei, cabendo ao Poder Judiciário tal competência.

Acerca da alegação da contribuinte de que o crédito-prêmio de IPI pode ser considerado receita para fins de composição da base de cálculo de PIS e COFINS, aduz que o crédito-prêmio de IPI possuía natureza de benefício fiscal, e não restituição de indébito conforme quer a contribuinte. Destaca, ainda, que a contribuinte limita-se a alegar eventual influência do crédito-prêmio de IPI sem demonstrar, de fato, a efetividade desta repercussão. Assim, tais argumentos revelam-se meras alegações sem o condão de afetar o crédito lançado de ofício.

Quanto às argumentações acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ou o alargamento da base de cálculo implementado pelas Leis nº 9.715/98 e 9.718/98, destaca inicialmente que os debates sobre a constitucionalidade de normas não frutificam em esfera administrativa. Ademais, não merece razão o inconformismo da contribuinte quanto à inclusão do ICMS na apuração da base de cálculo das contribuições, de acordo com legislação e jurisprudência esposada.

No que tange os argumentos sobre o crédito-prêmio de IPI, bem como à pretendida exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições, ressalta que a contribuinte as discute somente em tese, não demonstrando sequer os efeitos que eventual êxito de suas argumentações teria sobre o crédito constituído, não observando o teor do art. 16, III do Decreto 70.235/72.

Ao que se refere à alegação da autuada de que o ônus da prova, acerca das exigências fiscais, caberia à autoridade autuante, não podendo esta se fundar em presunções, destaca que pautou-se, a fiscalização, no confronto entre a DCTF e DIPJ, ambas oriundas do contribuinte, que não pode, portanto, alegar desconhecimento das referidas declarações e dados de sua escrituração.

Por fim, ressalta que a correção dos débitos tributários pela taxa SELIC é matéria já sumulada no âmbito dos Conselhos de Contribuintes e, ainda, que a multa por insuficiência de recolhimento encontra guarida no art. 44, I da Lei nº 9.430/96 e sua atual redação, dada pela Lei nº 11.488/07.

Ao final, votou por julgar procedente o lançamento.

DO RECURSO

Cientificado do Acórdão supracitado em 23/04/2009, conforme AR de fl. 296 – n.e., o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 298/310) em 19/05/2009, repisando os mesmos argumentos já levantados em sede de Impugnação, especialmente a busca da verdade material, falta de cumprimento, pela autoridade autuante, do art. 142, do CTN, impossibilidade de incidência da SELIC, e que, por respeito à brevidade, não os repetirei.

Ao final, requer seja o lançamento de cobrança julgado insubsistente e, por consequência, reste extinto definitivamente o crédito tributário lançado, dando-se, assim, provimento a seu recurso.

DO 1º JULGAMENTO NO CARF – SOBRESTAMENTO.

Em sessão do dia 24 de outubro de 2013, em atenção a Portaria CARF nº 01, os membros desta turma, por unanimidade de votos, entenderam por bem sobrestar o julgamento do processo em discussão, pois que a matéria discutida nos autos encontra-se comprovadamente sobrestada pelo Supremo Tribunal Federal.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a esse relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 02 (dois) Volumes, numerado até a folha 321 (trezentos e vinte e um), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo, atendendo aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

A análise dos autos e de todo o processado, dá conta que a contenda centraliza-se, basicamente, em 03 questões, a saber:

- a) Inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS;
- b) Tributação de valores a título de recebimento de Crédito Prêmio de IPI que a Recorrente teria seornado titular por força de indébito tributário;
- c) Legalidade da incidência da SELIC sobre os valores lançados.

A questão da multa de ofício, que foi ventilada na impugnação, não foi reprisada no Recurso Voluntário, pelo que restou preclusa. Assim, tendo centralizados os pontos em debate, passo a análise de cada um deles separadamente.

I. Inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS;

A primeira discussão que emana dos autos, diz respeito a possibilidade, defendida pela Recorrente, ou à vedação, sustentada pela Administração (através do Auto de Infração e da decisão recorrida), de se excluir da base de cálculo da Contribuição à COFINS, os valores relativos ao ICMS incidentes sobre as operações de venda, sob o fundamento de que tais valores, na realidade, constituir-se-iam em receitas pertencentes ao Estado e não ao contribuinte.

Adentrando ao mérito da questão, sabe-se que a matéria é objeto de discussão no âmbito do STF, em sede de Recurso Extraordinário nº 240.785-2/MG, em curso de julgamento desde 1999, que discute a incidência no âmbito da Lei nº 9.718/98. Em referido RE o “score” está 6x1 em favor do contribuinte, tendo sido publicado o seguinte resultado de julgamento:

"O TRIBUNAL, POR MAIORIA, CONHECEU DO RECURSO, VENCIDOS A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA E O SENHOR MINISTRO EROS GRAU. NO MÉRITO, APÓS OS VOTOS DOS SENHORES MINISTROS MARCO AURÉLIO

(RELATOR), CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, CARLOS BRITTO, CEZAR PELUSO E SEPÚLVEDA PERTENCE, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, E DO VOTO DO SENHOR MINISTRO EROS GRAU, NEGANDO-O, PEDIU VISTA DOS AUTOS O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS SENHORES MINISTROS CELSO DE MELLO E JOAQUIM BARBOSA. FALARAM, PELA RECORRENTE, O PROFESSOR ROQUE ANTÔNIO CARRAZA E, PELA RECORRIDA, O DR. FABRÍCIO DA SOLLER, PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. PRESIDÊNCIA DA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE. PLENÁRIO, 24.08.2006".

Sabe-se também, no entanto, que houve a apresentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, na qual foi concedido provimento judicial para que se sobrestassem os julgamentos de matérias similares a esta até o julgamento final da lide pela Corte Suprema, sendo em razão desta liminar que tais demandas aguardam o pronunciamento do STF, inclusive as que estavam pendentes perante este Conselho por força da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, revogada através da Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013.

Tenho, no entanto, que a matéria está muito longe de restar pacificada mesmo com eventual decisão do STF favorável aos contribuintes, pois que dela emanariam efeitos que alterariam premissas firmadas há décadas a respeito do ICMS, inclusive de ordem criminal (por ser imposto próprio ou de terceiro, p. ex.) e que acabariam por não resolver, também, as demandas que poderiam se originar nos períodos em que as contribuições ao PIS e à COFINS passaram a ser apuradas sob o regime da não cumulatividade, pois que viria à toma o questionamento sobre o direito de se tomar crédito sobre a parcela do ICMS incluído no custo das mercadorias para revenda ou dos insumos adquiridos para produção ou fabricação de bens.

Firmou-se a premissa de que o ICMS é um “imposto próprio”, ou seja, seu ônus é do próprio contribuinte, e seu mecanismo de incidência não comporta a transferência jurídica do encargo ao adquirente da mercadoria (diferentemente do IPI, no qual se fatura o preço do produto e o preço do IPI, separadamente). Daí surgem efeitos primeiramente no art. 166, do CTN, para fins de eventual indébito e demandas por créditos, e também no âmbito criminal, pois que a simples falta de pagamento de ICMS poderá passar a ser considerada “apropriação indébita”, pois que o contribuinte passaria a ser mero depositário do tributo, para repassá-lo ao ente arrecadador estadual.

Daí porque já no final da década de 1980 e início da de 1990, o Superior Tribunal de Justiça editou as Súmulas nºs. 68 e 94, com os seguintes teores:

Súmula 68. A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

Súmula 94. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Sabe-se que o FINSOCIAL foi substituído pela COFINS com a edição da Lei Complementar nº 70/91, tanto que no início acabou recebendo a alcunha de “novo Finsocial”, acomodando com isso as diversas discussões quanto à sua constitucionalidade que pairavam no Brasil pós Constituição de 1988.

A digressão história anterior foi necessária para dizer que a análise jurídica da exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS passam pela

análise da constitucionalidade do art. 13, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que determina que o ICMS seja calculado “por dentro”, e que lhe concede todo esse contorno de “imposto próprio”, como mencionado alhures. E essa competência para declarar a inconstitucionalidade de Lei tributária não cabe aos julgadores do CARF, nos termos da Súmula CARF nº 2. Trata-se de uma função que compete ao STF e que o fará com o julgamento da ADC nº 18.

Até lá, tem-se a presunção de constitucionalidade da Lei, tanto do art. 13 da LC 87/96, como da Lei nº 9.718/98 questionada em sede de STF, e que não preveem a hipótese de exclusão da receita bruta de vendas ou do faturamento, os valores relativos ao ICMS incidente sobre as vendas, de modo que não merece amparo o pleito recursal.

Finalmente, trago à colação parte do voto do ilustre Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, que ao julgar o Processo nº 13851.001210/2006-40 (sessão de janeiro de 2014, pendente de publicação), com maestria pontuou:

...em relação à inclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, pois como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou, no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/06, Rel. Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 29/05/06 p. 169)

Finalmente releva notar que no caso excogitado (pretensão de exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo “os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que

sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello). (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ vol. 188/237)

Com efeito, na esteira das considerações acima, neste quesito não merece guarida o Recurso interposto pela Recorrente.

II. Tributação de valores a título de recebimento de Crédito Prêmio de IPI que a Recorrente teria se tornado titular por força de indébito tributário;

No que diz respeito a essa questão, sustenta a Recorrente que foram lançados valores decorrentes de receitas que são provenientes de indébito tributário a título de Crédito Prêmio de IPI, as quais, no entanto, além de se revestirem da natureza de recuperação de custos de tributos incidentes no mercado interno, não são passíveis de tributação em face da inconstitucionalidade do alargamento promovido pelo §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, já reconhecida pelo STF.

Neste aspecto, entendo que merece guarida a irresignação, pois que tratando-se de lançamento por diferenças entre os valores entre DIPJ e DCTF, em que o contribuinte justifica que parte dessas diferenças decorrem dessas receitas de indébito de Crédito Prêmio de IPI, que foi tratada como “recuperação de custos”, e que o lançamento está compreendido no período de vigência da Lei nº 9.718/98, para esses períodos, tenho que independentemente de se considerar tais valores como “recuperação de custos ou despesas” ou como “receitas”, mesmo para o caso de se tratarem de “receitas”, seriam daquelas classificadas como “outras receitas”, não guardando relação com o conceito de faturamento previsto nas Leis Complementares nºs. 7 de 1970 ou 70, de 1991, como sendo fruto da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambos.

Desta forma, no caso em questão, deve ser aplicado o conceito de faturamento e não o de totalidade das receitas da pessoa jurídica.

Portanto, no que diz respeito à inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, assiste razão à Recorrente, pois que o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, transitado em julgado em 05.09.2006, declarou a inconstitucionalidade do preceito legal, de modo a afastar da incidência das contribuições ao PIS e a COFINS, sobre as receitas que não tiverem origem no faturamento proveniente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

Vejamos a Ementa da decisão do Pretório Excelso:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 –

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

(STF – Pleno – RE nº 390.840/MG – Ac. Por maioria – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 09.11.2005)

Tendo o STF tomado referida decisão, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendo que por ser posicionamento pacificado na Corte Suprema do país, a referida decisão passa a ser de observação obrigatória por todos os intérpretes e aplicadores do Direito, máxime a Administração Tributária, limitada que está pelo princípio da legalidade.

Neste sentido, o art. 62, parágrafo único, inc. I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, prescreve que:

***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 (...)

Assim sendo, mesmo no entendimento fiscal de que o indébito do Crédito Prêmio de IPI seriam “outras receitas”, constantes do lançamento tributário, deve-se aplicar a decisão do STF, para com isso cancelar a exigência neste particular.

Assim, merece provimento neste item o Recurso Voluntário, para excluir do lançamento os valores relativos ao valores de Crédito Prêmio de IPI lançados nos períodos anteriores à aplicabilidade, para o contribuinte, das Leis nºs. 10.637/2002 com relação a

contribuição PIS, já que quanto à COFINS os períodos lançados não atingem o início da vigência da Lei nº 10.833/2003.

III. Legalidade da incidência da SELIC sobre os valores lançados:

Finalmente, quando à irresignação da Recorrente quanto a suposta inconstitucionalidade ou ilegalidade da incidência da SELIC sobre os valores lançados, tem-se que não merece guarida o pleito da Recorrente.

Isto porque, 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, nos termos em que já pacificado neste Tribunal através da Súmula CARF nº 4.

Além disso, nos termos da Súmula nº 2 deste Conselho, não cabe a este Conselho o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, como vemos pela sua redação:

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

Com efeito, na proporção em que houver o lançamento de ofício, sobre o valor do tributo deve incidir a SELIC.

IV. Dispositivo:

Ante todo o exposto, voto no sentido de **dar parcial provimento ao Recurso Voluntário**, apenas para excluir do lançamento os valores relativos ao valores de Crédito Prêmio de IPI lançados nos períodos anteriores à aplicabilidade, para o contribuinte, das Leis nºs. 10.637/2002 com relação a contribuição PIS, já que quanto à COFINS os períodos lançados não atingem o início da vigência da Lei nº 10.833/2003.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.

Processo nº 13839.003993/2006-64
Acórdão n.º **3402-002.359**

S3-C4T2
Fl. 328

CÓPIA