



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

Processo nº 13973.000214/2004-62
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.898 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2016
Matéria PIS E COFINS
Recorrente SALOMÃO JOSÉ DEQUECH
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO.

Restando configurado o lançamento por homologação pelo pagamento antecipado do tributo, o prazo de decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento de ofício rege-se pela regra do art. 150, § 4º do CTN, operando-se em cinco anos, contados da data do fato gerador. Inexistindo a antecipação do pagamento, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Precedente do STJ RESP 973.733.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO.

Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo da contribuições sociais devidas pelas empresas comerciais passou a ser a receita bruta de vendas de bens e serviços, o que foi respeitado pela fiscalização, uma vez que nos autos de infração não foram tributadas receitas diversas do faturamento.

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

À luz do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e do art. 4º da IN SRF nº 51/78 o ICMS integra a receita bruta porque é imposto incidente sobre vendas, inexistindo amparo legal para sua exclusão das bases de cálculo.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao CARF negar vigência a acordo internacional, lei ou decreto em razão de arguição de inconstitucionalidade.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se do lançamento de diferenças não declaradas e não recolhidas, apuradas em procedimento de ofício, incide a multa de 75% sobre o valor dos débitos apurados.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

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

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 os períodos de apuração encerrados até julho de 1999, em razão da decadência do direito do fisco. Ausente a Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de autos de infração com ciência pessoal do contribuinte em **24/08/2004**, lavrados para exigir as diferenças das contribuições ao PIS e COFINS, acrescidas de multa de ofício e de juros de mora, em relação aos períodos de apuração compreendidos **entre maio de 1999 e junho de 2004**.

Segundo os termos de verificação fiscal, o contribuinte declarou e recolheu a menor os valores das contribuições ao PIS e COFINS nos períodos de apuração abarcados pelos autos de infração, conforme demonstrativos de fls. 15/16 e 17/22 (COFINS) e de fls. 67/68 e 69/74 (PIS).

Em sede de impugnação, alegou, em síntese, o seguinte: a) a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo promovida pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98; b) questionou a inflação da multa de ofício no patamar de 75%, pleiteando a aplicação da multa de 20%, prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96; c) contestou a exigência de juros de mora com base na taxa Selic, pois supera os 12% ao ano.

Por meio do Acórdão nº 18.176, de 28 de maio de 2008, a 3ª Turma da DRJ - Curitiba, julgou as impugnações improcedentes.

Regularmente notificado da decisão de primeira instância em 19/06/2008 (fl. 116), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 04/07/2008, no qual reprisou as alegações das impugnações, acrescentando o seguinte: 1) que a questão da

inconstitucionalidade não foi apreciada pela DRJ; 2) que o STF julgou inconstitucional a ampliação da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS; e 3) que é ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

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

Conforme se verifica nos autos o contribuinte foi autuado no dia 24/08/2004 em relação a fatos geradores que remontam ao ano de 1999, cabendo a análise de ofício da decadência, por se tratar de matéria de ordem pública.

Com o advento do art. 62-A do Regimento Interno do CARF a questão da decadência do direito do fisco efetuar o lançamento dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação está pacificada. Este Colegiado deve obrigatoriamente aplicar a Súmula Vinculante nº 8 do STF e a decisão do STJ proferida no RESP nº 973.733, sob o regime do art. 543-C do CPC, que considera que o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer iniciativa do fisco, é relevante para caracterizar o lançamento por homologação. Eis a ementa do referido julgado:

“RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL.

ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em

22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

No caso dos autos, os demonstrativos elaborados pela fiscalização às fls. 15/16 (COFINS) e fls. 67/68 (PIS) informam a existência de pagamentos antecipados das contribuições em todos os períodos de apuração.

Portanto, a regra aplicável para a contagem do prazo de decadência é a do art. 150, § 4º, do CTN.

Tendo em vista que o contribuinte tomou ciência do auto de infração no dia 24/08/2004, o fisco já havia decaído do direito de efetuar o lançamento da contribuição relativa aos períodos de apuração encerrados até julho de 1999, os quais devem ser excluídos do auto de infração, por força do art. 150, § 4º, combinado com o art. 156, V, do CTN.

A defesa reclamou do fato de a DRJ não ter analisado o argumento sobre a inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento.

Verificando o acórdão recorrido, constata-se que a não apreciação da questão constitucional foi fundamentada pela turma de julgamento curitibana com o conhecido argumento de que a Administração não pode usurpar a competência exclusiva do STF.

Estando esse entendimento de acordo com a Súmula CARF nº 2, não há nenhum reparo a fazer na decisão de primeira instância.

No mérito, verifica-se que realmente o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 357.950, em 09/11/2005 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou a inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento perpetrada pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

À luz daquele julgado, para as empresas comerciais, somente as receitas provenientes da venda de mercadorias e serviços podem sofrer a incidência do PIS e da Cofins.

Entretanto, a declaração de inconstitucionalidade veiculada pelo RE 357.950 não tem nenhuma influência sobre os valores lançados no caso concreto, pois nos demonstrativos de apuração de fls. 17/22 (COFINS) e 69/74 (PIS), se pode constatar que o fisco só tributou as receitas provenientes da venda de mercadorias, não tendo incluído nenhuma outra.

Insurgiu-se a recorrente quanto ao fato do fisco não ter excluído o ICMS das bases de cálculo das contribuições. Entende a defesa que o ICMS não é receita do contribuinte, pois é cobrado do consumidor e repassado aos cofres públicos estaduais.

Não tem razão a recorrente. Embora sob o ponto de vista econômico seja possível sustentar que o ICMS é um mero repasse aos cofres estaduais, do ponto de vista jurídico o ICMS integra o preço das mercadorias, ou seja, é receita tributável pelo PIS e pela COFINS. E sendo a incidência tributária um fenômeno jurídico, o que importa considerar é o aspecto jurídico da questão e não o econômico. Vejamos.

O art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, na redação vigente à época dos fatos geradores, estabelecia o seguinte:

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

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

(Fonte da transcrição: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm)

Já o item 4 da IN SRF nº 51/78, estabelece o seguinte:

"(...)

4. A receita líquida de vendas e serviços é a receita bruta da vendas e serviços, diminuídas (a) das vendas canceladas, (b) dos descontos e abatimentos concedidos incondicionalmente e (c) dos impostos incidentes sobre as vendas.

(...)

4.3 - Para os efeitos desta Instrução Normativa reputam-se incidentes sobre as vendas os impostos que guardam proporcionalmente (sic) com o preço da venda ou dos serviços, mesmo que o respectivo montante integra (sic) a base de cálculo, tais como o imposto de circulação de mercadorias, o imposto sobre serviços de qualquer natureza, o imposto de exportação, o imposto único sobre energia elétrica, o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes etc.

4.3.1 - Incluem-se também neste item:

- a) taxas que guardam proporcionalidade com o preço de venda;
- b) a parcela de contribuição para o Programa de integração Social calculada sobre o faturamento;
- c) a quota de contribuição, ou retenção cambial, devida na exportação.

(Fonte da transcrição: <http://sijut.fazenda.gov.br/netahtml/sijut/Pesquisa.htm>)

Portanto, desde tempos imemoriais o ordenamento jurídico considera que o ICMS integra o preço das mercadorias, constituindo receita bruta da pessoa jurídica, devendo ser deduzido como despesa operacional para o fim de apurar a receita líquida.

Como se vê, não tem fundamento a alegação de que a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições seria ilegal, pois ela está prevista expressamente no art. 12, § 1º do Decreto-lei nº 1.598/78.

Embora a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições seja uma questão em relação à qual foi decretada a repercussão geral no RE nº 574.906, o STF ainda não julgou em definitivo a matéria, fato que impede a aplicação do art. 62 do RICARF ao caso concreto.

Acrescente-se que a Súmula CARF nº 2 estabelece que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.

No que concerne aos consectários do lançamento de ofício, o caso concreto não pode ser penalizado com a multa de mora do art. 61 da Lei nº 9.430/96, como pretende a defesa, pois as diferenças lançadas de ofício não foram declaradas em DCTF.

As aludidas diferenças foram apuradas em procedimento de ofício, que excluiu a espontaneidade do contribuinte, a teor do art. 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72.

Sendo assim, a penalidade cabível é a multa de ofício na forma posta nos lançamentos.

No que tange aos encargos da mora, a questão encontra-se pacificada nesta casa:

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

Processo nº 13973.000214/2004-62
Acórdão n.º **3402-002.898**

S3-C4T2
Fl. 5

Com esses fundamentos, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para excluir dos lançamentos os períodos de apuração encerrados até julho de 1999, em razão da decadência do direito do fisco.

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA