



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15540.000646/2008-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-011.039 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2021
Recorrente DE PLA MATERIAL FOTOGRAFICO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL.

Entende-se por faturamento, para fins de identificação da base de cálculo do PIS, o somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, ou seja, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social.

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO (PIS/COFINS)

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”. Os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. ART. 44, I, LEI 9430/96. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 2 DO CARF.

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, dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS nos termos do Tema 69 do STF. Votou pelas conclusões o Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Juciléia de Souza Lima - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Liziane Angelotti Meira (Presidente), Marco Antônio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro, José Adão Vitorino de Moraes, Sabrina Coutinho Barbosa (Suplente convocada) e Juciléia de Souza Lima (Relatora). Ausente o Conselheiro Ari Vendramini.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão n.º 12-49.977 proferido pela 17ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento- DRJ/RJ1, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo-se o auto de infração lavrado contra a Recorrente, em virtude da apuração de ausência de recolhimento do PIS e da COFINS, referentes aos períodos de apuração 01/2004 a 12/2004, respectivamente: i) R\$ 483.286,05- a título de COFINS, multa de ofício de R\$ 362.464,51 e Juros de Mora de R\$ 270.269,86 com valor total de crédito tributário na importância de R\$ 1.116.020,42; ii) R\$ 103.278,07- a título de PIS, multa de ofício de R\$ 77.458,50 e juros de mora de R\$ 57.806,40, totalizando R\$ 238.542,97.

Irresignada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário perante este tribunal administrativo, no qual, em síntese, alega:

- a) Decadência do lançamento;
- b) Inconstitucionalidade da base de cálculo do PIS/COFINS nos termos do parágrafo 1º do art. 3º, da Lei 9.718/98;
- c) Inclusão indevida do ICMS na base de cálculo das contribuições lançadas;
- d) Multa de ofício de 75%- violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em síntese é o relatório.

Voto

Conselheira Juciléia de Souza Lima, Relatora

I- DA ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, razões pelas quais deve ser conhecido.

Ante a arguição de preliminares prejudiciais de mérito que, caso acolhidas, podem impedir o conhecimento das demais matérias aventadas no presente recurso, passo a apreciá-las.

Da Decadência

Defende a Recorrente em sua defesa estar o crédito exigido pela Recorrida fulminado pela decadência.

Aprecio. O auto de infração aqui combatido foi lavrado, por autoridade fiscal competente, em 13/11/2008, exigindo o pagamento dos tributos referentes ao período de 01/01/2004 a 31/12/2004. Sendo assim, considerando que o prazo legal para constituição do crédito tributário é de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 150, CTN, a preliminar arguida pela Recorrente não merece prosperar, não havendo o que se falar em decadência do crédito tributário.

II- DO MÉRITO

A limitação da controvérsia aqui posta é muito simples e não merece maiores digressões.

Pois bem, as minhas razões de decidir basear-se-ão em duas premissas.

Da Inconstitucionalidade da base de cálculo do PIS/COFINS nos termos do parágrafo 1º do art. 3º, da Lei 9.718/98

Primeira, o caso trata de tese já decidida pelo STF no julgamento do RE 357.950, que diz respeito a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o qual 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.

Conforme se observa dos autos, o contribuinte, ao longo do processo administrativo, pleiteia o direito de pagar os valores devidos a títulos das contribuições lançadas, por meio do auto de infração, sem o alargamento da base de cálculo trazido pela Lei 9.718/98, para tanto, pleiteia a exclusão das receitas financeiras. Ante tal argumento, em sede de manifestação, por sua vez, o douto julgador “a quo” defendeu que o lançamento tomou como base de cálculo, a comparação entre os valores informados na DIPJ e os confessados em DCTF pela própria Recorrente, ainda ressalta que os valores contestados pela Recorrente decorrem da insuficiência de recolhimento, as quais tiveram como base de cálculo a Receita de Revenda de Mercadorias e da Receita de Prestação de Serviços informadas pela própria contribuinte, aqui Recorrente, não ocorrendo qualquer incidência sobre Receita Financeira.

Aqui o mérito do crédito aqui vindicado, sobre o qual não exige maiores discussões, pois, como é cediço trata-se da sedimentada discussão acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS promovida pela Lei 9.718/98, inconstitucionalidade essa reconhecida pelo STF quando do julgamento do RE 357.950, afetado por repercussão geral, e que restou assim ementado:

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; RE 390840, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15/08/2006 PP00025 EMENT.VOL0224203, PP00372, RDDT n. 133, 2006, p. 214-215)

O entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da COFINS promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9718/98 e nesse sentido, ficou assentado (Informativo STF nº 408):

"PIS e COFINS: Conceito de Faturament. Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, cujo art. 3º, § 1º, define o conceito de faturamento.

"Art. 3º- O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.") v. Informativos 294, 342 e 388. O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

O dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição.

Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º), poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF ("Art. 154. A União poderá instituir: I mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;"). RE 357950/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio e RE 346084/PR, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, 9.11.2005. (RE357950) (RE346084)

PIS e COFINS: Conceito de Faturamento 7.

Em relação aos recursos extraordinários RE 357950/RS; RE 358273/RS; RE 390840/MG, todos de relatoria do Min. Marco Aurélio, ficaram vencidos: em parte, os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do art. 8º da lei em questão; e, integralmente, os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Nelson Jobim, presidente, que negavam provimento ao recurso. Em relação ao RE 346084/PR, ficaram vencidos: em parte, o Min. Ilmar Galvão, relator originário, que dava provimento parcial ao recurso para fixar como termo inicial do prazo nonagesimal o dia 1º.2.99, e os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que davam parcial provimento para declarar a inconstitucionalidade apenas do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/97; integralmente, os Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, presidente, que negavam provimento ao recurso, entendendo ter havido a convalidação da norma impugnada pela EC 20/98. RE 357950/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio e RE 346084/PR, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, 9.11.2005. (RE357950) (RE346084)

Entretanto, no que pesa o entendimento pacificado da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não afastou a tributação sobre as

receitas oriundas do exercício das atividades empresárias típicas da base de cálculo do PIS e da COFINS. Daí, compulsando-se os autos, pode notar que o lançamento tomou como base a comparação entre os valores informados na DIPJ e os confessados em DCTF pela própria Recorrente, as quais tiveram como base de cálculo a Receita de Revenda de Mercadorias e da Receita de Prestação de Serviços informadas pela própria contribuinte, aqui, ora Recorrente, não evidenciando-se qualquer incidência sobre as suas receitas financeiras.

Por isso, entendo que as receitas decorrentes das atividades da Recorrente estão sujeitas à incidência de PIS e da COFINS, na forma dos art. 2º, 3º, *caput* e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, considerado inconstitucional pelo STF.

Da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições

A segunda premissa para decidir diz respeito à exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições- PIS/COFINS. Neste tópico recursal, mostra-se desnecessária qualquer discussão acerca dos argumentos suscitados pelas partes e atinentes à aludida controvérsia.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob a sistemática da Repercussão Geral - julgamento do Tema nº 69, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais e fixou a seguinte tese:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Em sede de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706 (Tema nº 69), que trata da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, o STF, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, nos seguintes termos:

(i) “no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS “*destacado*”; e

(ii) “modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento”.

Sendo assim, considerando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706 (Tema nº 69) em repercussão geral, e, do Parecer SEI Nº 7698/2021/ME emitido pela PGFN, devidamente aprovado pelo DESPACHO Nº 246 - PGFN-ME, de 24 de maio de 2021, entendo que, nos termos do art. 62, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, o entendimento do STF é de observância obrigatória, de maneira que reconhece-se o direito a excluir o ICMS incluído indevidamente na base de cálculo das contribuições sociais lançadas no auto de infração sob julgamento.

Assim, estando o acórdão, anteriormente proferido, em divergência com a orientação atual da Corte Superior, voto, para, que nos termos do artigo do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, reconhecer a necessidade do reexame da causa para adequá-la à

jurisprudência consolidada para que os valores devidos pela Recorrente, a título das contribuições relativas ao PIS e da COFINS, sejam reapurados para excluir, de suas bases de cálculo, o valor do ICMS destacado.

Da ilegalidade da multa de ofício

No tocante à multa de ofício, o dispositivo aplicado, conforme indicado no Auto de Infração, é o inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, o qual prevê a imputação de multa de ofício no patamar de 75% 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.

Neste ponto, a Recorrente defende ser ilegal e confiscatória a multa imputada em decorrência da lavratura do auto de infração em comento.

Ora, caso assistisse razão à recorrente de que a pena aplicada fosse uma afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, isso implicaria em dizer que a legislação tributária, neste aspecto específico, é inconstitucional, o que, como é cediço, por força da Súmula CARF n.º 2, não cabe a este Conselho julgar esta questão.

Por isto, neste tópico recursal, voto por negar provimento.

III- DA CONCLUSÃO

Por tudo, voto para dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS nos termos do Tema 69 do STF.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Juciléia de Souza Lima

