



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

Processo nº 19515.003413/2010-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-004.631 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2017
Matéria PIS E COFINS - EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO
Recorrente THERMOID S/A MATERIAIS DE FRIÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

NULIDADE. DESCABIMENTO.

Quando o ato administrativo de lançamento obedece às suas formalidades essenciais não cabe falar em nulidade

INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias

SUSPENSÃO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO.

Inexiste previsão normativa para suspensão do julgamento administrativo fiscal em função de pendência judicial, ainda que seja sobre matéria recepcionada pelo STF como de repercussão geral.

BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da contribuição. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo sem previsão em lei.

PERCENTUAIS DE MULTA EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Pela Lei 9.430/96, em lançamento de ofício calcula-se cada multa sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, nos percentuais do artigo 44, sem o limite cabível nos recolhimentos espontâneos em atraso (§ 2º, art. 61).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É legítima a inclusão dos juros de mora, quando da formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos Tributários administrados pela Secretaria

da Receita Federal são devidos à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Lei nº 9.430/96, artigo 61, § 3º).

PIS/PASEP SIMILITUDE DOS MOTIVOS E RAZÕES DE AUTUAÇÃO, DEFESA E DECISÃO.

Aplica-se à contribuição para o PIS/Pasep a mesma decisão relativa à COFINS em face da similitude dos motivos e razões de autuação, defesa e decisão.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Lenisa R. Prado que dava provimento para exclusão do ICMS na base de cálculo.

(assinatura digital)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente

(assinatura digital)

Charles Pereira Nunes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), Walker Araújo, José Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares de Araújo, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Charles Pereira Nunes, José Renato Pereira de Deus e Lenisa Prado.

Relatório

Por ser descrever os fatos com fidelidade adoto o relatório da decisão de piso, transcrito na íntegra:

Trata-se de auto de infração de Pis (R\$ 3.820.098,26 fl. 169) e Cofins (R\$ 17.933.964,24 – fl.161) decorrente de apuração de insuficiências mensais entre valores demonstrados em DACON e os recolhidos e/ou não confessados em DCTF (fl. 143).

Em procedimento de revisão interna do DACTON o Auditor verificou que os valores relativos ao ano calendário de 2006 e 2007, de Pis e de Cofins a pagar, são superiores aos informados em DCTF e não houve recolhimentos aos cofres públicos, razões pelas quais constituiu os créditos tributários das diferenças mensais mediante autos de infração.

Em 22/10/2010 há ciência dos autos de infração de Pis e de Cofins (fl. 177).

Em 17/11/2010 a interessada deduz irresignação (fl. 179 e ss) com os argumentos sintetizados a seguir.

A defesa diz que: houve presunção de não recolhimento e arbitramento de base de cálculo em detrimento da verdade real; o ônus da prova é da fiscalização, que deve demonstrar, de modo cabal a ocorrência do fato jurídico tributário a ensejar autuação; o lançamento deve ser precedido de impugnação e de intimação para explicações; deve-se venerar os princípios da legalidade e de tipicidade cerrada; a presunção é incompatível com a legalidade; há afronta ao princípio da segurança jurídica; há nulidade do auto de infração; não cabe se basear em informações preliminares do Dacon.

A defesa diz que houve afronta ao artigo 195 da CF/88 (bis in idem).

A defesa diz que o ICMS é receita de terceiros e não receita ou faturamento do sujeito passivo estando fora da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

A defesa diz que: o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS pelo alcance do conceito constitucional de faturamento e receita que não permite referida ampliação na base de cálculo da exação, mesmo após a EC 20/98; os tributos indiretos não se inserem no conceito de Receita Bruta Operacional, conforme jurisprudência.; analisando a doutrina transcrita a defesa diz que ICMS não é materialidade de incidência e não pode compor a base de cálculo.

A defesa argui efeito confiscatório da multa imposta e sua desproporcionalidade, caracterizando fraude à Constituição Federal. A multa é acessória e não arrecadatória. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem compor o processo administrativo (Lei 9.784/99). Cita doutrina e decisão do STF relativa ao percentual de 30% ser razoável e não abusivo. Conclui pela inconstitucionalidade do patamar de 75%.

A defesa diz que a Selic é inconstitucional em face dos artigos 150, I, e 192 § 3º, da CF/88. O limite mensal é de 1%. Cabe seu afastamento ou redução

A defesa transcreve lições de doutrinadores, decisões dos conselhos de contribuintes, de delegacias de julgamento e judiciais em outros casos que entende serem favoráveis a cada um de seus argumentos e condutas.

Requer acatamento das preliminares e, no mérito, o cancelamento do auto.

Junta documentos relativos à representação processual, cópia de decisão de DRJ/RJO II, relativa aos aspectos comprobatórios e cópia do auto de infração (fls. 215 até 258).

Não houve juntada de novos elementos voltados ao mérito da autuação.

A decisão de primeira instância manteve o lançamento do crédito tributário em sua totalidade, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

NULIDADE. DESCABIMENTO. Quando o ato administrativo de lançamento obedece às suas formalidades essenciais não cabe falar em nulidade.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEIS. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País não podendo negar a execução e sendo incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, haja vista que tais matérias estão adstritas ao âmbito judicial.

CONTRAPROVA. NÃO APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO. A contraprova que possa afastar informação anteriormente oferecidas à administração fazendária devem ser apresentada no prazo de impugnação.

DIFERENÇA APURADA ENTRE INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA INTERESSADA. NÃO RECOLHIMENTO. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO. A não confissão espontânea em DCTF da totalidade do débito informado em DACON e não recolhido mediante Darf impõe à autoridade administrativa a lavratura do auto de infração para constituir o crédito tributário (art. 142, CTN). Não se trata de tributação por presunção.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007 PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da contribuição. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo sem previsão em lei.

PERCENTUAIS DE MULTA EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Pela Lei 9.430/96, em lançamento de ofício calcula-se cada multa sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, nos percentuais do artigo 44, sem o limite cabível nos recolhimentos espontâneos em atraso (§ 2º, art. 61).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. É legítima a inclusão dos juros de mora, quando da formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos Tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Lei nº 9.430/96, artigo 61, § 3º).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de

cálculo da contribuição. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo sem previsão em lei.

PERCENTUAIS DE MULTA EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Pela Lei 9.430/96, em lançamento de ofício calcula-se cada multa sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, nos percentuais do artigo 44, sem o limite cabível nos recolhimentos espontâneos em atraso (§ 2º, art. 61).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. É legítima a inclusão dos juros de mora, quando da formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos Tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Lei nº 9.430/96, artigo 61, § 3º).

Cientificado daquela decisão em 12/10/2012 a autuada apresentou **recurso voluntário** em 24/10/2012, onde repisa com outras palavras os principais argumentos da impugnação e acrescenta pedido de suspensão do julgamento relativo à exclusão, ou não, do ICMS nas base de cálculo das contribuições, enquanto se resolve a matéria reconhecida de repercussão geral junto ao STF.

Junta ainda voto do Min. Marco Aurélio prolatado no pleno do RE 240.785-2 MG, sem repercussão geral.

É o relatório.

Voto

Preliminares

O Recurso deve ser conhecido por ter sido apresentado tempestivamente e atender os demais pressupostos e requisitos de admissibilidade.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA TRIBUTÁRIA

Não merecem prosperar as questões acerca de constitucionalidade de normas no âmbito do contencioso administrativo, tendo em vista sua pacificação através da súmula CARF nº 2 esclarecendo que “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”. No mesmo sentido temos o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF)¹.

¹ DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972.

Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências.

Art. 26-A. No 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Assim sendo, não conheço do recurso nesta parte.

SUSPENSÃO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO

Inexiste previsão normativa para suspensão do julgamento administrativo fiscal em função de pendência judicial ainda que seja sobre matéria recepcionada pelo STF como de repercussão geral, assim, indefere-se o pedido.

Mérito

ALEGAÇÃO DE LANÇAMENTO POR PRESUNÇÃO.

A recorrente argumenta que não lhe foi dada oportunidade para justificar eventuais erros antes do lançamento, tendo este sido realizado sem fundamento e por presunção.

Não merecer prosperar estes argumentos, pois o Termo de Intimação Fiscal de fls 80 demonstra que a autuada foi previamente cientificada da diferença constatada, em procedimento de revisão do DAICON, entre os valores neste constantes e os correspondente valores informados na DCTF, sendo então intimada a justificar o porque da insuficiência de declaração/recolhimento dos valores na DCTF/DARF, conforme quadros de valores I, II (Pis 2006 e 2007), III e IV (Cofins 2006 e 2007).

Vê-se na resposta à intimação, fl. 93, que a autuada não prestou quaisquer esclarecimentos fáticos sobre tais valores e somente a partir da impugnação apresentou sua tese defendendo o direito de excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, porém sem quantificar esses valores nem apresentar qualquer documento contábil/fiscal ou mesmo planilha própria.

Assim sendo, mostra-se correto o procedimento fiscal; não havendo que se falar em lançamento por presunção ou sua nulidade, pois foi corretamente baseado na comparação entre os DAICON e DCTF apresentados e na falta de justificativas para a diferenças encontradas, mediante resposta a intimação fiscal,

Por inexistir a alegada presunção, desvela-se que a diferença encontrada e não justificada deve-se efetivamente à omissão de receitas na base de cálculo das contribuições, e que a Recorrente, tenta justificar, pelo menos em parte, arguindo tese quanto ao direito de não incluir na base de cálculo o valor do ICMS por ela destacado em suas notas fiscais de venda.

A tese, de repercussão geral e ainda sem decisão transitada em julgado no STF, é majoritariamente rejeitada administrativamente uma vez as exclusões permitidas na base de cálculo são aquelas contidas na legislação ao tempo dos fatos geradores.

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Inexiste no art. 3º, § 2º da Lei nº 9.718/98, ou em qualquer outra norma *erga omnes* que trate de incidência não-cumulativa das contribuições em referência, dispositivo que autorize exclusão do ICMS em referência.

As Súmulas 68 e 94 do STJ mantêm o entendimento que a parcela relativa ao ICMS destacado inclui-se na base de cálculo do PIS e da FINSOCIAL/COFINS, respectivamente.

Assim sendo, em razão da inexistência de decisão definitiva do STF com repercussão geral, adoto o entendimento administrativo atualmente majoritário de que o valor do ICMS destacado compõe o faturamento da empresa, submetendo-se à tributação pelas contribuições por integrar o conceito amplo de receita bruta, base de cálculo do PIS e da Cofins.

SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO PELA MULTA MORATÓRIA

Não merece prosperar pedido alternativo de substituição da multa de ofício pela multa moratória, uma vez que a falta de pagamento do tributo em virtude de declaração inexata foi apurada em ação fiscal, sujeitando-se, portanto, à multa de 75% prevista no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/96. Não é o caso de aplicação de multa de mora, pois não se trata de denúncia espontânea. Ademais não se trata de multa agravada nem existe dúvida quanto a sua aplicação que justifique a evocação de boa fé ou do art. 112 do CTN.

Conclusão

Diante de tudo que foi exposto, conheço do recurso e nego provimento.

Charles Pereira Nunes - Relator