



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

Processo n° 19515.004147/2003-58
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-002.566 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de abril de 2014
Matéria PIS - AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO MIGUEL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

CONCOMITÂNCIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL.

O contribuinte que optar pela via judicial está prescindindo da via administrativa, uma vez que aquela prefere esta. Ao tribunal administrativo é defeso julgar matérias levadas ao judiciário.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo e, conseqüentemente, afastar a sua aplicação.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o CARF aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre outras receitas que não represente venda de mercadoria ou serviço.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO.

Por integrar o preço de venda das mercadorias, o valor do ICMS integra o faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo do PIS e da Cofins.

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A consignação em pagamento deve referir-se apenas ao crédito tributário que o consignante se propõe pagar e, para que se repute efetuado o pagamento e extinto o crédito tributário, essa consignação deve ser julgada procedente.

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 voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 27/04/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto e Paulo Guilherme Déroulède.

Relatório

Contra a empresa HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO MIGUEL S/A foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de PIS, relativo aos anos-base de 1998 a 2003, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a interessada pagou ou declarou à RFB valores menores do que os apurados com base na sua escrita fiscal e contábil.

Não se conformando, a empresa interessada insurge-se contra a exigência fiscal, cujos argumentos de defesa foram sintetizados no Relatório do Acórdão recorrido nos seguintes termos:

3.1. Preliminarmente, afirma que a verificação procedida pela fiscalização foi por amostragem e que o impugnante tem créditos para com o fisco, oriundos de indébitos tributários pela observância indevida do alargamento da base de cálculo do PIS. Acredita, também, ter créditos **"por não ter observado a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, daquelas receitas que embora computadas como próprias, foram transferidos a terceiros, nos termos do artigo 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98."** (destaques originais)

3.2. Afirma que "o débito, objeto da presente, encontra-se *sub judice*, pois há **Ação Anulatória esta tombada sob o nº 2001.61.00.019202-2, em trâmite na 24ª** Vara Federal da Circunscrição Judiciária de São Paulo/SP, onde discute-se a legalidade dos consectários ilegais aplicados sobre o débito." (destaques originais) e, além disso, complementa, está depositando, mensalmente, o valor do débito tributário na Ação Consignatória 20001.61.00.019199-6.

3.3. Alega que o Auto de Infração não tem todas as informações necessárias ao perfeito conhecimento do débito, bem como não preenche os requisitos elencados na legislação. No seu entender, não há discriminação dos *"índices e fundamentos*

legais aplicados a título de correção monetária, multa, juros moratórias, nem as alíquotas e bases de cálculos das contribuições referidas no "dito" auto de lançamento fiscal."

3.4. Diz que o autuante não detalha a incidência da legislação apontada e, acredita, há cerceamento para o exercício de sua defesa, pois não teriam sido oferecidos elementos suficientes para que possa realizar o contraditório e a ampla defesa. Também assinala que não foram cumpridos os requisitos previstos em lei e indispensáveis para a validade do procedimento administrativo.

3.5. Argumenta que não podem ser lançadas multas (nem a moratória nem a punitiva) sobre débitos espontaneamente confessados, socorrendo-se do artigo 138, do Código Tributário Nacional e, por isso, é nulo o Auto de Infração.

3.6. Alega a aplicação de multas em percentuais confiscatórios, solicitando sua redução. Diz que o percentual de 75% viola os princípios constitucionais do direito à propriedade e o da proibição do tributo com efeito de confisco. Diz que multas que excedam a 20% constitui expropriação patrimonial, vez que esse percentual é 10 vezes o previsto no Código de Defesa do Consumidor - CDC e, atualmente, cerca de 4 a 5 vezes a taxa de inflação anual.

3.7. Invoca, novamente, o CDC, afirmando que é de 2% o limite máximo para imposição de multa, nas relações de consumo e, *"partindo da premissa que é o cidadão organizado que dá origem ao Estado, é ele também que lhe outorga direitos e impõe obrigações e limites, estabelecendo o Estado de Direito."*

3.8. Diz que desde a Constituição Federal de 1934 já havia a limitação em 20% e a atual constituição veda o emprego de tributo com efeito de confisco, em seu artigo 150, inciso V. Cita diversos princípios constitucionais que dariam guarida à sua interpretação de ser confisco a aplicação de multa no percentual lançado neste Auto de Infração. Diz, ainda, que o STF entende da mesma forma, citando e discorrendo sobre a ADIN nº 551/RJ, julgada em 1991.

3.9. Nessa linha, continua:

"Em sendo a multa obrigação acessória à principal, por força do art. 131 do Código Tributário Nacional, e em sendo ela de aplicação "ex-officio" por agente fiscal, via autuação, sua constituição se de forma discricionária e administrativa, desvinculada, inclusive, de qualquer delegação legislativa formal; tanto assim que seu percentual é apurado e aplicado via ação fiscal distante de qualquer processo administrativo."

3.10. Dentre os princípios constitucionais ofendidos pela aplicação da multa com efeito confiscatório, em seu dizer, estão os princípios da anterioridade, da legalidade, da capacidade contributiva e da capacidade econômica, princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade.

3.11. Ataca, em seguida, o emprego da taxa SELIC como índice para o cálculo dos juros de mora, alegando ser esta uma taxa *"de remuneração nas aplicações de capital estrangeiro no Brasil, especialmente aquelas voltadas a outorgar lastro cambial indispensável à ação macroeconômica do País, frente à análise de riscos internacionais, ou seja, é taxa remuneratória de investimentos de capitais, constituindo figura própria e inserida no mercado de capital, vinculada, pois, unicamente, ao Sistema Financeiro Nacional"*.

3.12. Afirma que a legislação brasileira prevê que após a incidência da multa moratória devem incidir juros moratórios e isso se constitui em "bis in idem", inadmissível em direito tributário e, portanto, enseja a nulidade do débito.

3.13. Alegando não estar sendo obedecido o princípio da isonomia com as instituições financeiras, afirma:

*"De outra banda, ao instrumentalizar o Auto de Infração que ora impugnamos, relativamente à cobrança da **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social**, a Fiscalização aplicou o faturamento para apuração do tributo devido, de forma que a base de cálculo deste tributo, por isonomia, seria o lucro bruto.*

[...]

Nada de anormal haveria na previsão legal e na obrigação tributária, não estivessem sendo impostas de forma discriminatória, uma vez que está sendo utilizada contra a empresa impugnante, no cálculo da contribuição para o PIS e a COFINS, base de cálculo superior à determinadas pessoas jurídicas (instituições financeiras, cooperativas e empresas de assistência médica, seguro e previdência privada), que se encontram em situação equivalente, em grave ofensa ao Princípio Constitucional da Isonomia.

A desigualdade e discricionariedade que se fala é praticada pela União, justificada pelo Legislador em razão da atividade (função) exercida pelas instituições financeiras, cooperativas, empresas de assistência médica, seguro e previdência privada. O fato é que a elas é outorgada Base de Cálculo de PIS e COFINS diferenciada das demais empresas privadas, circunstâncias esta expressamente vedada pela Constituição Federal.

[...]

*Ocorre que a aplicação restritiva deste benefício claramente fere o Princípio Constitucional da Isonomia, na forma exaustivamente exposta no ar! 5º, da CF. A exclusão das mencionadas despesas operacionais da receita bruta, remete circunstância de que a base de cálculo destes duas contribuições passe a ser apenas o **lucro bruto situação da qual resulta um esdrúxulo e inaceitável privilégio em favor de determinado seguimento de contribuintes, e em detrimento das demais pessoas jurídicas de direito privado, tais como a empresa Autora.** (destaques no original)*

3.14. Diz que essa inconstitucionalidade é reconhecida pelo Poder Judiciário, colacionando ementas de acórdãos de Tribunais Regionais Federais

3.15. Afirma que as contribuições para o PIS e COFINS incidiam sobre o faturamento das empresas e, com o advento da Lei nº 9.718/98, passaram a incidir sobre a receita bruta das empresas, permitindo algumas exclusões, conforme previsto no artigo 3º dessa norma. Alega que a presente controvérsia tem origem no fato de o Fisco pretender cobrar o tributo com base na totalidade das receitas, sem permitir as deduções previstas no inciso III, do § 2º, afirmando não ter sido editada norma regulamentadora, prevista no texto legal. Ora, declara o impugnante, *"nenhuma norma regulamentadora pode dispor sobre a base de cálculo das contribuições, visto que esta matéria é reservada à lei, não podendo ser tratada por regulamentos."*

3.16. No seu entender, esse argumento do Fisco ofende os princípios constitucionais da legalidade e da estrita legalidade, bem como o disposto no artigo 99, do Código Tributário Nacional, pois, mesmo que a lei fosse omissa, não é

permitido se suprir essa falha pela edição de ato regulamentar. Se isso fosse permitido, acredita, estar-se-ia admitindo a discricionariedade administrativa na cobrança de tributos.

3.17. Acredita que a alusão a normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo se refere aos deveres instrumentais ou obrigações acessórias, pois a definição do conteúdo e alcance do texto legal prescinde de qualquer regulamento. Dessa forma, entende que no período de vigência da redação original do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, ele tem direito líquido e certo de excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e COFINS todas as receitas que tenham ingressado na empresa e, posteriormente, sido transferidas para outras pessoas jurídicas.

3.18. Com relação à vigência, assevera que o inciso III, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 entrou em vigor em fevereiro de 1999 e foi revogado pela Medida Provisória nº 1.991-18, publicada no DOU em 10 de junho de 2000. Considerando que a revogação implicou em majoração das referidas contribuições, sua aplicação deve respeitar o princípio da anterioridade nonagésima. Assim, crê que, entre fevereiro de 1999 e agosto de 2000, as contribuições devem ser calculadas de acordo com a redação original do citado dispositivo legal.

3.19. Corno consequência da aplicação desse dispositivo, também tem o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS todos os tributos indiretos, como ICMS, IPI e ISS. Entende, ainda: "*Em outras palavras, no período compreendido entre fevereiro de 1999 e agosto de 2000, todas as receitas que não permaneceram na empresa, sendo destinadas ao custeio de insumos ou serviços adquiridos de outras pessoas jurídicas, devem ser excluídas da base de cálculo do PIS e COFINS, sob pena de afronta aos termos do inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 3º da Lei 9.718/98.*"

3.20. Alega, a seguir, sobre seu direito à compensação, afirmando incidir a decadência dos créditos anteriores a cinco anos a contar da data da autuação, e, uma vez reconhecido seu direito a recolher PIS e COFINS nos moldes previstos no Inciso III, do § 2º, do artigo 3º, das Lei nº 9.718/98, também se deve reconhecer seu direito à compensação do montante recolhido indevidamente, com parcelas vincendas dos próprios tributos, na forma do artigo 66, da Lei nº 8.383/91.

3.21. Por fim, alegando que a autuação foi feita com base em indícios, entende ser fundamental a realização de perícia nos documentos apresentados pela Fiscalização e naqueles ora juntados pelo impugnante.

3.22. Requer:

- "*a desconstituição do lançamento, para julgá-lo improcedente, reconhecendo que as compensações procedidas pela recorrente são juridicamente eficazes e que estão corretos os valores por ela calculados, concluindo-se que nada deve ao Fisco, a título das contribuições lançadas e da multa aplicada, sendo improcedente o lançamento tributário procedido, ratificando as compensações efetuadas.*" (fls. 296 e 297)

- seja declarada a nulidade do Auto de Infração, pelo fato de a Fiscalização não ter reconhecido seu direito à compensação;

- exclusão da multa moratória incidente, pois totalmente inadequada ante a denúncia espontânea;

- subsidiariamente, que a multa moratória seja reduzida, pois foi aplicada em patamares totalmente confiscatórios;
- seja afastada a aplicação da taxa SELIC, pois a mesma tem sido considerada ilegal pelos tribunais brasileiros;
- seja afastada a aplicação de juros moratórios cumulados com multa moratória, pois isso representa dupla incidência de penalidade, acarretando "bis in idem";
- seja autorizada a realização de prova pericial, pois "constitui direito da impugnante, a ampla defesa e o contraditório, tudo como forma de garantir-se a mais altaneira JUSTIÇA!"

A DRJ em São Paulo - SP manteve o lançamento, nos termos do Acórdão nº 16-15.791, de 11/12/2007, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA DE MORA. EXIGÍVEL. ALCANCE DO ART. 138 DO CTN.

É devida a multa de mora nos casos de recolhimento de tributos e contribuições com atraso, uma vez que o instituto da denúncia espontânea protege o sujeito passivo, tão-somente da imposição de multa decorrente de procedimentos de ofício. Aceitar a tese de exclusão da multa de mora pela denúncia espontânea implicaria negar eficácia às normas fiscais fixadoras de prazos de vencimento de tributos, ensejar a desorganização do sistema de fiscalização e arrecadação tributária do Estado, e banir o instituto da multa de mora do ordenamento jurídico tributário, por torná-la inaplicável.

PERÍCIA E DILIGÊNCIA. DESNECESSÁRIAS.

A autoridade julgadora não está obrigada a deferir pedidos de realização de diligências ou perícias requeridas. Tais pedidos somente são deferidos quando entendidos necessários à formação de convicção por parte do julgador. Considera-se não formulado o pedido de perícia que deixe de atender aos requisitos previstos em lei.

CONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo sido regularmente oferecida, e amplamente exercida pela autuada, a oportunidade de defesa, pois, tempestiva, abrangente e copiosa a impugnação apresentada, restam descaracterizadas as alegações de cerceamento de direito de defesa.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003.*

PIS. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo de incidência da contribuição para o PIS está definida em lei e corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, estando prevista a possibilidade de algumas exclusões.

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO CONFISCATÓRIO E CAPACIDADE ECONÔMICA. A multa de ofício não possui natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias. A capacidade econômica da contribuinte é respeitada, na medida em que a exigência é feita mediante aplicação de percentual sobre o tributo que deixou de ser recolhido.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas em lei tributária. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

Ciente da decisão de primeira instância em 09/09/2008 (AR na fl. 502), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 18/09/2008, no qual alega, preliminarmente, a inexigibilidade de depósito recursal e a suspensão da exigibilidade dos débitos objeto do recurso, e no mérito alega que:

1 - é dever da Administração Pública deixar de aplicar dispositivo legal por considerá-lo inconstitucional;

2 - há de ser desconstituído o lançamento relativo ao PIS incidente sobre a base de cálculo apurada de acordo com o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, pois tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por isso a providência que se impõe é a anulação do lançamento;

3 - restou consagrado pelo art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998, que o PIS incide sobre o faturamento, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza e o ICMS, por não constituir receita da pessoa jurídica, deve ser excluído da base de cálculo dessa contribuição;

4 - as ilegalidades em relação ao débito objeto deste processo estão sendo discutidas na ação anulatória nº 2001.61.00.019202-2 e a recorrente deposita mensalmente os valores devidos na ação consignatória nº 2001.61.00.019199-6; portanto, o débito está **sub judice** e o art. 156, inc. VIII, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN) relaciona a consignação judicial como meio válido e eficaz de pagamento e afastamento da mora. Tal circunstância desqualifica o lançamento, que deve ser julgado improcedente;

5 - a multa aplicada é ilegal, pois possui natureza confiscatória e fere o princípio constitucional da capacidade contributiva;

6 - o art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estabeleceu percentual mais benéfico ao devedor para as infrações decorrentes do não-pagamento de tributo e esse percentual deve ser aplicado por observância do disposto no art. 106 do CTN;

7 - na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 551/RJ, o STF decidiu que a multa cobrada sobre tributos superior a vinte por cento caracteriza confisco e como tal não pode ser aceita;

8 - a legislação tributária não distingue a obrigação de pagar tributo da imposta para pagamento de multa ou penalidade pecuniária, conforme art. 113 do CTN, portanto, todos os princípios e vedações ao poder de tributar pertinentes ao tributo são aplicáveis também em relação à multa de natureza tributária;

9 - os juros moratórios e a multa moratória incidem sobre o mesmo fato gerador, caracterizando **bis in idem**, que é prática repulsiva no âmbito do direito tributário;

10 - não podem ser lançadas multas moratória ou punitiva sobre débitos espontaneamente confessados, tendo em vista o disposto no art. 138 do CTN e, por isso, é nulo o auto de infração;

11 - havendo dúvida sobre a interpretação da lei punitiva ou sobre a valorização dos fatos concretos efetivamente ocorridos, a solução há de ser a mais favorável ao contribuinte, conforme art. 112 do CTN, c/c art. 620 do Código de Processo Civil (CPC); e

12 - é ilegal a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para cálculo dos juros moratórios no âmbito tributário.

Conclui o recurso requerendo:

Preliminarmente

Seja acolhida a preliminar determinando-se a suspensão da inexigibilidade dos valores discutidos e determinando o seguimento do presente recurso sem o arrolamento de bens, nos termos do art. 1º do Ato Interpretativo nº 9 da Receita Federal do Brasil;

Mérito

a) A reforma da decisão administrativa de primeira instância, declarando-se a nulidade do presente Auto de Lançamento em razão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições ao PIS, bem como a ilegalidade dos encargos cobrados;

b) No caso de V. Sas. não entenderem que o auto é nulo, seja deferindo o pedido de redução da multa aplicada, eis que aplicada em patamares totalmente confiscatórios, bem como seja afastada a aplicação da taxa SELIC sobre os débitos da empresa, eis que esta tem sido considerada ilegal pelos tribunais

brasileiros, pois que representa aplicação de juros em patamares superiores aos legalmente admitidos;

c) Por derradeiro, requer, ainda, a reforma da decisão recorrida para que seja afastada a aplicação dos juros moratórios sobre a multa moratória, eis que a dupla incidência acarreta a figura do "bis in idem", tão repelida pelo Direito Tributário Brasileiro;

Na forma regimental, o Recurso Voluntário foi distribuído para relatar e, por força da determinação contida no art. 62-A, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/09), o seu julgamento foi sobrestado, nos termos do Despacho nº 3302-019, de 05/03/2012. Com a revogação do referido dispositivo regimental (Portaria MF nº 545/13), o Recurso Voluntário foi sorteado para relatar e, agora, volta à pauta de julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece, exceto quanto às matérias submetidas ao crivo do Poder Judiciário (Processo nº 2001.61.00.019202-2), quais sejam: (i) o caráter confiscatório da multa; (ii) a ocorrência do **bis in idem**, na incidência de juros moratórios e multa moratória sobre o “mesmo fato gerador”; (iii) o instituto da denúncia espontânea previsto no art. 138 do CTN; (iv) a aplicação do princípio da menor onerosidade; e (v) a ilegalidade da utilização da taxa Selic no cálculo dos juros de mora no âmbito tributário.

Não se conhece das referidas matérias porque o CARF pacificou o entendimento de que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, nos termos da Súmula CARF nº 1, abaixo reproduzida.

***Súmula CARF nº 1** - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

Resta, então, para exame pelo Colegiado, as razões recursais sintetizadas nos itens 1 a 4, acima.

Quanto aos argumentos de inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em sessão realizada no dia

08/12/2009, decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (*Constituição Federal, art. 102, I, “a” e III, “b”, art. 103, § 2º; Emenda Constitucional nº 3/1993*). Tal decisão resultou na edição da Súmula nº 2, abaixo reproduzida, cuja adoção é obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do § 4º do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹:

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

É incontroverso que parte do lançamento decorreu da inclusão na base de cálculo da exação, pela Fiscalização, de outras receitas que não representam a venda de mercadorias ou serviços. E o fez com base, dentre outros, no art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Em 09/11/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.480 e 358.273 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou, incidentalmente e por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Por seu turno, o Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/2009), em seu art. 62, Parágrafo Único, inciso I², autoriza expressamente a este Colegiado afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto “*que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

No caso concreto, deve ser excluída da base de cálculo do PIS o valor das outras receitas que foram nela incluídas pelo citado § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, permanecendo a exigência quando aos demais valores.

Quanto à inclusão ou não do ICMS (e do ISS) na base de cálculo do PIS, este Colegiado tem decidido no sentido de que o mesmo integra a base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins, conforme previsto na Lei Complementar nº 70/1991 e nas Leis Ordinárias nº 9.715/98, 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/03. A previsão legal de exclusão da receita bruta (ou do faturamento) para fins de determinação da base de cálculo das contribuições contempla o ICMS apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário (art.3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/1998).

Assim sendo, a alegação da recorrente de que o valor do ICMS (e do ISS) não integra o conceito de faturamento, para fins de inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins, não tem respaldo na legislação, não existindo nenhuma determinação legal que autorize tal exclusão. Correto está o acórdão recorrido porque o ICMS (e o ISS), por ser um imposto indireto e com mecanismo de cálculo por dentro, contemplando o seu próprio montante em sua base de cálculo, agrega-se ao preço do produto, integrando também o faturamento. E como tal,

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

[...]

§ 4º As súmulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF.

² **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;

há necessidade de expressa previsão legal para a sua exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Por óbvio, as ações judiciais em curso no STF não podem ser aplicadas pelo CARF. Inexiste decisão do STF, cuja aplicação seja obrigatória por parte do CARF (art. 62-A do Regimento Interno), que contemple a pretensão da Recorrente.

Sobre a alegada extinção do crédito tributário, por força do art. 156, inc. VIII, do CTN, ademais de não se ter comprovado a procedência da consignação para se refutar efetuado o pagamento, nos termos do art. 164, § 2º, do CTN, note-se que a ação de consignação em pagamento nº 2001.61.00.019199-6 refere-se, quanto ao PIS, aos débitos do período de janeiro de 1995 a junho de 2001 e a pretensão da ora recorrente naquela ação judicial diz respeito ao deferimento de depósitos judiciais dos valores correspondentes às parcelas daquele débito que fora parcelado em 240 vezes, conforme cópia da petição inicial às fls. 375 a 427.

Portanto, os depósitos porventura efetuados nenhuma correspondência guardam com o crédito tributário de que cuidam estes autos, que se refere ao período de apuração de janeiro de 1998 a junho de 2003, tendo-se excluído, entretanto os débitos declarados para parcelamento, conforme demonstrativos das fls. 203 a 208.

Por fim, ratifico e, supletivamente, adoto os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei, exceto quanto à inclusão de outras receitas na base de cálculo do PIS, promovida pelo citado § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999³).

Por tais razões, voto por não conhecer do recurso, em parte, tendo em vista a renúncia à instância administrativa, com a busca da tutela jurisdicional, e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento para cancelar a exigência tributária relativa a outras receitas incluídas na base de cálculo do PIS pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Relator

³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[. . .]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Processo nº 19515.004147/2003-58
Acórdão n.º **3302-002.566**

S3-C3T2
Fl. 13

CÓPIA