



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13433.000182/2005-93
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3301-009.956 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de março de 2021
Recorrente M. GOMES PRAXEDES EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

CONCOMITÂNCIA, AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO COM O MESMO OBJETO EM DISCUSSÃO. PREVALÊNCIA DA ESFERA JUDICIAL SOBRE A ADMINISTRATIVA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DAS DECISÕES JUDICIAIS. DESISTÊNCIA DA DISCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A existência de ação judicial com o mesmo objeto da discussão na esfera administrativa pressupõe a sua concomitância, tendo como consequência a desistência da discussão na esfera administrativa, por respeito ao Princípio da Supremacia das Decisões Judiciais, estabelecendo a prevalência da esfera judicial sobre a esfera administrativa.

Diante desta concomitância aplica-se ao caso a Súmula CARF nº 1, a qual estabelece que 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.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS/PASEP. APLICAÇÃO DO RE nº 574.706/PR do STF e do RICARF, artigo 62, § 2º.

Aplicação do RE nº 574.706/PR, pelo STF, através do qual o seu plenário fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, porque a arrecadação do ICMS não se enquadra no conceito de faturamento ou receita, representando apenas ingresso financeiro a ser repassado ao fisco estadual, não se integrando ao patrimônio do contribuinte como elemento novo, cuja repercussão geral fora reconhecida nos termos do Acórdão publicado na data de 02/10/2017, em obediência ao disposto no RICARF, artigo 62, § 2º.

INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS/PASEP SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS

Após a entrada em vigor das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, a base de cálculo da Contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS inclui a totalidade das receitas auferidas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte o recurso voluntário, em virtude de concomitância e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade. No mérito, por determinação do art.19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art.28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir o ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS. Vencidos os Conselheiros Salvador Cândido Brandão Junior, José Adão Vitorino de Moraes, Sabrina Coutinho Barbosa e Liziane Angelotti Meira (Presidente) que lhe negaram provimento.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ari Vendramini - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Liziane Angelotti Meira (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Salvador Cândido Brandão Junior, Marco Antonio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro, José Adão Vitorino de Moraes, Sabrina Coutinho Barbosa (Suplente Convocada) e Ari Vendramini

Relatório

1. Adoto por economia processual e por bem descrever os fatos presentes nos autos, o relatório constante do Acórdão nº 11-21.300, exarado pela 2ª Turma da DRJ/RECIFE :

Contra a empresa já identificada foram lavrados os Autos de Infração, de fls.

208/211 e 453/455 do presente processo, cujos processos foram juntados por anexação, em cumprimento à disposição contida no art. 2º da Portaria SRF nº 6.129, de 02.12.2005 (fls.237) para exigência dos créditos tributários, adiante especificados, referentes aos períodos já mencionados:

Valores em Reais

Crédito Tributário	COFINS	PIS
Contribuição	117.916,48	29.071,56
Juros de Mora	15.421,97	3.935,50
Multa Proporcional	88.437,32	21.803,63
TOTAL	221.775,77	54.810,69

2. De acordo com as informações contidas nos Termos de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal que acompanham os referidos Autos de Infração, (fls.209/211 e 462/469), foram apuradas as seguintes irregularidades praticadas pela empresa autuada, em relação às contribuições à Cofins e ao PIS:

2.1- COFINS

Diferença entre o Valor Escriturado e o Declarado/Pago, apurada por meio do procedimento de verificações obrigatórias gerando falta de pagamento da Cofins, conforme relato contido no Termo de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls.209/210, que acompanha o Auto de Infração.

2.2. COFINS E PIS — INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA

Diferença entre o Valor Escriturado e o Declarado/Pago, apurada por meio do procedimento de verificações obrigatórias gerando falta de pagamento da Cofins e do PIS de incidência não - cumulativa, conforme relato contido nos Termos de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls.209/211 e 454/455, que acompanham os Autos de Infração.

3. Os cálculos dos débitos apurados estão demonstrados nas planilhas de cálculo de fls.207 e 479 e a fundamentação e o enquadramento legal das autuações encontram-se no Termo de Descrição dos Fatos já referenciados.

4. Devidamente cientificada, conforme se constata às fls.216, e inconformada com as autuações apresentou a contribuinte, por meio da sua representante legal e sócia, assim identificada no Contrato social de fls.07/08, as impugnações de fls. 217/225 e 461/469, mediante as quais aduz, em síntese:

I- no desempenho normal de suas atividades apresentou DCTF com valores menores do que os efetivamente devidos, a título de contribuição da Cofins e do PIS, entretanto, verificando a existência de tais erros apresentou DCTF retificadoras, no intuito, tão somente de sanar as falhas nas informações apresentadas à Receita Federal, isto porque, não tinha contabilizado na base de cálculo das duas contribuições as receitas de exportação, as receitas de vendas para empresas comerciais exportadoras e as receitas de vendas para a Zona Franca de Manaus -ZFM;

II- em face desses erros tempestivamente sanados, a sua receita sofreu um leve acréscimo, que, aos olhos do Auditor Fiscal são perfeitamente passíveis de serem lançados através dos Autos de infração ora impugnados, e isto, efetivamente não tem o que questionar;

III- acontece que ao analisar a legislação tributária vigente, bem como a forma de apuração da base de cálculo apurada pelo Fiscal, chegou à conclusão de que o mesmo não levou em consideração que as receitas de exportação para o exterior, de vendas para empresas comerciais exportadoras, para a Zona Franca de Manaus —ZFM e as receitas financeiras não devem compor a base de cálculo da Contribuição para o PIS e Cofins, conforme Notas Fiscais em anexo por amostragem;

IV- é importante frisar que o Auditor Fiscal teria o dever de levar em consideração que a autora faz jus ao incentivo fiscal previsto na Lei n.º 9.363, de 13.12.1996, decorrentes de exportação, de vendas para empresas exportadoras e de vendas para a Zona Franca de Manaus, que reduz consideravelmente os valores supostamente devidos a título de PIS e Cofins;

V- cita como respaldo para as isenções e não-incidência da Cofins e do PIS invocadas, a seguinte legislação: Art.149 da Constituição Federal; Decreto-Lei n.º 288 de 28.02.1967, art. 4º e art.1º da Lei n.º 9.363, de 1996.

VI- considera inconstitucional a Lei n.º 9.718, de 27.11.1998, a qual em seus artigos 2º, 3º e 8º, instituiu uma base de cálculo para a Cofins e o

PIS, diversa da consagrada no art.195 da Constituição Federal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que colaciona;

VII- ainda, em relação às receitas financeiras, estas não se enquadram no conceito de faturamento como disposto no art.2º da Lei Complementar 70/91 e da Lei Complementar n.º 7/70;

VIII- requer, em face do exposto, o total provimento da presente impugnação com a conseqüente desconstituição/anulação do Auto de Infração ou, alternativamente, a retificação dos lançamentos tributários, levando em consideração as exclusões das receitas referenciadas na impugnação, bem como o alto ressarcimento do crédito presumido a que tem direito, também já referenciado.

2. A DRJ/RECIFE, analisando tais argumentos, assim ementou sua decisão :

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

COFINS NÃO CUMULATIVO -RECEITAS DE EXPORTAÇÃO - NÃO INCIDENCIA

De acordo com o disposto no art. 6º da lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003, a COFINS não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de exportação de mercadorias para o exterior, devendo dessa forma ser comprovado pela empresa, perante a fiscalização e na impugnação, a existência dessas exportações.

COFINS NÃO CUMULATIVO - RECEITAS DE VENDAS DE PRODUTOS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS

As vendas de produtos para a Zona Franca de Manaus não estão fora do campo da incidência da Cofins não -cumulativa, uma vez que o art.6º da Lei n.º 10.833, de 30 de dezembro de 2002, restringe a não incidência desta contribuição à venda de mercadorias para o exterior.

COFINS NÃO - CUMULATIVO – CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI

A pessoa jurídica, em relação às receitas sujeitas à incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) não - cumulativos não faz jus ao crédito presumido do IPI de que tratam as Leis n.º 9.363, de 13 de dezembro de 1996 ;-e-nº-10:276;-de 10 de setembro de 2001 -ex-vi ADI SRF n.º 13, de 31 de março de 2004.

COFINS CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS.

A partir de fevereiro de 1999, base de cálculo da Cofins é a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, incluindo-se as receitas decorrentes de operações realizadas no mercado financeiro

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do

crédito tributário.

EXPORTAÇÃO - NÃO INCIDENCIA

De acordo com o disposto no art. 6º da lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003, a COFINS não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de exportação de mercadorias para o exterior, devendo dessa forma ser comprovado pela empresa, perante a fiscalização e na impugnação, a existência dessas exportações.

PIS NÃO - CUMULATIVO - RECEITAS DE VENDAS DE PRODUTOS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS

As vendas de produtos para a Zona Franca de Manaus não estão fora do campo da incidência do PIS não - cumulativo, uma vez que o art. 5º da Lei n.º 10.637, de 2002 restringe a não - incidência desta contribuição à venda de mercadorias para o exterior.

PIS NÃO CUMULATIVO - CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI

A pessoa jurídica, em relação às receitas sujeitas à incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins não - cumulativos, não faz jus ao crédito presumido do IPI de que tratam as Leis n.º 9.363, de 13 de dezembro de 1996, e n.º 10.276, de 10 de setembro de 2001 -ex-vi ADI SRF n.º 13, de 31 de março de 2004.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL -PROVAS

De acordo com as regras estabelecidas no Processo Administrativo Fiscal, a impugnação - deverá conter, além de outros requisitos, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, e as razões e provas que possuir (ex-vi do art.16 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972).

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. Não restando comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa nem de qualquer outra hipótese expressamente prevista na legislação, não há que se falar em nulidade do lançamento.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhe execução.

Lançamento Procedente

3. Inconformada com tal decisão, a impugnante apresentou Recurso Voluntário, nos seguintes termos :

A Recorrente é pessoa jurídica de direito privado que atua na industrialização e comercialização de produtos alimentícios. Nestas condições, sempre foi obrigada a proceder com o recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -COFINS, instituídas, respectivamente pelas Leis Complementares n.º 7, de 07.09.1970 e 70, de 30/12/1991.

No desempenho normal das suas atividades, a Recorrente teve lavrado contra si Autos de Infração relativos à COFINS e à Contribuição para o PIS das competências janeiro/2004 a dezembro/2004..

Acontece que, analisando minuciosamente o referido Auto de Infração, a Recorrente pôde perceber que está sendo flagrantemente lesada pelo Fisco. Isto porque, o fiscal não levou em consideração que além de parte do crédito está EXTINTO, que:

- (a)- a base de cálculo da Contribuição para o PIS devem ser apuradas pelas RECEITAS AUFERIDAS, conforme prescreve a Lei n.º 9.718/98 e não pelos valores FATURADOS;

- (b)- as OUTRAS RECEITAS não devem ser incluídas na base de cálculo da Contribuição para o PIS, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n.º 9.718/98;
- (c)- as receitas de vendas para a Zona Franca de Manaus — ZFM não devem compor a base de cálculo da Contribuição para o PIS;
- (d)- as receitas de exportações diretas e indiretas para o exterior não devem compor a base de cálculo da Contribuição para o PIS;
- (e)- a Contribuição para o PIS e a COFINS não podem incidir sobre a parcela referente ao ICMS;
- (f)- o crédito tributário não pode ser acrescido de multa de 75% (setenta e cinco), por configurar um verdadeiro confisco ao seu patrimônio.

Para sua surpresa, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento — DRJ em Recife — PE, negou provimento à Impugnação interposta pela Recorrente e julgou totalmente procedentes os lançamentos tributários. Sendo assim, só restou á Recorrente interpor o presente RECURSO VOLUNTÁRIO com vistas a obter a anulação/desconstituição integral do Auto de Infração relativos a Contribuição para o PIS. Estes são os fatos.

DO DIREITO

A) DA FORMA ERRÔNEA DE APURAR A BASE DE CÁLCULO DA "CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS" — RECEITAS AUFERIDAS x RECEITAS FATURADAS — NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

- A legislação que versa sobre a Contribuição para o PIS, em momento algum determina essa obrigação. Muito pelo contrário, determinam de forma INQUESTIONÁVEL que a base de cálculo das contribuições é as receitas AUFERIDAS. Noutras palavras, o Fisco obriga que a Recorrente apure como base de cálculo da Contribuição para o PIS o simples somatório das receitas faturadas, independentemente de a Recorrente ter recebido os valores correspondentes ou não. Isto quer dizer que o Fisco obriga que a Recorrente efetue o pagamento dos tributos, antes mesmo de auferir as receitas necessárias a efetuar o próprio pagamento dos tributos. Na verdade o Fisco está instituindo tributos sobre a emissão de notas fiscais (receitas em potencial) e não sobre a receita bruta real (receitas auferidas). Diante vê-se que a base de cálculo da Contribuição para o PIS são as receitas "*provenientes das vendas de mercadorias*", ou seja, efetivamente auferidas pela Recorrente e não a simples emissão das notas fiscais.

B) DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUIR AS "OUTRAS RECEITAS" NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS:

Conforme se depreende da leitura da DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL e nas PLANILHAS anexas ao Auto de Infração, pode-se observar que o Ilustre Auditor Fiscal incluiu as OUTRAS RECEITAS na composição da base de cálculo da Contribuição para o PIS. Apesar de mencionar que as receitas foram extraídas do LIVRO RAZÃO, há de se ressaltar que é justamente nos LIVROS RAZÃO onde se encontram a contabilização das RECEITAS FINANCEIRAS. Por seu turno, as receitas financeiras não são tributáveis pela Contribuição para o PIS, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n.º 9.718/98.

C) DA NÃO INCLUSÃO DAS RECEITAS DE EXPORTAÇÃO (DIRETA E INDIRETA) NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

D) DA NÃO INCLUSÃO DAS RECEITAS DE VENDAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS — ZFM NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS — NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

E) IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIR CRÉDITO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS INCIDENTES SOBRE A PARCELA RELATIVA AO ICMS — NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

F) DA APLICAÇÃO DA MULTA NO PERCENTUAL DE 75% (SETENTA E CINCO POR CENTO) — CARÁTER CONFISCATÓRIO — NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

G) DA INCLUSÃO DE DIVERSAS COMPETÊNCIAS DA AUTUAÇÃO NO PARCELAMENTO EXCEPCIONAL – PAEX

- Esclarece a recorrente que a COFINS e a Contribuição para o PIS devidos, referentes às competências janeiro/2004, fevereiro/2004 e março/2004, encontram-se devidamente parceladas no PAEX e, conseqüentemente, não poderiam ser objeto de cobrança no presente processo administrativo.

H) DA DESCONSIDERAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA:

Alegaram os Julgadores que, a Recorrente não comprovou as Receitas de Exportações. Sobre o assunto é importante esclarecer que a além de a Administração Pública se reger pelo Princípio da Estrita Legalidade, a IMUNIDADE TRIBUTÁRIA é uma limitação constitucional ao poder de tributar, e conseqüência, norma de eficácia imediata. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA independe de qualquer dispositivo legislativo infraconstitucional para que seja gozada, ou seja, basta a Constituição Federal imunizar determinado ato, fato ou pessoa, que o mesmo, automaticamente, estará dispensado da tributação. Ora, a IMUNIDADE diferente da isenção, impede que a norma jurídica tributária venha a dispor sobre determinado ato, fato ou pessoa, isto é, a IMUNIDADE impede o nascimento da obrigação tributária. A partir do momento que as receitas de exportação são IMUNES às contribuições sociais, não restam dúvidas que essas receitas, ainda que proveniente da prestação de serviços ou vendas de mercadorias, não podem, por hipótese alguma, serem tributadas pela Contribuição para o PIS, sob pena de tornar letra morta a Constituição Federal.

DO PEDIDO:

Em razão do exposto, a Requerente pede e espera que V. Sas. se dignem de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário para que seja determinada a imediata anulação/desconstituição dos Autos de Infração relativos à COFINS e à Contribuição para o PIS, por ser a única e melhor forma de se fazer JUSTIÇA!!!

4. Às fls. 541 dos autos digitais, consta o documento ‘Memorando nº 075/2016 NURAC/DRF/MOS’, que comunica “trânsito em julgado de Decisão Judicial favorável ao contribuinte (reflexos nos processos 13433.000467/2004-43, 13433.000468/2004-98, 13433.000181/2005-49 e 13433.000182/2005-93).”

5. Diante desta informação, foi emitida a Resolução nº 3301-001535, por este colegiado, para que a Unidade de Origem juntasse aos presentes autos cópia das seguintes peças

das ações judiciais citadas (n.º 0800710- 66.2006.4.5.8401 e 0001210-20.2006.4.05.8401): -
petição inicial, sentença, eventual recurso e demais peças julgadas necessárias.

6. Em atendimento, foram juntados os documentos de fls. 553 / 617.

7. Os autos voltaram a este relator para julgamento..

É o relatório.

Voto

8. O recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço parcialmente, com exceção dos seguintes itens do recurso apresentado :

C – RECEITAS DE EXPORTAÇÃO DIRETA E INDIRETA,

D – RECEITA DE VENDAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS,

H – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – RECEITAS DE EXPORTAÇÃO.

Tratemos das razões de recurso.

A – RECEITAS AUFERIDAS X RECEITAS FATURADAS

9. Alega a recorrente que “ a legislação que versa sobre a Contribuição para o PIS e a COFINS, em momento algum determina essa obrigação. Muito pelo contrário, determinam de forma inquestionável que a base de cálculo das contribuições é as receitas auferidas. Noutras palavras, o Fisco obriga que a Recorrente apure como base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS o simples somatório das receitas faturadas, independentemente de a Recorrente ter recebido os valores correspondentes ou não. Isto quer dizer que o Fisco obriga que a Recorrente efetue o pagamento dos tributos, antes mesmo de auferir as receitas necessárias a efetuar o próprio pagamento dos tributos.

10. Com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9718/1998, a base de cálculo da Contribuição ao PIS/PASEP restou definida no artigo 3º da Lei nº 9.715/1998, que determinava :

Art. 3o Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas de bens e serviços canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias - ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

11. Já a base de cálculo da COFINS restou definida no artigo 2º da Lei Complementar nº 70/1991 :

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita

bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

12. Portanto, sendo que diante destas determinações legais, o faturamento será considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, correta a Fiscalização ao adotar como base de cálculo o total das receitas de vendas, considerando as exclusões devidas.

-

13. Desta forma, rejeito esta preliminar de nulidade.

MÉRITO

B – INCLUSÃO DE OUTRAS RECEITAS (RECEITAS FINANCEIRAS)

14. Defende a recorrente que “ *conforme se depreende da leitura da DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL e nas PLANILHAS anexas ao Auto de Infração, pode-se observar que o Ilustre Auditor Fiscal incluiu as OUTRAS RECEITAS na composição da base de cálculo da Contribuição para o PIS. Apesar de mencionar que as receitas foram extraídas do LIVRO RAZÃO, há de se ressaltar que é justamente nos LIVROS RAZÃO onde se encontram a contabilização das RECEITAS FINANCEIRAS. Por seu turno, as receitas financeiras não são tributáveis pela Contribuição para o PIS, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n.º 9.718/98.*”

15. Não assiste razão parcial á recorrente neste quesito.

16. Com relação á Contribuição para o PIS/PASEP, a Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002 instituiu o regime não-cumulativo da Contribuição ao PIS/PASEP, e, com relação á COFINS, a Lei n.º 10.833, de 30 de dezembro de 2003, instituiu o regime não cumulativo da COFINS. Embora apresente definição de faturamento idêntica àquela observada no dispositivo inquinado de inconstitucionalidade, não padece do mesmo vício que maculava a Lei n.º 9.718/98.

17. Cumpre reconhecer que, sob esse regime de tributação, a base de cálculo da Contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS abrangem todas as receitas auferidas pela recorrente. Observe-se:

Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

Lei n.º 10.833, de 30 de dezembro de 2003

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas

aferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do **caput** do art. 183 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Redação dada pela Lei n.º 12.973, de 2014)

§ 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no **caput** e no § 1º.

18. Verifica-se, desse modo, que a legislação utilizou um conceito amplo de faturamento, o qual engloba todas as receitas auferidas pela empresa, com exceção apenas daquelas expressamente excluídas por lei.

19. Portanto, a partir da vigência das Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003, a empresa passou a sofrer tributação pelo regime não-cumulativo dessas contribuições..

20. Assim, nego provimento ao recurso neste quesito.

Há que se observa que as receitas financeiras estão com alíquota zero.....

G – PARCELAMENTO EXCEPCIONAL – PAEX

21. Alega a recorrente que a COFINS e a Contribuição para o PIS devidos, referentes às competências janeiro/2004, fevereiro/2004 e março/2004, encontram-se devidamente parceladas no PAEX e, conseqüentemente, não poderiam ser objeto de cobrança no presente processo administrativo.

22. A opção a qualquer modalidade de parcelamento é motivo de suspensão do crédito tributário, nos moldes da determinação contida no artigo 151, VI do Código Tributário Nacional.

23. Também é fato que, para optar a qualquer modalidade de parcelamento, o contribuinte deve renunciar às discussões judiciais e administrativas que envolvam o débito objeto do parcelamento.

24. Portanto, quanto a estas alegações, deve a Unidade Origem (DRF/MOSSORÓ/RN) verificar sua implicação, analisando seus registros, não cabendo a este CARF qualquer manifestação a respeito, pois que parcelamento é modalidade de cobrança do crédito tributário, matéria cuja competência não é deste CARF.

25. Diante do exposto, não conheço do recurso neste quesito.

26. Há que se esclarecer que, diante da renúncia aos meses citados de janeiro, fevereiro e março de 2004, objeto de parcelamento, os tópicos seguintes não incluem estes meses.

C – RECEITAS DE EXPORTAÇÃO DIRETA E INDIRETA,

D – RECEITA DE VENDAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS,
H – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – RECEITAS DE EXPORTAÇÃO

27. De acordo com as informações trazidas aos autos, em atendimento à Resolução emitida por esta Turma Julgadora, solicitando diligências para que se juntassem peças das ações judiciais impetradas pela recorrente, diante da notícia trazida pelo documento de fls. 553 dos autos digitais : “Memorando n.º 075/2016 NURAC/DRF/MOS”, que comunica “trânsito em julgado de Decisão Judicial favorável ao contribuinte (reflexos nos processos 13433.000467/2004-43, 13433.000468/2004-98, 13433.000181/2005-49 e 13433.000182/2005-93).” e, também, pelo conteúdo do autos do processo de n.º 10080.004810-0816-16, referente à informações prestadas pela D. PGFN, do qual extraímos os seguintes trechos, referentes às ações judiciais impetradas pela recorrente :

Trataram-se, na origem de duas ações de conhecimento, a saber: **AÇÃO DECLARATÓRIA N.º 0001214-57.2006.4.05.8401, cujo pedido era:**

bens, etc.

Requer, *meritum causae*, uma vez tudo alegado e provado que a presente Ação Ordinária seja julgada totalmente procedente, confirmando a Tutela Antecipada, de forma que seja definitivamente **DECLARADO** que não existe, como nunca existiu, relação jurídica válida que obrigue à Autora a incluir as receitas de vendas para a Zona Franca de Manaus – ZFM na composição da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, tendo em vista que tais receitas sempre foram equiparadas a verdadeiras exportações para o exterior, o que faz com que sempre tivessem gozado de isenção dos mencionados tributos, e, com o advento da EC n.º 33/2001 passassem a gozar de verdadeira **imunidade tributária**.

... em direito admitidos.

E a AÇÃO DECLARATÓRIA N.º 0001210-20.2006.4.05.8401, cujo pedido era:

Requer, *meritum causae*, uma vez tudo alegado e provado que a presente Ação Ordinária seja julgada totalmente procedente, confirmando a Tutela Antecipada, de forma que seja definitivamente **DECLARADO** que não existe, como nunca existiu, relação jurídica válida que obrigue à Autora a recolher a COFINS e a Contribuição para o PIS, **SEM** que seja observado os créditos presumidos decorrentes de exportações indiretas e de exportações para a Zona Franca de Manaus – ZFM, previsto no art. 1º, da Lei n.º 9.363/96, como quer o Réu.

Diante da similitude das demandas, houve reconhecimento de conexão entre as causas, as quais foram julgadas conjuntamente, a despeito de cada processo caminhar de forma independente em grau recursal.

28 Também trazemos trechos da sentença judicial de primeiro grau :

1. REFIMOSAL - REFINAÇÃO E MOAGEM DE SAL SANTA HELENA LTDA, devidamente qualificada e representada nestes autos, propõe as presentes ações ordinárias em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), buscando, provimento jurisdicional que declare que não existe relação jurídica válida que obrigue a Autora a recolher a COFINS e a contribuição para o PIS, sem que sejam observados os créditos presumidos decorrentes de exportações indiretas e de exportações para a Zona Franca de Manaus - ZFM, bem como a declare que não a Autora não deve incluir as receitas de vendas para a ZFM na composição da base de cálculo da COFINS e do PIS.
2. Alega a Demandante que realiza mensalmente vendas para adquirentes situados na Zona Franca de Manaus e de exportações indiretas. Defende que tais vendas devem ser equiparadas à exportação, nos termos do Decreto-lei nº 288/67, o que faz com que sempre tivesse direito ao crédito presumido do Imposto sobre produtos industrializados - IPI, como ressarcimento da Contribuição para o programa de Integração Social - PIS e da Contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS, em conformidade com o previsto no art. 1º da Lei nº 9.363/96.
3. Argumenta que "as Instruções Normativas editadas pela Secretaria da Receita Federal - SRF, o suposto legislador restringiu o alcance do crédito presumido, tão-somente, para as empresas que exportam diretamente para o exterior, não abrangendo, por conseguinte, as empresas que exportam para a Zona Franca de Manaus e que realizam exportação indireta".
4. Junta à inicial documentação no intuito de comprovar o alegado.
5. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido.
6. Devidamente citada, a Parte Ré apresentou defesa em forma de contestação, por meio da qual pugnou pela improcedência dos pedidos.
7. Processos conclusos em 09.07.2007 e 03.09.2008, respectivamente.
8. É o relatório. Passo à fundamentação.

29. Verifica-se, no caso presente em exame, que a causa de pedir da ação judicial impetrada pelo recorrente se confunde com as razões do processo administrativo.

30. Portanto, clara está a coincidência dos objetos dos pedidos, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial.

31. Desta forma, deve-se obediência ao Princípio Constitucional da Supremacia das Decisões Judiciais e da Prevalência da Esfera Judicial sobre a Administrativa, ambos insculpidos no Inciso XXXV do Artigo 5ª da Constituição Federal :

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

32. Para tanto, este CARF emitiu a Súmula nº 1

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.

(*Vinculante*, conforme Portaria nº 227, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

33. Assim, diante da coincidência de objetos entre as razões do processo administrativo e a causa de pedir da ação judicial impetrada, caracterizada está a concomitância entre elas e a consequente renúncia à esfera administrativa.

34. Portanto, em razão da matéria em julgamento por este CARF encontrar-se contida na matéria submetida à análise do Poder Judiciário, é de se aplicar ao caso concreto em exame a Súmula CARF nº 1.

35. Quanto aos efeitos da concomitância, deixa-se de conhecer as alegações relativas à matéria objeto das ações judiciais, cabendo à Unidade Administrativa de origem (DRF/MOSSORÓ/RN) a verificação do atual andamento da ação judicial e os efeitos da sua decisão sobre a matéria em questão, para seu cumprimento.

36. Assim, nestes quesitos não conheço do recurso.

E – PIS SOBRE PARCELA RELATIVA AO ICMS

37. Alega a recorrente sobre a impossibilidade de constituir crédito de Contribuição para para o PIS e de COFINS incidentes sobre a parcela relativa ao ICMS .

38. Apesar de a matéria não ter sido trazida nas alegações de defesa apresentadas em fase de impugnação, entendo que, após a apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, e a publicação de Acórdão em Recurso Extraordinário, na sistemática de Repercussão Geral, portanto atingindo todos os que foram afetados pela legislação considerada inconstitucional, tal matéria tornou-se de ordem pública, devendo ser apreciada por este órgão julgador.

39. Adotando tal premissa, assiste razão à recorrente.

40. A discussão que se faz neste tópico diz respeito ao fato de a Contribuição ao PIS/PASEP e a COFINS terem sido lançadas com base no faturamento do período, sem que se processasse a exclusão do ICMS contido em suas bases de cálculo.

41. O tema que envolve a definição de faturamento como base da incidência da Contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS, é motivo de embate na área tributária, já de longa data, envolvendo inclusive o judiciário para dar solução à controversa.

42. A solução definitiva da lide foi dada pelo STF, ao julgar o RE 574.706/PR, através do qual o seu plenário fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, porque a arrecadação do ICMS não se enquadra no conceito de faturamento ou receita, representando apenas ingresso financeiro a ser repassado ao fisco estadual, não se integrando ao patrimônio do contribuinte como elemento novo, cuja repercussão

geral fora reconhecida nos termos do Acórdão publicado na data de 02/10/2017. Vejamos o que diz sua ementa:

EMENTA:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

43. Diante da repercussão geral contida no RE 574.706/PR, que vincula o julgamento administrativo no âmbito do CARF, conforme previsão regimental específica (art. 62, § 2º, do atual RICARF), este órgão julgador deverá segui-la:

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.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).

44. A Secretaria da Receita Federal, adaptando-se á tal ordenamento, expediu a Solução de Consulta Interna nº 13 – Cosit (18/10/2018), e a Instrução Normativa RFB nº 1.911 (11/10/2019)

45. Assim, dou provimento ao recurso neste quesito.

F – MULTA CONFISCATÓRIA

46. Alega a recorrente que a multa de ofício de 75% tem caráter confiscatório, por tal motivo não poderia ser exigida.

47. A multa aplicada tem fundamento legal no artigo 44, I da lei nº 9.430/1996, portanto, diante deste fundamento, a desconstituição de tal penalidade teria como consequência a discussão da constitucionalidade do texto legal.

48. A Súmula CARF nº 2 assim determina :

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

49. Nego provimento ao recurso neste quesito.

Conclusão

50. Portanto, conheço em parte o recurso voluntário, em virtude de concomitância e, na parte conhecida, rejeito a preliminar referente á quest. E, no mérito, dou parcial provimento ao recurso voluntário para e excluir o ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS.

É o meu voto

(documento assinado digitalmente)

Ari Vendramini