



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.006346/2005-21
Recurso Voluntário
Resolução nº **1302-001.072 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de dezembro de 2021
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente JAL COMERCIO ATACADISTA DE PRODUTOS VETERINARIOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourao, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert, Paulo Henrique Silva Figueiredo.

Relatório

O presente processo administrativo trata-se de Autos de Infração lavrados em face do contribuinte JAL Comercio Atacadista de Produtos Veterinários Ltda., ora Recorrente, em que foram constituídos créditos tributários da contribuição ao PIS e da COFINS, referentes aos anos-calendários de 2002 e 2003.

Nos termos da acusação fiscal, a motivação do lançamento está arrimada na omissão de receitas, que foi identificada através do cotejamento dos Registro de Apuração de ICMS e Balancetes Mensais e as DCTF's do período.

Neste cotejamento, a fiscalização identificou que o contribuinte, nos anos-calendários em comento, ofereceu à tributação apenas 10% das receitas auferidas, ou seja, foi constatada a omissão de grande parte das receitas que o contribuinte recebeu no período. Veja-se o que constou do Relatório Fiscal de fls. 180:

A empresa representada, em todas as suas Declarações de Contribuições e Tributos Federais e Declarações de Créditos e Débitos Tributários Federais - DCTF, de 2002 e 2003 (fls.114 a 118), declara à SRF montantes de receita auferida que equivalem a apenas uma fração(aproximadamente 10%) da receita auferida escriturada nos livros fiscais de Registro de Apuração de ICMS e Balancetes Mensais, (...)

Fl. 2 da Resolução n.º 1302-001.072 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10120.006346/2005-21

Importante destacar que a fiscalização deixou claro, no Relatório Fiscal, que a omissão de receitas só pode ser identificada porque houve o compartilhamento das declarações do contribuinte apresentadas ao Estado de Goiás, que compartilhou essas declarações com a Receita Federal do Brasil, nos termos autorizados pelo “*Convenio de Mútua Cooperação celebrado entre a Secretaria da Receita Federal e a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, de 04/11/98*”.

Mesmo sendo intimado para tanto, o contribuinte não comprovou a venda de produtos sujeitos a alíquota zero a substituição tributária. Assim, não foram aceitas as deduções da base de cálculo das contribuições de valores com relação à venda dos produtos que poderiam estar sujeitos àquelas modalidades de tributação.

Como houve a prática de reiteração das omissões das receitas, a fiscalização entendeu por bem qualificar a multa de ofício, aplicando-a no patamar de 150%, nos termos do artigo 44, inciso II da Lei n.º 9.430/96, sendo, inclusive, formalizada a representação fiscal para fins penais.

Ademais, o Sr. Jorge Khayat foi apontando como responsável pelo pagamento dos créditos tributários, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, uma vez que a fiscalização demonstrou que este era o sócio de fato da entidade e administrador desta, sendo o real beneficiário das operações da empresa, se utilizando, inclusive, de interpostas pessoas como sócias.

Devidamente intimados, o contribuinte e o responsável apresentaram extensas Impugnações Administrativas.

No apelo inicial da empresa contribuinte, esta alegou, em síntese, (i) a possibilidade de as instâncias de julgamento declararem a inconstitucionalidade de lei válida e vigente; (ii) a necessidade de ser tratado de forma igualitária com as instituições financeiras e revendedoras de veículos; (iii) a indevida inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS; (iv) a suposta majoração indevida da alíquota da COFINS por meio de lei ordinária; (v) a necessidade de aplicação do entendimento do STF, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98; (vi) o direito a exclusão dos valores já retidos em razão da substituição tributária; (vii) a inconstitucionalidade da Taxa SELIC; (viii) a inaplicabilidade da aplicação da TR como índice de correção monetária; (ix) o caráter confiscatório das penalidades aplicadas; (x) a necessidade de compensação dos créditos decorrentes de recolhimentos a maior de PIS, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos nos. 2.445/88 e 2.449/88.

Já o responsável, em sua impugnação, alegou (i) a nulidade do lançamento, uma vez que houve suposta quebra do sigilo bancário de forma indevida; (ii) a ilegitimidade para compor os Autos de Infração na condição de responsável; (iii) a não caracterização dos requisitos para imputação da responsabilidade com base no artigo 135, inciso III do CTN; e (iv) a afronta ao princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília (DF), contudo, ao analisar os apelos apresentados, entendeu por bem julgar como improcedentes as impugnações administrativas, mantendo, na totalidade, os Autos de Infração lavrados em face do contribuinte principal e a responsabilidade atribuída ao sócio de fato da entidade.

Devidamente intimados, o contribuinte principal e responsável apresentaram Recursos Voluntários, nos quais, em síntese, repisam os argumentos apresentados em sede de Impugnação Administrativa, sendo que, no apelo da pessoa jurídica, não foi apresentado o tópico

Fl. 3 da Resolução n.º 1302-001.072 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10120.006346/2005-21

em que se manifestava pela violação do princípio da impessoalidade e em que pede a compensação dos créditos decorrentes de recolhimentos a maior de PIS, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos n.ºs. 2.445/88 e 2.449/88.

Remetido os autos ao CARF, em um primeiro momento, estes foram distribuídos perante à 3ª Seção de Julgamento.

Contudo, nos termos do despacho de fls. 1050, o presidente daquela seção entendeu por bem declinar a competência para a 1ª Seção de Julgamento deste Tribunal Administrativo, sob o fundamento de que “*as irregularidades apuradas no âmbito das contribuições sociais terem servido de base ao lançamento do IRPJ albergado no processo n.º 10120.006347/2005-76*”.

Ato contínuo, os autos foram remetidos a este relator para julgamento.

Cumpre apontar, por fim, que o Recurso Voluntário apresentado nos autos do processo n.º 10120.006347/2005-76, em que se discutia a constituição dos créditos de IRPJ, que são decorrentes dos mesmos fatos do presente processo, já foi analisado pelo CARF, sendo encerrada a discussão a administrativa de forma desfavorável ao contribuinte, nos termos do acórdão n.º 107-09.617, proferido em 05 de fevereiro de 2009.

Este é o relatório.

VOTO

Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, Relator.

DA TEMPESTIVIDADE

Como se denota dos autos, o Recorrente, contribuinte principal, foi intimado do teor do acórdão recorrido em 17/08/2006 (AR de fls. 875), apresentando o Recurso Voluntário ora analisado no dia 06/09/2006 (fls. 880), ou seja, o apelo foi apresentado dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72.

Por outro lado, em que pese não constar nos autos a intimação do responsável, este apresentou, de forma espontânea, seu apelo na mesma data em que o contribuinte principal protocolizou o Recurso Voluntário.

Portanto, sem maiores delongas, é tempestivo os Recursos Voluntários apresentados e, por isso, uma vez cumpridos os demais pressupostos para a admissibilidade, deve ser analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

DA NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

Como demonstrado alhures, desde o apelo inaugural, o Recorrente tem se posicionado pela necessidade de se excluir, da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, os valores relativos ao ICMS, que seria um valor do Estado-membro, não podendo compor o cálculo daquelas contribuições.

A DRJ em Brasília, ao analisar este ponto da Impugnação Administrativa, entendeu que não assistiria razão ao Recorrente, se manifestando seguintes termos:

(...) por estrita previsão legal, a contribuição incide sobre o faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da atividade por ela exercida, e, no que se refere às exclusões, o ICMS não integra a receita bruta apenas quando o vendedor dos bens ou prestador de serviços revestir-se da condição de substituto tributário, o que não é o caso da autuada, em que o mencionado tributo estadual é cobrado “por dentro”, integrando o

Fl. 4 da Resolução n.º 1302-001.072 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10120.006346/2005-21

preço de venda, sendo o ônus assumido integralmente pelo adquirente do produto vendido.

Importante destacar que essa decisão foi proferida em 19 de maio de 2006 e, de fato, naquela data, não havia nenhum precedente judicial que vinculasse a administração pública, no sentido de ser possível a exclusão do ICMS nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Ocorre que, como sabido, após anos de debates perante os tribunais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n.º 574.706, com repercussão geral reconhecida, entendeu pela impossibilidade de o tributo estadual compor a base de cálculo daquelas contribuições. Veja-se a ementa que recebeu o julgado:

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. (RE 574706, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Posteriormente, em 13/05/2021, ao analisar Embargos de Declaração opostos pela PGFN, o STF se manifestou que o ICMS que deveria ser subtraído das bases de cálculo das contribuições seria o destacado e não o efetivamente recolhido. Ainda, foi modulado os efeitos para que estes tivessem efeito a partir de 15/03/2017, ressalvadas, todavia, *”as ações judiciais e procedimentos administrativos protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito”* Confira-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE

Fl. 5 da Resolução n.º 1302-001.072 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10120.006346/2005-21

PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. (RE 574706 ED, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

E mais: nos termos constantes no site do Supremo Tribunal Federal, houve o trânsito em julgado da decisão em 17/09/2021, ou seja, o entendimento consignado no RE n.º 574.706, a partir do trânsito em julgado, vincula a administração pública, inclusive esse colegiado, nos termos do comando do inciso II, do § 1º, do artigo 62 do Regimento Interno do CARF (Portaria MF n.º 343/2015) e deve ser aplicado de forma obrigatória pelos julgadores administrativos.

No presente caso, como relatado, a motivação do lançamento está arrimada na omissão de receitas, que foi identificada através do cotejamento dos Registro de Apuração de ICMS e Balancetes Mensais e as DCTF's do período.

Neste sentido, consta dos autos aqueles registros de apuração de ICMS, o que demonstra, a princípio, que houve o destaque do tributo estadual nas operações realizadas pelo contribuinte e que, nos termos do comando da legislação à época (antes da manifestação do STF), a fiscalização considerou esses valores na base de cálculo das contribuições, cujos créditos tributários foram constituídos de ofício nos Autos de Infração ora em análise.

Desta feita, se faz necessária a conversão em julgamento em diligência, para que a unidade da Receita Federal do Brasil em que o contribuinte tem domicílio se manifeste acerca dos cálculos dos tributos e quais os efeitos da decisão do STF no RE 574.606 nesta quantificação.

Importante destacar que, em recente decisão, nos termos da Resolução de n.º 1302-001.021, que tinha como relator conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, este colegiado, curvando-se ao entendimento do STF, entendeu por bem converter um julgamento em diligência, nos mesmos termos ora propostos.

Pelo exposto, propõe-se a conversão do julgamento dos Recursos Voluntários em diligência, com a remessa dos autos à Unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de jurisdição do Recorrente, para que:

- 1) elabore relatório conclusivo, apontando os efeitos da decisão exarada no julgamento do RE n.º 574.706/PR (impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS) em relação ao lançamento fiscal de que tratam os presentes autos, podendo, para tanto, caso entenda cabível, obter manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;
- 2) dê ciência do relatório acima referido à Recorrente, facultando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação a respeito do seu conteúdo, a qual deverá ser acompanhada das correspondentes provas;
- 3) apresentada ou não manifestação pela Recorrente, no referido prazo, devolva o presente processo, para prosseguimento do julgamento do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias