



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

Processo nº 10120.723744/2012-35
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.469 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2014
Matéria COFINS/PIS - FALTA DE RECOLHIMENTO - NÃO CUMULATIVO -
BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO ICMS - CRÉDITO
PRESUMIDO CRÉDITO PRESUMIDO
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS BOI BRASIL
LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE
SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

COFINS/PIS - FALTA DE RECOLHIMENTO - BASE DE CÁLCULO -
ICMS - INCLUSÃO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

COFINS - NÃO CUMULATIVO - CRÉDITO PRESUMIDO -
AGROINDÚSTRIA - BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DO CRÉDITO
PRESUMIDO - LEI Nº 10.925/04 (ART. 8º)

Embora tendo como base de cálculo o valor dos insumos adquiridos, o crédito presumido (art. 8º da Lei nº 10.925/04) deferido às agroindústrias (inclusive cooperativas) que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, destinadas à alimentação humana ou animal, é determinado com base no redutor da alíquota incidente sobre a mercadoria produzida ou comercializada pelas referidas agroindústrias, conforme se trate de produtos de origem animal ou vegetal.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Credito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao Recurso nos termos do voto do Relator.

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Presidente Substituto

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente Substituto), Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça (Relator), Fenelon Moscoso de Almeida (Suplente), Maria Cristina Sifuentes (Suplente), João Carlos Cassuli Júnior e Helder Massaaki Kanamaru (Suplente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico) contra o v. Acórdão DRJ/BSB nº 03-49.470 de 19/10/12 (fls. 1155/1164) exarado pela 2ª Turma da DRJ de Brasília - DF que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedente” a impugnação aos lançamentos originais no valor total de R\$ 21.321.285,49 relativos a Contribuições de COFINS – NÃO CUMULATIVO (MPF nº 0120100.2012.00420; COFINS R\$ 8.230.512,04; juros R\$ 3.114.633,03; Multa 75% R\$ 6.172.884,06) e para o PIS NÃO CUMULATIVO (MPF nº 0120100.2012.00420; PIS R\$ 1.786.887,49; Juros R\$ 676.203,23; Multa 75% R\$ 1.340.165,64), notificados em 30/03/07 (fls. 207 e 218), que acusaram a ora Recorrente de “insuficiência de recolhimento” das contribuições no período de 31/01/08 a 31/12/08, conforme explicitado no TVF (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico) nos seguintes termos:

“Descrição dos Fatos do Auto de Infração

Processo Administrativo: 10120.723744/2012-35.

Contribuinte: Indústria e Comércio de Carnes e Derivados Boi Brasil Ltda. CNPJ: 04.603.630/0008-88

A presente ação fiscal teve início com a ciência do contribuinte ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, lavrado em 24/02/2011, fls. 02/05. A ciência ao Termo de Início foi realizada em 01/03/2011.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/10/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D EÇA, Assinado digitalmente em 17/10/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D EÇA, Assinado digitalmente em 20/10/2014 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Impresso em 03/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em síntese foram solicitados do contribuinte os livros contábeis e fiscais, bem como os arquivos digitais da contabilidade e também os arquivos digitais fiscais relativos aos anos calendários 2007 e 2008, que foram os períodos designados a esta fiscalização para verificar a correta apuração do IRPJ/CSLL/PIS e Cofins conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0120100.2010-01801-0.

Como o contribuinte já havia sofrido uma outra ação fiscal para o período de janeiro a dezembro de 2007, foi emitida a Ordem de Novo Exame, fl. 06.

Em atendimento ao Termo de Início, o contribuinte apresentou resposta datada de 05/04/2011, fl. 07, na qual informa que todos os documentos e livros fiscais e contábeis estarão à disposição do fisco nas dependências da filial, CNPJ 04.603.630/0008-88, situada na Rua dos Missionários nº 643, Qd. 31, Lote 22, sala 06, Bairro Rodoviário, Goiânia-GO.

Juntamente com esta resposta foi entregue a esta fiscalização a 21ª Alteração Contratual a qual contém a consolidação do Contrato Social, fls. 40/48, por meio da qual foi transferida a matriz para a cidade de São Paulo, além de outras alterações. Também foram entregues os seguintes itens:

- a) Memória de Cálculo da apuração do PIS/Cofins relativa ao ano calendário 2008, sem assinatura do contribuinte, fl. 49;*
- b) Cópia autenticada dos documentos pessoais do Sócio Administrador, Sr. Hélio Barbosa de Araújo, fl. 08/09;*
- c) CD contendo os arquivos contábeis gerados pelo SINCO relativos ao ano calendário de 2008. Na oportunidade foi informado verbalmente pelo contador da empresa, Sr. Uilson Monteiro, que os arquivos contábeis relativos ao ano calendário 2007 haviam sido entregues à Sapac/DRF/GOI.*

Em 29/04/2011, foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal, fls. 50/52, por meio do qual o contribuinte foi informado quanto a divergências encontradas nos arquivos digitais da contabilidade, sendo intimado a apresentá-los corretamente, bem como foi intimado a apresentar diversos itens listados no referido termo.

Em 31/05/2011, fl. 53, o contribuinte apresentou entre outros elementos, os Livro Latur dos anos calendários 2007 e 2008, os balancetes mensais dos referidos anos e um Pen Drive contendo os arquivos da contabilidade referentes aos anos 2007 e 2008. Às fls. 54/71, constam os recibos gerados pelo sistema validador de arquivos digitais SVA, relativos aos arquivos digitais constantes do Pen Drive.

Como novamente os arquivos digitais estavam incompletos esta fiscalização, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 002, de 03/06/2011, fls. 72/73, reintimou o contribuinte a apresentá-los, bem como os arquivos de notas fiscais, além de outras solicitações.

Em 25/07/2011, fls. 76/77, o contribuinte encaminhou documento no qual consta a entrega dos arquivos digitais da contabilidade, relativo ao período de 01/01 a 30/04/2007, conforme recibos gerados pelo sistema validador SVA, fls. 78/84. Nesta oportunidade informou que os arquivos digitais da escrituração fiscal haviam sido entregues ao Auditor Fiscal Adroaldo Bernardino da Costa, que à época efetuava ação fiscal para apuração da Contribuição Previdenciária, inclusive amparado pelo mesmo Mandado de Procedimento Fiscal desta fiscalização.

Nesta mesma data, 25/07/2011, o contribuinte apresentou o documento de fl. 77, no qual informa que a pessoa designada para acompanhar a presente fiscalização é o Contador Sr. Uilson Monteiro de Araújo, CPF nº 121.908.961-34.

Em 22/09/2011, foi dada ciência ao Contribuinte do Termo de Ciência e de Continuação do Procedimento Fiscal nº 001, fl. 86.

Em 17/11/2011, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 003, fls. 87/89, o contribuinte foi reintimado a apresentar os arquivos digitais da escrituração fiscal do ano calendário de 2008.

Em 16/12/2011, fls. 90/91, o contribuinte entregou 05 Cds com os arquivos digitais de notas fiscais.

APURAÇÃO DA COFINS E PIS ANO CALENDÁRIO 2008

Quando do atendimento do Termo de Início do Procedimento Fiscal, o contribuinte entregou a esta fiscalização uma planilha com a memória de cálculo do PIS e da Cofins relativa ao ano calendário de 2008, fl. 49. Como esta planilha está um pouco ilegível em função do tamanho da letra utilizada, esta fiscalização efetuou a sua ampliação para facilitar a sua visualização. A ampliação da planilha está às fls. 102/104.

Confrontando os dados constantes desta planilha com os valores da apuração constantes dos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais – DACTON entregues pelo contribuinte, fls. 532/839, os valores declarados em DCTF, fls. 840/851, com os valores lançados na contabilidade, balancetes mensais às fls. 852/1023, apuramos diferenças de PIS e Cofins a pagar durante todos os meses do ano calendário 2008. Desta forma elaboramos uma planilha de apuração por mês demonstrando estas diferenças apuradas, fls. 309/320. As planilhas foram elaboradas em 3 colunas de valores da apuração, sendo uma o espelho da memória de cálculo apresentada pelo contribuinte, a outra os valores declarados no DACTON e um terceira com os valores apurados por esta fiscalização com base na contabilidade do contribuinte.

As diferenças decorrem basicamente de três fatores. Primeiro: há diferenças nos valores da receita de vendas no mercado interno. Os valores constantes dos balancetes mensais são maiores do que os valores registrados na memória de cálculo e no DACTON. Segundo, o contribuinte retira mensalmente os valores do ICMS sobre as vendas da base de cálculo do PIS e COFINS e não há permissivo legal para esta dedução. Terceiro na apuração dos créditos das contribuições para fins de calcular a não cumulatividade, o contribuinte se credita integralmente

dos valores das compras de matéria-prima, a qual se trata basicamente da compra de animais vivos para abate (bovinos). Ocorre que, de acordo com o art. 8º, § 3º, inc. III da Lei 10925/2004 e art. 8º, § 1º, inc. II da IN SRF 660/2006, esta aquisição de animais vivos para abate, quando adquiridos de pessoas físicas e de pessoas jurídicas que exerçam a atividade agropecuária ou cooperativa de produção agropecuária, geram direito a crédito presumido das contribuições no montante de 35% do valor das alíquotas normais sobre o montante das aquisições, ou seja, 0,5775% para o PIS e 2,66% no caso da Cofins.

Para separar o valor das aquisições de animais vivos para abate que geram crédito presumido de 35% do valor das demais aquisições de produtos e serviços que geram crédito integral das contribuições, elaborei duas planilhas por mês com estes valores, fls. 105/308. Estes valores foram retirados do razão da conta contábil nº 401010100032 intitulada "compra de matéria-prima", fls. 321/519. Assim os valores da planilha intitulada "DEMONSTRATIVO DA AQUISIÇÃO DE MATÉRIAS PRIMAS COM CRÉDITO PRESUMIDO DE PIS E COFINS CORRESPONDENTE A 35%", referem-se a operações de aquisição cujo direito ao crédito presumido é de 35% da alíquota normal.

Constatamos em verificação por amostragem que os lançamentos com histórico que se inicia da seguinte forma: "2000-Compra de Matéria-prima de...." correspondem a compras de animais vivos, em regra de pessoas físicas. Na outra planilha intitulada "DEMONSTRATIVO DAS AQUISIÇÕES DIVERSAS COM CRÉDITO INTEGRAL DE PIS E COFINS" estão demonstrados os valores dos lançamentos que esta fiscalização entendeu que se referem a aquisições de produtos e insumos que geram crédito integral de PIS e COFINS. As duas planilhas acima citadas estão separadas por mês às fls. 105/308. A título de exemplo, as planilhas do mês de janeiro/2008, fls. 105/120, contém o valor das aquisições com direito ao crédito presumido de 35% no total de aquisições de R\$ 9.446.054,15, fl. 111, e um total de aquisições com direito ao crédito integral de PIS e Cofins no valor de R\$ 883.126,87, fl. 120.

Estas divergências foram demonstradas ao contribuinte por meio do Termo de Constatação Fiscal nº 001, de 25/01/2012, fls. 98/101, oportunidade em que foram entregues ao contribuinte todas as planilhas acima citadas.

Em 07/02/2012, fls. 521/523, o contribuinte apresentou resposta ao Termo de Constatação Fiscal nº 001, de 25/01/2012, no qual solicita dilação de prazo de 30 dias para que fosse apurado o motivo das divergências apuradas por esta fiscalização. Afirmou, no que chamou de Segundo Fator, que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, conforme entendimento do STF no Recurso Extraordinário nº 357950. Por fim ao que o contribuinte chamou de Terceiro Fator, afirma que o crédito presumido de PIS e

Cofins corresponde a 60% na aquisição de animais vivos para abate (bovinos), conforme artigo 8º, § 3º, inciso I da Lei 10.925/2004.

Em 10/02/2012, fls. 524/526, foi lavrado o Termo de Constatação Fiscal nº 002, cientificado ao contribuinte nesta mesma data, por meio do qual foram feitas algumas observações quanto à solicitação de prorrogação de prazo e que a análise dos argumentos trazidos pelo contribuinte seriam analisados por ocasião do lançamento tributário.

Em 27/02/2012, fls. 527/528, o contribuinte apresentou a resposta ao Termo de Constatação Fiscal nº 002, reafirmando que, de acordo com os art. 8º e 9º da Lei 10925/2004 que o crédito presumido do PIS/COFINS sobre aquisições de origem animal é de 60%. Que este entendimento está consolidado no mercado e anexa duas matérias extraídas da internet, fls. 529/531, de entidades que representam o setor e citam a aplicação do crédito presumido de 60%.

Analizando as argumentações do contribuinte em relação às planilhas, fls. 309/320, que contém a apuração efetuada por esta fiscalização das diferenças de PIS e Cofins, concluímos que a apuração efetuada nas planilhas estão corretas, pelos seguintes motivos:

Primeiro Fator: o Valor das Receitas Mensais de Vendas no Mercado Interno utilizados na planilha por esta fiscalização estão em consonância com os valores registrados na contabilidade. A título de exemplo: o valor das receitas de vendas de janeiro/2008, que consta na planilha de apuração, fl. 309, soma R\$ 12.280.725,61 que é o valor registrado na contabilidade na conta 311010100001 "Vendas de Produtos" que está no balancete de Janeiro/2008, fl. 858.

Segundo Fator: Dedutibilidade do ICMS sobre vendas da Base de Cálculo do PIS e da Cofins. Na apuração do contribuinte ele efetuou a dedução em todos os meses do ano calendário. Em sua resposta de fls. 521/523, o contribuinte alega que "a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é inconstitucional.... conforme entendimento do STF no Recurso Extraordinário nº 357950". Na verdade o Recurso Extraordinário citado pelo contribuinte trata da discussão da constitucionalidade da ampliação do base de cálculo do PIS e da Cofins efetuada pelo art. 3º da Lei 9718/98. Outros Recursos que estão no STF tratam especificamente da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins. Conforme pesquisa efetuada no site do STF existe a Ação Direta de Constitucionalidade — ADC nº 18 proposta pela Presidência da República, que ainda não foi julgada. Portanto esta fiscalização entende que não existe base legal para exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins não cumulativa prevista na Lei 10833/2003 e do PIS não cumulativo previsto na Lei 10637/2002.

Terceiro Fator: Crédito presumido de PIS e Cofins correspondente a 35% do valor das aquisições de boi vivo. O contribuinte em sua resposta, fl 522, ao Termo de Constatação Fiscal nº 001, afirma que "o enquadramento correto para a

apuração do crédito presumido é o artigo 8º, § 3º, inciso I, da Lei 10925/2004, já que a aquisição é de produtos de origem animal. Portanto, o montante do crédito será determinado mediante aplicação sobre o valor da aquisição da alíquota correspondente a 60% e não 35% que é descrito no inciso III deste mesmo artigo...".

Posteriormente, em resposta, fl. 527, ao Termo de Constatação Fiscal nº 002 ele reafirma este posicionamento e junta duas matérias extraídas da internet, fls. 529/531, de entidades que representam o setor, que citam a aplicação do crédito presumido de 60%.

Quanto a esta afirmação esta fiscalização continua a entender que o crédito presumido na aquisição de animais vivos é o correspondente a 35% sobre o valor das aquisições, conforme dispõe os atos legais abaixo transcritos:

Art. 8º da Lei 10925/2004:

Art. 8º As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do caput do art. 32 das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004) (Vide art. 37 da Lei nº 12.058, de 13 de outubro de 2009) (Vide art. 57 da Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010)

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às aquisições efetuadas de:

I- cerealista que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos in natura de origem vegetal, classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, 12.01 e 18.01, todos da NCM; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 21/11/2005);

II - pessoa jurídica que exerça cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel de leite in natura; e

III - pessoa jurídica que exerça atividade agropecuária e cooperativa de produção agropecuária. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004).

§ 2º O direito ao crédito presumido de que tratam o caput e o § 1º deste artigo só se aplica aos bens adquiridos ou recebidos, no mesmo período de apuração, de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País, observado o disposto no § 4º do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

§ 3º O montante do crédito a que se referem o caput e o § 1º deste artigo será determinado mediante aplicação, sobre o valor das mencionadas aquisições, de alíquota correspondente a:

I - 60% (sessenta por cento) daquela prevista no art. 2º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para os produtos de origem animal classificados nos Capítulos 2 a 4, 16, e nos códigos 15.01 a 15.06, 1516.10, e as misturas ou preparações de gorduras ou de óleos animais dos códigos 15.17 e 15.18; e

II - 50% (cinquenta por cento) daquela prevista no art. 22 das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para a soja e seus derivados

classificados nos Capítulos 12, 15 e 23, todos da TIPI; e (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

III - 35% (trinta e cinco por cento) daquela prevista no art. 22 das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para os demais produtos.

(Renumerado pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

.... supressões nossas.

Em resumo o artigo prevê que as pessoas jurídicas que produzem mercadorias de origem animal, destinadas à alimentação humana ou animal, caso da fiscalizada, podem se apropriar de crédito presumido nas aquisições efetuadas de pessoas físicas e também de pessoas jurídicas que exerçam atividades agropecuária e cooperativas de produção agropecuária. Já o § 3º determina o montante do crédito presumido em três situações: 60%, 50% e 35%.

Conforme inciso I do § 3º, acima transcrito, o crédito presumido de 60% serão concedidos para as aquisições de produtos de origem animal classificados nos capítulos 2 a 4 (resumindo aos capítulos que interessa à presente discussão) da NBM. Conforme NBM, fls. 1085/1098, o capítulo 2 refere-se a carnes e miudezas, comestíveis, o capítulo 3 refere-se a Peixes e Crustáceos e o capítulo 4 refere-se a Leites e Laticínios (entre outros).

O inciso II do § 3º é relativo ao crédito presumido de 50% nas aquisições de soja e seus derivados, o que não é o caso do contribuinte.

O inciso III do § 3º estabelece o crédito presumido de 35% sobre as aquisições dos demais produtos.

O contribuinte adquire animais vivos da espécie bovina, conforme ele mesmo escreveu em sua resposta à fl. 522.

Conforme NBM, fl. 1085, animais vivos do tipo bovino está no

capítulo 1 da NBM e portanto sua aquisição gera crédito presumido na ordem de 35%, conforme interpretação literal do art. 8º da Lei 10.925/2004, acima transcrita.

Desta forma esta fiscalização procede ao presente lançamento de ofício para exigência das diferenças apuradas de PIS e Cofins, cujos valores calculados estão demonstrados na planilha de fls. 309/320.

ESCLARECIMENTO QUANTO A PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS NO PRESENTE LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Toda a ação fiscal transcorreu amparada no Mandado de Procedimento Fiscal nº 0120100.2010-01801-0 com o CNPJ 04.603.630/0001-01 que era o estabelecimento centralizador (matriz) do contribuinte, cujo endereço era à Rua Capitão João de Godoy, 39, Vila Cruzeiro, São Paulo-SP. Ocorre que, por meio do Processo Administrativo nº 10120.722219/2012-01, o Chefe do Serviço de Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal em Goiânia-GO – Secat/DRF/GOI, atendendo representação desta fiscalização transferiu o estabelecimento centralizador da empresa para o CNPJ 04.603.630/0008-88, com endereço à Rua dos Missionários, nº 643, Qd. 31, Lt. 22, Sala 06, Bairro Rodoviário, Goiânia-GO. Para ilustrar estão anexadas cópia da Representação, fls. 1099/1101, do Despacho -Secat/DRFGOI, de 03/04/2012, fls. 1102/1103 e Despachos corretivos, fls. 1104/1105.

Tendo em vista a mudança do CNPJ do estabelecimento centralizador para o número 04.603.630/0008-88, houve necessidade de abertura do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0120100.2012-00420-3 com o único objetivo de que o presente lançamento fosse efetuado no atual estabelecimento centralizador.”

Reconhecendo expressamente que as impugnações oportunamente apresentadas atendiam aos requisitos de admissibilidade, a r. decisão de fls. 1155/1164 da 2ª Turma da DRJ de Brasília - DF houve por bem “julgar procedente” a impugnação aos lançamentos originais de COFINS e PIS NÃO CUMULATIVOS, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

REGIME NÃO-CUMULATIVO. ICMS. EXCLUSÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Consoante disposto na Lei nº 10.637, de 2002, não há previsão legal para excluir da base de cálculo da contribuição social o ICMS incidente sobre a operação, o qual integra o preço de venda, salvo quando o tributo é cobrado sob a forma de substituição tributária.

Os balancetes mensais consolidam os saldos das contas escrituradas nos livros Diário e/ou Razão, e uma vez elaborados devem ser mantidos em boa guarda e ordem como qualquer demonstrativo contábil, e servem como prova para determinar a ocorrência de um fato econômico, consoante dispõe o art. 923 do RIR/99.

CRÉDITO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. AQUISIÇÕES DE BOI VIVO. PERCENTUAL APLICÁVEL.

As aquisições de boi vivo conferem o direito de aproveitamento de crédito presumido, para as pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, mediante aplicação do percentual de 35% sobre as referidas compras, inteligência da norma prevista no inciso III, § 3º do art. 8º da Lei nº 10.925, de 2004.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

REGIME NÃO-CUMULATIVO. ICMS. EXCLUSÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Consoante disposto na Lei nº 10.833, de 2003, não há previsão legal para excluir da base de cálculo da contribuição social o ICMS incidente sobre a operação, o qual integra o preço de venda, salvo quando o tributo é cobrado sob a forma de substituição tributária.

PROVA. ESCRITURAÇÃO. BALANCETES MENSAIS.

Os balancetes mensais consolidam os saldos das contas escrituradas nos livros Diário e/ou Razão, e uma vez elaborados devem ser mantidos em boa guarda e ordem como qualquer demonstrativo contábil, e servem como prova para determinar a ocorrência de um fato econômico, consoante dispõe o art. 923 do RIR/99.

CRÉDITO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. AQUISIÇÕES DE BOI VIVO. PERCENTUAL APLICÁVEL.

As aquisições de boi vivo conferem o direito de aproveitamento de crédito presumido, para as pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00,

1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, mediante aplicação do percentual de 35% sobre as referidas compras, inteligência da norma prevista no inciso III, § 3º do art. 8º da Lei nº 10.925, de 2004.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido”

Nas razões de Recurso Voluntário (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico) oportunamente apresentado, a ora Recorrente sustenta a insubsistência da r. decisão e dos lançamentos por ela mantidos, tendo em vista: a) que as Diferenças de Valores da Receita de Vendas no Mercado Interno, o feito fiscal teria desconsiderado os valores informados nos DACTON e DCTF, vez que os balancetes elaborados pela empresa seriam para conferências, e não representam os reais números da movimentação econômica em um determinado período e a Fiscalização deveria ter examinado a contabilidade da impugnante, e não apenas os balancetes, para verificar se efetivamente ocorreu a diferença entre os valores escriturados e os DACTON e DCTF, donde as diferenças lançadas pelo Fisco foram apuradas a partir de documentos imprestáveis (balancetes), razão pela qual devem ser afastadas b) que as Exclusões de Valores de ICMS da Base de Cálculo do PIS e da Cofins seria matéria em exame no STF, Recurso Especial 240.785, no qual já seriam seis votos favoráveis à inconstitucionalidade da inclusão do valor de ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, razão pela qual o ICMS não deveria não deve ser incluído na base de cálculo das contribuições sociais em comento porque o valor do ICMS não é abrangido pelo conceito de faturamento, pois nenhum agente econômico fatura o imposto, mas apenas as mercadorias ou serviços para a venda; c) quanto aos Créditos Integrais dos Valores Das Compras de Matéria Prima, no caso concreto, o enquadramento correto para a apuração do crédito presumido seria o do artigo 8º, § 3º, inciso I da Lei nº 10.925, de 2004, que dispõe o percentual de 60% aplicável sobre as aquisições analisadas pela Fiscalização, sendo que a IN SRF 660, de 2006, determinaria que os créditos presumidos de 60% aplicam-se aos insumos de origem animal classificados nos capítulos 2 a 4 da NBM, onde está incluída a carne bovina, tal como já proclamado pelo CARF, nas decisões que cita.

Submetido o processo a julgamento, através da 3402-000.556 (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico), em seção de 23/07/13 a C. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF, por unanimidade de votos acolheu meu voto que, com fundamento no art. 62-A, § 2º, do RICARF e Portaria CARF nº 01/2012, houve por bem sobrestar o julgamento até que o STF decida sobre a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS Faturamento e Cofins.

Em face da revogação do art. 62-A, § 2º, do RICARF, o processo me foi redistribuído para relatório, que dou por encerrado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e, no mérito merece parcial provimento.

No que toca à glosa da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do Pis e da COFINS, a r. decisão recorrida merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos por se conformar com a Jurisprudência do E. STJ, pois como acertadamente ressaltou, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou, no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/06, Rel. Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 29/05/06 p. 169)

Finalmente releva notar que no caso excogitado (pretensão de exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo “os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello). (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ vol. 188/237)

No que toca à alíquota utilizada para o cálculo do crédito presumido (art. 8º da Lei nº 10.925/04) deferido às agroindústrias (inclusive cooperativas) que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, destinadas à alimentação humana ou animal, e incidente sobre os insumos adquiridos por estas pessoas jurídicas, merece reforma a r. decisão recorrida eis que a jurisprudência administrativa já assentou que embora tendo como base de cálculo o valor dos insumos adquiridos, o referido crédito presumido é determinado com base no redutor da alíquota incidente sobre a mercadoria produzida ou comercializada pelas

referidas agroindústrias, conforme se trate de produtos de origem animal ou vegetal, como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005

(...)

CRÉDITO-PRESUMIDO DA AGROINDÚSTRIA. ALÍQUOTAS

O cálculo do crédito-presumido da Cofins não-cumulativa para a agroindústria deve ser calculado à alíquota de 4,56 % ou 2,66 %, dependendo da mercadoria produzida e comercializada.

(...)

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE” (CF. Acórdão nº 3301-00.979 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção do CARF, Proc. nº 10909.001524/2005-61, em sessão de 07/07/11, Rel. Cons. José Adão Vitorino de Moraes)

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005

(...)

CRÉDITO-PRESUMIDO DA AGROINDÚSTRIA. ALÍQUOTAS

O cálculo do crédito-presumido da Cofins não-cumulativa para a agroindústria deve ser calculado à alíquota de 4,56 % ou 2,66 %, dependendo da mercadoria produzida e comercializada.

(...)

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE” (cf. Acórdão nº 3301-00.978 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção do CARF, Proc. nº 10909.001635/2005-77, em sessão de 07/07/11, Rel. Cons. José Adão Vitorino de Moraes)

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

(...)

CRÉDITO-PRESUMIDO DA AGROINDÚSTRIA. ALÍQUOTAS

O cálculo do crédito-presumido do PIS para a agro indústria deve ser calculado à alíquota de 0,99 % ou 0,58 %, dependendo da mercadoria produzida e comercializada.

(...)

RECURSOS VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE” (cf. Acórdão nº 3301-00.976 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª

Seção do CARF, Proc. nº 10909.000104/2005-67, em sessão de 07/07/11, Rel. Cons. José Adão Vitorino de Moraes)

Relativamente às demais glosas, a r. decisão merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, que por amor à brevidade adoto como razões de decidir, considerando que tanto na fase instrutória, como na fase recursal, a ora a Recorrente não apresentou nenhuma evidencia concreta e suficiente para descaracterizar a autuação.

Isto posto, meu voto é no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso, apenas para assegurar crédito presumido do artigo 8º, § 3º, inciso I da Lei nº 10.925, de 2004, ao percentual de 60% aplicável sobre as aquisições excogitadas, mantida nos mais a r. decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 201416 de setembro de 2014

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA