



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.722401/2010-65
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.292 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 03 de dezembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITATICO COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. PRECEDENTE CUJA PREMISSE CONTRARIA JULGADO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

Não há divergência jurisprudencial entre julgados que, muito embora discutindo a mesma lei, tenham tratado de contextos jurídicos diferentes, sendo um anterior e outro posterior à declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF, em sede de repercussão geral (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Vencida a Conselheira Viviane Vidal Wagner, que conheceu do recurso. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando

Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão 1402-00.957, proferido na sessão de 10/04/2012, assim ementado e decidido:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Consideram-se não impugnadas as matérias que não tenham sido expressamente contestadas, consolidando-se administrativamente o correspondente crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. COMPETÊNCIA.

Reputa-se válido o auto de infração quando constatada a inexistência de norma legal dispoendo sobre a necessidade de autorização superior para arbitramento do lucro.

AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Reputa-se válido o auto de infração que contém todos os requisitos formais exigidos pela legislação processual, os quais incluem a completa descrição dos fatos, de modo a permitir que o sujeito passivo, na impugnação, exerça o direito ao contraditório e à ampla defesa.

LUCRO PRESUMIDO. DESCONTOS E BONIFICAÇÕES.

Os descontos financeiros e as bonificações recebidas, quando obtidos de forma condicional e contabilizados em contas de resultado, constituem receitas tributáveis, sendo devida sua adição à base de cálculo na determinação do lucro presumido.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro da pessoa jurídica deve ser arbitrado quando o contribuinte, regularmente intimado, deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos em conformidade com as normas de escrituração comercial e fiscal, sendo válida a utilização das informações constantes dos Demonstrativos Financeiros de Vendas Mensais para obtenção dos valores da receita bruta conhecida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP e CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 2002

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFEITOS. RECEITAS FINANCEIRAS.

No julgamento dos REs 346.0846, 358.273, 357.950 e 390.8405, o Plenário do STF declarou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS introduzida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Ao fazê-lo, o STF impediu a incidência destas contribuições sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC 70/1991. Assim, à luz do disposto no inciso I do art. 62 do Regimento Interno do CARF, deve ser afastada a exigência de PIS e COFINS incidentes sobre receitas financeiras.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

A prática reiterada de apresentar ao fisco federal declarações inverídicas, que ocultam o efetivo valor da obrigação tributária principal, constitui fato que evidencia sonegação e implica qualificação da multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA 2.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão integrante da estrutura administrativa da União, não é competente para enfrentar argüições acerca de inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA TAXA SELIC SÚMULA Nº 4 DO CARF. Conforme súmula nº 4 do CARF, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE. Aplica-se o decidido em relação ao tributo principal ao lançamento da CSLL, PIS e COFINS, em razão da estreita relação de causa e efeito.

Recurso de Voluntário provido parcialmente.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 2ª turma ordinária da primeira SEÇÃO DE JULGAMENTO, Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins os descontos obtidos e as bonificações, referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007 nos valores de R\$ 820.206,14; R\$ 78.945,38 e R\$ 55.722,99; respectivamente. O Conselheiro Antonio José Praga de Souza votou pelas conclusões.

A Fazenda Nacional pretende discutir a incidência do PIS e da COFINS sobre bonificações no recebimento de mercadorias. Sustenta a premissa de que tais valores se caracterizam como receita, buscando demonstrar que, mesmo depois das decisões plenárias do STF, as receitas em questão podem ser consideradas receitas operacionais insertas no conceito de faturamento adotado pela jurisprudência daquela Corte.

Neste sentido, aponta divergência com relação ao acórdão 203-12.371, de 16/08/2007, prolatado pela Terceira Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes, assim ementado:

Acórdão paradigma 203-12.371

PIS/FATURAMENTO. OUTRAS RECEITAS. BONIFICAÇÕES RECEBIDAS EM MERCADORIA. LEI Nº 9.718/98. TRIBUTAÇÃO.

Nos termos da Lei nº 9.718/98, a receita bruta, base de cálculo da COFINS, inclui as bonificações recebidas em mercadorias.

Recurso negado.

Em 11 de março de 2014, o Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção deu seguimento ao recurso especial, observando:

(...)

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.

A divergência é patente: no acórdão recorrido entendeu-se que as bonificações recebidas em mercadorias têm caráter de receita financeira, razão pela qual decidiu pela dedutibilidade desses valores das bases de cálculo do PIS e da COFINS, com fundamento em decisão do STF. Por seu turno, no paradigma colacionado, a decisão foi no sentido de considerar essas bonificações como integrantes das bases de cálculo dessas contribuições, por configurarem faturamento da sociedade empresarial, nos termos da LC nº 70/91.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização das divergências de interpretação suscitada.

(...)

O sujeito passivo foi cientificado (fl. 876) e não apresentou recurso especial nem contrarrazões.

Autuação fiscal e decisão do acórdão recorrido

Trata-se de lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativos ao período de janeiro de 2007 a março de 2010, acrescidos de multa de 150%, assim resumido pelo relatório do acórdão recorrido:

(...)

a) Em relação ao primeiro trimestre de 2007, em que houve opção pelo lucro presumido e foram entregues os livros correspondentes, foi efetuado lançamento com base: (i) nas receitas da atividade lançadas na conta de venda de mercadorias (4.1.1.01.000018), conforme valores retirados do livro Razão da empresa; (ii) nas receitas de descontos obtidos, bonificações recebidas e “outras receitas”, constantes das contas 4.1.1.03.000030, 4.1.1.04.000022 e 4.1.1.04.000046, respectivamente, conforme valores retirados do livro Razão da empresa.

b) Quanto ao período de abril de 2007 a março de 2010, em que não houve apresentação dos livros obrigatórios, foi efetuado o arbitramento do lucro, conforme dispõe o art. 47, III, da Lei nº 8.981/95, com base na receita bruta conhecida, ou seja, no valor do faturamento líquido mensal especificado nos Demonstrativos Financeiros de Vendas Mensais que foram disponibilizados pela própria contribuinte.

(...)

O voto condutor do acórdão recorrido observou, ademais, que o recurso voluntário, assim como a impugnação interposta pelo contribuinte, foi parcial, não tendo sido apresentada qualquer contestação expressa à infração relativa às receitas da atividade, bem como, quanto à infração relativa aos demais resultados, tendo se limitado a contestar o acréscimo dos valores de descontos e bonificações, não fazendo referência aos montantes computados na conta 4.1.1.04.000046 – outras receitas.

A decisão do acórdão recorrido foi proferida sob tal premissa, que foi também considerada para efeito de cobrança dos valores incontroversos nos termos da Informação Fiscal de fls. 851-856.

Quanto à parte que foi objeto de recurso especial, o acórdão recorrido assim decidiu (grifamos):

(...)

Vale notar que a Recorrente, por apurar o IRPJ com base no lucro presumido, esteve sujeita à incidência cumulativa das duas contribuições no ano-calendário de 2007 e, por apurar o IRPJ com base no lucro real, esteve sujeita à incidência não-cumulativa de PIS e COFINS nos anos-calendários de 2008 a 2010.

Nesse contexto, as receitas financeiras devem ser excluídas da base de cálculo do PIS e da COFINS no lançamento referente ao ano-calendário de 2007.

No tocante aos demais anos-calendários nos quais a Recorrente apurou PIS e COFINS no regime não-cumulativo, da mesma forma, não prosperam os lançamentos.

As bases de cálculo de PIS e COFINS nos regimes não-cumulativos, calculados sobre a receita ou faturamento (base de cálculo alargada pela EC nº. 20/98), passaram a ter respaldo constitucional com o advento das Leis nº. 10.637/02 e 10.833/03, aplicáveis a partir de 01/02/2004.

No entanto, em 09/05/05 o Decreto nº. 5.442, reduziu a zero a alíquota do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa das duas contribuições.

Esse dispositivo também é aplicável às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de incidência não-cumulativa das contribuições.

Portanto, devem ser afastadas as exigências de PIS e COFINS incidentes sobre receitas financeiras, relacionadas aos lançamentos dos anos-calendário 2007 a 2010.

(...)

Posto isso, voto pelo provimento parcial do recurso voluntário, de modo a excluir as bonificações, descontos obtidos e outras receitas da base de cálculo do PIS e da COFINS dos meses de janeiro, fevereiro de março de 2007, nos valores de R\$ 820.206,14; R\$ 78.945,38 e R\$ 55.722,99; respectivamente, mantendo-se integralmente os lançamentos de IRPJ e CSLL.

Assim, esclarece-se que o recurso especial versa exclusivamente sobre a exclusão das receitas de bonificações e descontos obtidos da base de cálculo do PIS e da COFINS dos meses de janeiro, fevereiro de março de 2007, para os quais o lançamento foi efetuado com base no regime de lucro presumido.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso especial é tempestivo e, não obstante sua admissibilidade não tenha sido questionada pela parte recorrida, passo a examiná-la.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo destaque o requisito de que o julgado mencionado como paradigma não contrarie decisão definitiva dos tribunais superiores proferidas em sede de repercussão geral ou recursos repetitivos, veja-se (grifamos):

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

(...)

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

(...)

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C 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; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

O caso examinado pelo paradigma 203-12.371 tratou de lançamento de PIS e COFINS no regime cumulativo, tendo o voto vencedor decidido que as bonificações recebidas em mercadorias integram a base de cálculo do PIS/Faturamento, quando levado em conta a definição de receita bruta estabelecida pela redação *original* do artigo 3º da Lei 9.718/98.

Referido voto vencedor parte da premissa de que não poderia considerar inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, eis que a decisão proferida pelo STF ainda não possuía efeitos erga omnes. Destaco referido trecho do voto (grifamos):

(...)

Sublinho não poder considerar, nesta oportunidade, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarada pelo STF por ocasião dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nos 357.950, 358.273 e 390.840 (relator, para estes três publicados no DJ de 15/08/2006, p. 25, o Min. Marco Aurélio) e 346.084 (relator para este último, publicado em 01 /09/2 006, o Min. limar Gaivão).

Como tal inconstitucionalidade foi declarada na via incidental, cujos efeitos são inter partes até que sobrevenha Resolução do Senado Federal ou até que ato do Presidente da República, do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional estenda os efeitos da decisão do STF proferida em caso concreto, conforme autorizado pelos arts. 1º, § 3º, e 4º do Decreto nº 2.346/97, descabe a este órgão julgado administrativo considerar tal inconstitucionalidade.

(...)

Tal voto – vale repetir: partindo da premissa de que o §1º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 era constitucional -- afirma que “A Lei nº 9.718/98 promoveu um alargamento na base de cálculo da Cotins e do PIS , que passou a abranger, além das receitas provenientes da venda de mercadorias e das prestações de serviços em geral, também as demais receitas, dentre estas as bonificações em mercadoria em foco.” (grifamos) E prossegue: “As bonificações, na forma como recebidas pela recorrente, são doações “ofertadas” pelos fornecedores. Por isto a inclusão na base de cálculo da Cofins, após a Lei nº 9.718/98. Claramente, se constituem em doações recebidas pela recorrente.” (grifamos).

Ocorre que em 2008 o STF julgou, em sede de repercussão geral, o RE 585.235, firmando a tese “É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS prevista no art. 3º, §1º, da Lei 9.718/98.” (Tema 110 - <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2614431&numeroProcesso=585235&classeProcesso=RE&numeroTema=110#>)

Considerando que a premissa de que partiu o precedente indicado para demonstração da divergência jurisprudencial não mais pode ser adotada, compreendo que não pode o acórdão em questão servir de paradigma por força do § 12, II, do artigo 67 do Anexo II do RICARF/2015.

Subsidiariamente, noto também que não é possível saber o que a Turma que julgou o paradigma diria caso a premissa da qual ele devesse partir fosse a de que o alargamento na base de cálculo do PIS e da COFINS é inconstitucional. Isso porque, muito embora discutam a **mesma lei**, os julgados partem de **contextos jurídicos diferentes**, daí não ser possível afirmar que há genuína demonstração de divergência jurisprudencial, requisito de admissibilidade de recurso especial previsto no *caput* do artigo 67 do Anexo II do RICARF/2015.

Em seu recurso especial, datado de 2012, a Fazenda Nacional alega que “a questão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS foi debatida em ambos os casos, mas somente o acórdão recorrido entendeu que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF teria influência no deslinde da controvérsia.” A afirmação é

verdadeira, mas não porque os julgados representem genuína divergência, e sim porque, por um lado, o paradigma estava vinculado a seguir a premissa de que o dispositivo era constitucional, enquanto o recorrido deveria, necessariamente, considerar a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo dessas contribuições.

Resta claro, daí, que o debate em cada um dos julgados envolveu contextos jurídicos diversos, o que também impede a comparabilidade entre eles para fins de caracterização da divergência jurisprudencial.

Ante o exposto, orientei meu voto para não conhecer do recurso especial, tendo sugerido a seguinte ementa para o presente julgado:

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. PRECEDENTE CUJA PREMISSE CONTRARIA JULGADO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE.

Para fins de admissibilidade de recurso especial, não serve como paradigma acórdão que contrarie decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B do CPC/73, nos termos do § 12, II, do artigo 67 do Anexo II do RICARF/2015.

Se o acórdão indicado para demonstração da divergência jurisprudencial parte de premissa que não mais pode ser adotada, por ter sido declarada inconstitucional pelo STF com repercussão geral, o precedente não pode ser admitido como paradigma.

Em observância ao artigo 63, § 8º do Anexo II ao Regimento Interno deste CARF, observo que, colocada a questão em julgamento, **a maioria da Turma acompanhou esta Relatora pelas conclusões**, tendo prevalecido o entendimento de que não seria caso de aplicação do § 12, II, do artigo 67 do Anexo II do RICARF/2015.

Isso porque, no entender da maioria da Turma, tal dispositivo seria aplicável apenas para a fase de exame de admissibilidade efetuada pelo Presidente de Câmara, e não no exame por esta CSRF (tese não esposada por esta Relatora, conforme exposto no voto condutor do acórdão do 9101-004.791, de fevereiro de 2020).

Dessa forma, prevaleceu o argumento subsidiário do presente voto, acerca da inexistência de divergência jurisprudencial, o qual foi refletido na ementa do presente julgado por determinação regimental.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

