



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10314.720146/2019-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-012.661 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de dezembro de 2021
Recorrente GLOBAL AR COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

Período de apuração: 31/01/2016 a 31/12/2016

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

O montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição é o valor (mensal do ICMS a recolher, conforme Solução de Consulta Interna nº13 Cosit, de 18 de outubro de 2018, interpretando entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, devendo ser excluídos da autuação o valor atinente ao ICMS destacado.

(assinado digitalmente)

Vinicius Guimarães - Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Denise Madalena Green, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Raphael Madeira Abad, Walker Araujo, Vinicius Guimaraes (Presidente em Exercício), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausentes a conselheira Larissa Nunes Girard, o conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, substituído pelo conselheiro Vinicius Guimaraes.

Relatório

CONTRIBUIÇÃO	5477	10.070.235,74
JUROS DE MORA (Calculados até 04/2019)		2.582.229,84
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		7.552.676,76
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		20.205.142,34
CONTRIBUIÇÃO	6656	2.186.189,75
JUROS DE MORA (Calculados até 04/2019)		560.584,04
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		1.639.642,28
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		4.386.416,07

Aproveita-se o Relatório do Acórdão de Impugnação.

Trata o presente processo de autos de infração lavrados contra a contribuinte acima identificada, que pretendem a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep relativas aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 2016.

No Termo de Verificação Fiscal, após descrever os procedimentos adotados durante a fiscalização, o autuante informa, em síntese, que:

Foi verificado que os valores declarados como devidos a título de PIS/Pasep e Cofins na Escrituração Fiscal Digital - Contribuições (EFD-C) não estavam declarados nas respectivas DCTF;

Intimada a justificar esse fato, a contribuinte apresentou à Fiscalização cópia de decisão liminar no Mandado de Segurança nº 5007475-03.2018.4.03.6100, da 10ª Vara Cível Federal de São Paulo, reconhecendo-lhe o direito à não inclusão do valor do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins;

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo das referidas contribuições, a RFB determinou que devem ser observados os procedimentos contidos na Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, de 18 de outubro de 2018, segundo a qual o montante a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574/706/PR pelo Supremo Tribunal Federal;

Foi, então, efetuada a composição das bases de cálculo do lançamento de ofício, acatando-se a determinação judicial e observando-se a orientação contida na Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, de 2018, excluindo o valor do ICMS a recolher correspondente aos valores devidos no ano calendário de 2016;

A partir dos dados constantes da EFD-C, foram apurados os valores dos créditos de PIS/Pasep e da Cofins que a contribuinte alegou ter direito, os quais estão demonstrados nas planilhas identificadas como “MAD Completo - Créditos de Cofins” e “MAD Completo - Créditos de Pis”, as quais constam do Anexo 1;

Desta forma, apuraram-se valores devidos a título de PIS/Pasep e de Cofins, os quais foram objeto de lançamento de ofício, uma vez que não consta qualquer valor nas DCTF ativas antes do início da Fiscalização.

Cientificada dos autos de infração, a contribuinte apresenta impugnação com as seguintes razões de defesa, em síntese:

A Fiscalização entendeu por instaurar procedimento fiscal somente contra a impugnante, sem elencar qualquer motivo para tanto, nem apontar qualquer situação que demonstrasse indício de fraude ou irregularidade, violando o princípio da motivação, citando julgados do CARF que corroborariam seus argumentos;

Pelo fato de a fiscalização ter sido feita por amostragem, não foram observados diversos créditos aproveitados pela impugnante, os quais possuem fundamento legal, nos termos das Leis nº 10.833, de 2003, e nº 10.865, de 2004;

Acosta à impugnação, por amostragem, a comprovação da legalidade dos créditos aproveitados, os quais foram deduzidos dos valores devidos a título de PIS/Pasep e Cofins, estando a íntegra da documentação à disposição da Fiscalização em sua sede;

Seja sob a égide das Leis Complementares nº 7, de 1970, e nº 70, de 1991, da Lei nº 9.718, de 1998, ou das Leis nº 10.637, de 2002, nº 10.833, de 2003, e nº 12.973, de 2014, os contribuintes sempre foram compelidos pelo Fisco a incluírem na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins as parcelas de ICMS, sob o fundamento de que tais valores compunham o faturamento/receita bruta das empresas;

Contudo, tal procedimento viola frontalmente o disposto no art. 195, I, “b”, da CF/88, na medida em que, nos termos do art. 110 do CTN, o conceito de faturamento/receita eleito constitucionalmente como base de incidência do PIS/Pasep e da Cofins não corresponde ao “total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”, e sim àquela receita que acresce ao patrimônio da pessoa que a recebe, decorrente da atividade por ela exercida;

O posicionamento do Fisco, bem como das Leis em comento, viola o princípio da estrita legalidade insculpido no artigo 150, inciso I, da CF/88 e artigo 97 do CTN;

Nos autos do Mandado de Segurança nº 5007475-03.2018.403.6100, impetrado pela autuada, foi proferida sentença reconhecendo o direito da empresa de excluir o ICMS das bases de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, bem como compensar esse crédito nos últimos cinco anos que antecederam a ação, conforme comprova documento em anexo;

Em que pese a Fiscalização ter reconhecido o direito à utilização desse crédito, não considerou os valores do ICMS destacados das NF - eis que somente o ICMS a recolher, de acordo com a Fiscalização, foi considerado;

No entanto, a maior parte desses créditos se encontra destacada, e, portanto, não foi apreciada pela Fiscalização;

No que diz respeito ao ônus da prova quanto aos fatos informados pela contribuinte, cabe à autoridade administrativa demonstrar que as informações prestadas não correspondem à realidade fática, em face da existência de presunção legal a favor da contribuinte;

É evidente que o ônus da prova da inveracidade cabe à autoridade administrativa, exceto nos casos em que a lei tenha instaurado presunções a favor do Fisco, que não é o presente caso, e as jurisprudências administrativa e judicial não aceitam presunção como forma de atuação;

É indevida qualquer presunção de fraude e/ou dolo, pois depende de provas, que não cabem ao contribuinte, a quem também não incube a obrigação de fazer prova negativa;

A Fiscalização não trouxe qualquer prova, muito menos cabal, de que a autuada tenha praticado fraude e/ou dolo, de modo que tais condutas não podem ser consideradas somente por ilações desprovidas de qualquer conteúdo probatório, cujo ônus a Fiscalização não se desincumbiu;

A impugnante alega o caráter confiscatório da “multa qualificada” constituída no auto de infração, pois a Fiscalização entendeu pela aplicação do percentual de 75% previsto no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, todavia a autuada não praticou qualquer ato que justificasse a multa em tal percentual, tampouco praticou quaisquer condutas fraudulentas, simuladas e/ou dolosas;

A exigência da multa no presente caso é arbitrária, incorrendo em verdadeiro locupletamento ilícito do Fisco, o que causa repulsa em nosso ordenamento jurídico, nos termos do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal;

A intenção do legislador constituinte ao vedar o emprego do confisco tributário é impedir que os entes políticos viessem a impor a cobrança de tributos ou penalidades

(multas) com nítido propósito de confiscar a propriedade privada (art. 5º, XXII e XXIII), conforme posicionamento doutrinário e jurisprudencial que transcreve;

Contudo, não é incomum deparar-se com casos em que a administração tributária federal aplica multas fiscais na forma agravada sem amparo legal, como ocorreu no presente

caso, isso porque é indispensável a comprovação de dolo e consumação das hipóteses previstas nos arts. 71, 72, 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, cuja prova a Fiscalização não se desincumbiu;

Ainda quanto ao caráter confiscatório da multa, embora o texto constitucional mencione apenas “tributos”, a orientação acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere leitura extensiva ao artigo 150, inciso IV, da Constituição, a fim de aplicá-lo também às multas;

No presente caso, a multa cobrada - que chega próximo a dez milhões de reais - é imoral, nitidamente desproporcional à infração cometida e fere a capacidade de pagamento da impugnante, de modo que deve ser cancelada, considerando-se inconstitucional a lei que fixa o seu valor, por desrespeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;

De acordo com o voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro do STF Joaquim Barbosa nos autos do Recurso Extraordinário nº 640.452, foi reconhecida a Repercussão Geral perante a Suprema Corte (Tema 487) da discussão sobre o caráter confiscatório, desproporcional e irracional de multa em percentual variável entre 40% e 5%;

Considerando-se a manifesta nulidade do auto de infração, haja vista a infração a diversos princípios e direitos constitucionais, requer que seja reconhecida a sua insubsistência e determinada, por via de consequência, a sua nulidade, com o respectivo arquivamento;

Alternativamente, o que se admite somente por argumentação, requer que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente, determinando-se o seu arquivamento;

Caso também assim não se entenda, a multa qualificada no percentual de 75% não deve prevalecer, por ser manifestamente abusiva, confiscatória e desprovida de qualquer razoabilidade, ferindo, dentre inúmeros princípios, os da legalidade, razoabilidade e da capacidade contributiva, ainda mais ante a inexistência de prova de dolo ou fraude;

A manutenção da aplicação dessa multa é o mesmo que decretar a falência da empresa, devendo-se determinar a revisão de toda a autuação impugnada e efetuar, se for o caso, novo lançamento.

É o relatório.

Em 24 de julho de 2019, através do Acórdão nº 15-47.284, a 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Salvador/BA, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade, considerou improcedente a impugnação e manteve integralmente o crédito tributário lançado de ofício.

A empresa foi intimada do Acórdão, por via eletrônica, em 05 de agosto de 2019, às e-folhas 385.

A empresa ingressou com Recurso Voluntário, em 02 de setembro de 2019, e-folhas 387, de e-folhas 389 à 429.

Foi alegado:

- Da nulidade do auto de infração: ausência de motivação;
- Da necessidade de reforma do acórdão recorrido;

- Da necessidade da consideração dos créditos aproveitados pela recorrente;
- Da necessidade do abatimento do crédito reconhecido por decisão judicial;
- Da necessidade de diligência;
- Da inexistência de prova de fraude e/ou dolo;
- O caráter confiscatório da multa qualificada constituída no auto de infração;
- A sujeição das penalidades à vedação ao confisco;
- Da inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada: tema de repercussão geral 487 perante a suprema corte.

- DO PEDIDO

De início, pleiteia a Recorrente seja recebido, processado e julgado o presente recurso, a fim de que seja dado provimento para reconhecer a insubsistência do Auto de Infração, referente ao MPF nº. 0816500.2018.00888, que deu origem ao Processo Administrativo Fiscal nº 10314-720.146/2019-11, determinando-se, por via de consequência, sua nulidade, com seu respectivo ARQUIVAMENTO, EM VIRTUDE DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.

De toda sorte, ainda que nenhum desses seja o entendimento deste I. Conselho, à vista do exposto, entendendo estar suficientemente demonstrado o direito da Recorrente, considerando a legalidade da utilização de todos os CRÉDITOS ORIUNDOS DA EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, inexistindo, assim, qualquer insuficiência de recolhimento a esse título, requer-se que Vossa Senhoria se digne a julgar totalmente procedente o presente recurso, determinando, assim, a anulação do o Auto de Infração, referente ao MPF nº 0816500.2018.00888, que deu origem ao Processo Administrativo Fiscal nº. 10314-720.146/2019-11, determinando-se seu respectivo arquivamento.

Alternativamente, contudo, caso não seja esse o entendimento de Vossas Senhorias, o que se admite somente a título de argumentação, requerer a Recorrente que Vossas Senhorias se dignem a converter o julgamento em DILIGÊNCIA A FIM DE POSSIBILITAR A RECORRENTE A ENTREGA FÍSICA DE TODAS AS NOTAS Fiscais que deram origem ao crédito de ICMS por ela utilizado em razão do PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE E, ASSIM, AVERIGUAR, EM ATO CONTÍNUO, A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DÉBITO.

Admitindo, ainda que não seja nenhum desses o entendimento deste E. Conselho — o que se admite somente a título de argumentação — requer-se que o PRESENTE RECURSO RECEBIDO E PROVIDO PARA QUE SEJA REVISTA A PORCENTAGEM DA MULTA APLICADA AOO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10314-720.146/2019-11, determinando-se, por via de consequência, a aplicação dessa multa em percentual igual ou inferior a 05% (cinco por cento), tudo isso para atender os princípios constitucionais, e, assim, DETERMINAR SEJAM RECALCULADOS OS VALORES impingidos indevidamente à Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Lima Abud

Da admissibilidade.

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

A empresa foi intimada do Acórdão, por via eletrônica, em 05 de agosto de 2019, às e-folhas 385.

A empresa ingressou com Recurso Voluntário, em 02 de setembro de 2019, e-folhas 387.

O Recurso Voluntário é tempestivo.

Da Controvérsia.

Foram alegados os seguintes pontos no Recurso Voluntário:

- Da nulidade do auto de infração: ausência de motivação;
- Da necessidade de reforma do acórdão recorrido;
- Da necessidade da consideração dos créditos aproveitados pela recorrente;
- Da necessidade do abatimento do crédito reconhecido por decisão judicial;
- Da necessidade de diligência;
- Da inexistência de prova de fraude e/ou dolo;
- O caráter confiscatório da multa qualificada constituída no auto de infração;
- A sujeição das penalidades à vedação ao confisco;
- Da inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada: tema de repercussão geral 487 perante a suprema corte.

Passa-se à análise.

O presente procedimento fiscal teve início em 16/10/2018, tendo sido a Fiscalizada intimada a apresentar:

- Cópia do Contrato Social (ou da última Consolidação) e de todas as alterações posteriores, bem como declaração do representante legal da empresa informando o número do último documento societário registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP;
- Procuração do Preposto, de acordo com o previsto no contrato social, com poderes para representar o contribuinte perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, se for o caso.

A partir dos dados constantes da Escrituração Fiscal Digital - Contribuições (EFD-C), a fiscalização verificou que consta declarado, com relação ao ano-calendário de 2016, os seguintes valores de Pis e Cofins não cumulativo a recolher/pagar:

PIS	R\$ 2.633.200,87
COFINS	R\$ 10.656.553,30

Contudo, a partir das DCTFs ativas no momento do início da presente Ação Fiscal, a fiscalização detectou que não constam, em relação a todo o ano-calendário de 2016, valores declarados correspondentes ao Pis e à Cofins não cumulativos devidos no período.

O contribuinte foi INTIMADO a comprovar, mediante a apresentação dos respectivos documentos de arrecadação, os recolhimentos do Pis e da Cofins devidos, informados na EFD-C correspondentes ao ano-calendário de 2016, ou, caso não tenha efetuado os correspondentes recolhimentos, a justificar o motivo de não constar, nas DCTFs ativas na data do início da presente Ação Fiscal, valores declarados a título de Pis e Cofins não cumulativos correspondentes ao ano- calendário de 2016.

Em 13/02/2019 foi encaminhado documentos à DELEX/SP, em atendimento ao Termo Fiscal, lavrado em 05/12/2018.

Na resposta ao Termo Fiscal, o Contribuinte não comprova, mediante a apresentação dos respectivos documentos de arrecadação, os recolhimentos do Pis e da Cofins devidos, informados na EFD-C, correspondentes ao ano-calendário de 2016, tampouco justificou o motivo de não constar, nas respectivas DCTF, correspondentes ao ano-calendário de 2016, valores declarados a título de Pis e Cofins.

Dentre os documentos apresentados, consta uma decisão liminar em Mandado de Segurança (120) Nº 5007475-03.2018.4.03.6100 / 10ª Vara Cível Federal de São Paulo.

O pedido de liminar no referido Mandado de Segurança foi deferido nos seguintes termos "verbis":

DEFIRO o pedido liminar para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir da impetrante o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS com a inclusão do valor do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo."

- Da nulidade do auto de infração: ausência de motivação.

É alegado às folhas 04 do Recurso Voluntário:

Da leitura do presente processo, é de se verificar que a Fiscalização, no ano-calendário de 2019, entendeu por instaurar procedimento fiscal contra a Recorrente, com a finalidade de averiguar a regularidade dos pagamentos a título de PIS e COFINS relativas ao ano-calendário de 2016, sem que houvesse qualquer motivo plausível para essa instauração.

Vale dizer, a Fiscalização não mencionou qualquer discrepância entre as declarações entregues pela Recorrente, não mencionou pagamento a menor de tributos, absolutamente nada!

Diante disso, cuidou a Recorrente de sustentar a nulidade do Auto de Infração, considerando a violação ao princípio da motivação.

No Termo de Verificação Fiscal não há qualquer impropriedade na motivação ou na descrição dos fatos, pois o mesmo é claro e preciso ao descrever o motivo da exigência do crédito tributário, a partir do item 18:

A partir dos dados constantes da Escrituração Fiscal Digital - Contribuições (EFD-C) correspondente ao ano-calendário de 2016, obtivemos os valores correspondentes aos créditos de PIS/Pasep e COFINS que o Contribuinte declarou ter direito, os quais estão demonstrados nas planilhas identificadas como "MAD Completo - Créditos de CofinS" e "MAD Completo - Créditos de PiS", as quais constam do **ANEXO 1**, parte integrante do presente processo administrativo.

Como o Contribuinte tem o direito, segundo decisão da Justiça Federal (item 17), a não incluir o valor de ICMS nas Bases de Cálculo do PIS/Pasep e COFINS, esta Fiscalização efetuou a composição das referidas Bases de Cálculo, acatando a determinação judicial. Para tanto, seguimos a orientação contida na Solução de Consulta Interna COSIT N.º 13.

A partir das Notas Fiscais obtidas junto à Escrituração Fiscal Digital - Contribuições (EFD-C) baixadas, correspondentes ao ano-calendário de 2016, verificamos que o Contribuinte deu saída utilizando os seguintes Códigos de Situação Tributária (CST): 1, 8, 9 e 49. **Neste caso, o único CST em que há tributação do PIS/Pasep e COFINS na saída, a título de venda, é o CST 1.** Na planilha identificada como "MAD Vendas por CST - EFD-C", constante do **ANEXO 1**, parte integrante do presente processo administrativo, estão discriminadas as bases de cálculos mensais do PIS/COFINS, por CST, as quais constam da coluna identificada como "Valor dos Itens menos Descontos" (QUADRO 1 - item 27).

Segundo a Solução de Consulta Interna COSIT N.º 13, o montante a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições para o PIS/Pasep e COFINS é **o valor mensal do ICMS a recolher**, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574/706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal

Transcreve-se também o item 28:

A partir das Bases de Cálculo levantadas (item 27), e dos valores dos créditos que o Contribuinte tem direito (planilhas "MAD Completo - Créditos de CofinS" e "MAD Completo - Créditos de PiS" constantes do **ANEXO 1**, parte integrante do presente processo administrativo), esta Fiscalização apurou os valores devidos, mensalmente, pelo Contribuinte a título de PIS/Pasep e COFINS, relativos ao ano-calendário de 2016, os quais foram objeto de lançamento, uma vez que não consta qualquer valor nas DCTF ativas antes do início da presente Fiscalização, conforme segue:

Portanto, ao contrário do alegado, a fiscalização apontou discrepância presente nas declarações entregues pela Recorrente.

No mais, as hipóteses de nulidade, no âmbito do processo administrativo fiscal, encontram-se definidas nos incisos I e II do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, in verbis:

Art. 59 São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

A mera discordância dos fundamentos da decisão recorrida pelo contribuinte não é causa de nulidade, que apenas ocorre se demonstrada qualquer das hipóteses do art. 59 do Decreto-lei nº 70.235/72, demonstração essa, ao meu ver, não alcançada pela recorrente.

Dessa forma, uma vez que o Auto de Infração foi formalizado em estrita observância aos requisitos legais, com motivação e descrição dos fatos compatíveis com o enquadramento legal indicado, não tem fundamento as alegações de cerceamento do direito de defesa e de nulidade.

Dado que não se incidiu nas hipóteses acima relacionadas e que o Auto de Infração atende aos demais requisitos formais, como a descrição do fato e indicação da base legal, não vislumbro motivo para decretação de sua nulidade e afastamento preliminar neste ponto.

- Da necessidade de reforma do acórdão recorrido: Da necessidade da consideração dos créditos aproveitados pela recorrente.

É alegado às folhas 09 do Recurso Voluntário:

Não se pode olvidar, ainda, que o aproveitamento dos créditos efetuado pela Recorrente se deu de acordo com o mandamento legal, de modo que todos os créditos foram apurados na mais absoluta legalidade.

Para tanto, a Recorrente acosta a presente, por amostragem, a comprovação da legalidade dos créditos por ela aproveitados, os quais foram deduzidos dos valores devidos a título de PIS e COFINS, todos créditos legalmente previstos (DOC_COMPROBATORIOS0001).

Insta salientar que, devido a numerosidade, A ÍNTEGRA DE TODOS OS DOCUMENTOS QUE COMPROVAM À TODA SACIEDADE A REGULARIDADE E LEGALIDADE DOS CRÉDITOS APROVEITADOS PELA RECORRENTE SE ENCONTRAM À DISPOSIÇÃO DESTA I. FISCALIZAÇÃO EM SUA SEDE, A SABER RUA QUATÁ, 662, FUNDOS, VILA OLÍMPIA, CEP 04546-044, NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, ESTADO DE SÃO PAULO.

Nota-se, portanto, que a suposta insuficiência de recolhimento de PIS e de COFINS, sob a ótica Fiscal, se deu, justamente, devido a não observância aos créditos apurados e aproveitados pela Recorrente.

De toda sorte, aludidos créditos devem ser apreciados e acolhidos pela Fiscalização, eis que os comprovantes anexos geraram crédito de PIS e COFINS e, portanto, não há que se falar na insuficiência de recolhimento a esse título.

(Negrito próprio do original)

A impugnação traz o assunto nos seus itens 02 e 03:

Pelo fato de a fiscalização ter sido feita por amostragem, não foram observados diversos créditos aproveitados pela impugnante, os quais possuem fundamento legal, nos termos das Leis nº 10.833, de 2003, e 10.865, de 2004;

Acosta à impugnação, por amostragem, a comprovação da legalidade dos créditos aproveitados, os quais foram deduzidos dos valores devidos a título de PIS/Pasep e Cofins, estando a íntegra da documentação à disposição da Fiscalização em sua sede;

O Acórdão de Impugnação trata o assunto, às folhas 07 do documento:

As planilhas supracitadas estão anexadas a folha 74, onde constam os créditos apurados de acordo com a legislação de regência, Lei nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003, tais como os relativos às aquisições de bens para revenda, bens e serviços utilizados como insumo, armazenagem e frete, energia elétrica, alugueis de prédios, dentre outros.

Os créditos apurados foram, então, considerados pelo autuante no levantamento dos valores devidos mensalmente a título de Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, conforme demonstrativos à folha 84.

A impugnante anexa às folhas 178/210 notas fiscais de compras de condicionadores de ar, mas, repita-se, todos os créditos informados na EFD-C pela própria contribuinte foram considerados pelo autuante.

Portanto, neste particular, inexistente reparo a se fazer no procedimento do agente do Fisco.

Há que se ter em mente que o referido tópico está a lidar com CRÉDITOS decorrentes das aquisições de bens para revenda efetuadas no mês de bens e serviços utilizados como insumos na fabricação de produtos destinados à venda ou na prestação de serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes.

Frisa-se que o Acórdão de Impugnação afirma que a fiscalização considerou todos os créditos informados na EFD-C pelo contribuinte.

No caso de inobservâncias de créditos aproveitados pela empresa autuada, como o alegado, deveria o Recorrente demonstrar efetivamente o que não foi considerado pela fiscalização, inclusive mediante a descrição de cada item para sua demonstração como insumo, para sua análise perante o Colegiado, o que não aconteceu.

Portanto, não procede a alegação.

- **Da necessidade do abatimento do crédito reconhecido por decisão judicial.**

É feito um apanhado sobre as alegações do Recorrente no presente tópico:

A Recorrente, por sua vez, é pessoa jurídica de direito privado que se dedicava principalmente ao comércio de ar condicionado e, atualmente, se dedica especialmente à instalação desses aparelhos, conforme é de se comprovar do seu contrato social.

Dessa maneira, a Recorrente é contribuinte do ICMS, além de contribuinte de tributos federais, e, na qualidade de empresa que auferir receita/faturamento advindo da comercialização de mercadorias, ela se sujeita à incidência de PIS-COFINS, sendo, pois, contribuinte dessas contribuições sociais, tal como previsto no art. 195, I, “b”, da CF/88.

(...)

Essa questão relativa ao efetivo significado de faturamento/receita, para fins de incidência de PIS/COFINS, de modo que atualmente é pacífico o entendimento de que as parcelas de ICMS não podem integrar a base de cálculo de PIS-COFINS **PORQUE NÃO REPRESENTAM RECEITAS DOS CONTRIBUINTES DECORRENTES DAS VENDAS DE MERCADORIAS, DE MERCADORIAS E SERVIÇOS E DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA.** A bem da verdade, o ICMS é receita tributária dos Estados e do Distrito Federal (CF/88, art. 155, II).

A repercussão geral do tema foi reconhecida no RE nº 574.706, que ainda se encontra pendente de julgamento.

Por fim, o pleito da Recorrente, às folhas 14 do Recurso Voluntário:

No entanto, a maior parte desses créditos se encontra destacado, e, portanto, não apreciado pela Fiscalização, a qual deverá esses valores destacados, tanto nas entradas, quanto nas saídas.

Em outras palavras, é de se dizer que a Fiscalização deve reconhecer e acolher o direito ao abatimento da base de cálculo do PIS e COFINS, **relativamente ao valor do ICMS destacado das NFs, valor esse no montante de, aproximadamente, R\$ 5.861.599,37 (FOLHAS XX).**

Para tanto, socorro-me de fragmento do Acórdão de Recurso Voluntário nº 3302-007.177, de 23 de maio de 2019, de redação do i. Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho:

A respeito da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, é de conhecimento notório que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das famigeradas contribuições.

Contra a decisão proferida no RE 574.706, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios da decisão, pleiteando a modulação temporal dos seus efeitos e realizou outros questionamentos, em especial, se o valor a ser excluído é somente aquele relacionado ao arrecadado a título de ICMS e/ou se o valor a ser excluído da base de cálculo abrange, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída, sendo que referidos questionamentos aguardam sua análise e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em que se pese inexistir trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte, entendo que se tornou definitiva a matéria quanto ao direito do contribuinte ao menos de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, restando àquela Corte apenas decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

A respeito do direito do contribuinte excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, matéria está incontroversa no RE 574.706, temos a Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, emitida nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os

valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.715, de 1998, art. 2º; Lei no 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei no 10.637, de 2002, arts. 1º, 2º e 8º; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretária da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009;

Vejamos alguns dos fundamentos da referida Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018:

(...)

Fundamentado em vasta doutrina e referenciando julgamentos do próprio Tribunal, todos os votos vencedores contemplam o indicativo, a definição, de que o ICMS pago, o ICMS a recolher, é o que não deve compor a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, por não ter a natureza de receita, de faturamento.

Há que ser registrado que a argumentação jurídica e doutrinária esposada no julgamento, formadora da tese vencedora, de que o que não se configura receita e, por conseguinte, não deve compor a base de cálculo das contribuições em tela, corresponde à parcela do ICMS a recolher, ou seja, a parcela do ICMS a ser paga pelo contribuinte. Resta demonstrado também nos votos divergentes, que o cerne da questão analisada e julgada diz respeito a definir se o ICMS a recolher integra ou não a base de cálculo das contribuições, conforme a seguir demonstrado:

(...)

Se depreende assim, do teor do julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, submetido ao rito da repercussão geral previsto no Art. 543-B da Lei nº 5.869, de 1973, bem como da análise de todos os votos formadores da tese vencedora, a qual definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, tanto na sua incidência cumulativa como na incidência não cumulativa, corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal.

Da aplicação da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR

De conformidade com a legislação tributária, a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, tanto na sua incidência cumulativa quanto na incidência não cumulativa, têm periodicidade mensal de apuração. Igualmente, o fato gerador das referidas contribuições tem natureza periódica, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receitas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês, e não no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Tem-se assim para as contribuições sociais em questão a definição e mensuração de uma base de cálculo única, agregada, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência:

(...)

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), acertado e harmonizado com a legislação, a doutrina e a estrutura tributária foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições a parcela do ICMS a recolher, correspondente a cada período de apuração mensal. Nenhum dos votos proferidos no julgamento conteve citação ou referência expressa de excluir outra expressão ou valor de ICMS, como por exemplo o valor do ICMS destacado em documento fiscal, como já detalhado de forma minuciosa. Inclusive porque o valor do ICMS destacado em nota fiscal de venda não corresponde ao valor do ICMS a ser recolhido.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para aí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente

apurado e devido no período, valor este que, conforme manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Aspecto determinante a consignar vem a ser a inadequação ou improcedência da afirmação de que a exclusão recairia sobre a parcela do ICMS destacado nas notas fiscais representativas da venda de bens e serviços (transportes e comunicações), além de ter sido rechaçada pelos próprios ministros integrantes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, inclusive pelos juízes que não acompanharam a tese paradigmática em referência, conforme exposto nos itens 29 e 30, tem na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), a explicitação de sua impropriedade:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;
...

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do **caput** deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, **constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;**” (grifos nossos)

Impende aqui registrar que esta não é uma questão específica, irrelevante, um simples detalhe semântico e sem reflexo na legislação tributária, mas sim uma questão determinante, já que, na estrutura legal para a apuração do valor do ICMS a recolher mensalmente, não é o valor destacado de ICMS em cada nota fiscal de venda o **quantum** definitivo a ser recolhido, mas sim o valor calculado com base no confronto entre o somatório das notas fiscais de entradas (geradoras de crédito) e das notas fiscais de saídas (geradoras de débitos), ao término de cada período de apuração mensal do ICMS, considerados ainda outros valores a título de ajustes a débito e a crédito, bem como deduções específicas, decorrentes de benefícios e/ou incentivos fiscais eventualmente concedidos pelos Estados ou pelo Distrito Federal para, só então, se determinar o **quantum** que o sujeito passivo apurou a título de ICMS a recolher no período.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS pago ou a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

Outro aspecto determinante que foi consignado na tese vencedora, com exemplo numérico constante no próprio voto da Ministra Cármen Lúcia, é o que demonstra que, considerando toda a cadeia de comercialização de determinado bem ou produto, o somatório do valor do ICMS destacado nos documentos fiscais **não corresponde**, necessariamente, ao valor do ICMS a recolher para o período mensal.

(destaques do original)

Os acórdãos nº 3302-007.164, de 23/05/2019 e nº 3302-007.650, de 23/10/2019 são exemplos *inter plures* do acatamento da decisão de plenário do STF no RE nº 574.706-PR, ainda não transitada em julgado, por parte desta Turma.

Posto isso, deve-se excluir o valor do ICMS destacado da base de cálculo das contribuições e determinar o retorno dos autos à unidade de origem para análise do crédito apurado pela Recorrente.

- Da necessidade de diligência.

É alegado às folhas 14 do Recurso Voluntário:

Insta salientar, ainda, que a Recorrente pretendeu comprovar seu direito, acostando quando de sua Impugnação algumas Notas Fiscais de entrada, as quais, por se referir à compra de insumo, dão direito ao crédito do ICMS (folhas 178/210 e 353/354).

Cumprido salientar, contudo, que a Recorrente assim o fez por amostragem, considerando a grande quantidade de Notas Fiscais e a inviabilidade de apresentá-las por meio eletrônico (importante ressaltar que o sistema não comporta grande volume de documentos e compromete sua leitura).

De toda sorte, demonstrando sua boa-fé, a Recorrente se colocou à disposição a Fiscalização informando que a integralidade dessas NF pode ser atestada pela Fiscalização na sede na sua sede, ou seja, na Rua Quatá, 662, Fundos, Vila Olímpia, CEP 04546-044, Município de São Paulo, Estado de São. **Ou ainda, deveria ter sido oportunizada à Recorrente a possibilidade da apresentação de toda essa documentação pessoalmente, evitando, assim, quaisquer transtornos.**

Esse assunto já foi tratado alhures.

Quanto à solicitação de perícia, o artigo 36 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, assim explicita:

Art. 36. A impugnação mencionará as diligências ou perícias que o sujeito passivo pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, e, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito deverão constar da impugnação (Decreto no 70.235, de 1972, art. 16, inciso IV, com a redação dada pela Lei no 8.748, de 1993, art. 1º).

§ 1º Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder, e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados (Decreto no 70.235, de 1972, art. 18, com a redação dada pela Lei no 8.748, de 1993, art. 1º).

§ 2º Indeferido o pedido de diligência ou de perícia, por terem sido consideradas prescindíveis ou impraticáveis, deverá o indeferimento, devidamente fundamentado, constar da decisão (Decreto no 70.235, de 1972, arts. 18 e 28, com as redações dadas pela Lei no 8.748, de 1993, art. 1º).

§ 3º Determinada, de ofício ou a pedido do impugnante, diligência ou perícia, é vedado à autoridade incumbida de sua realização escusar-se de cumpri-las.

A Lei 9.874 que se aplica subsidiariamente ao Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, assim dispõe:

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

A relevância do fato é caracterizada por haver correspondência entre este e a situação enfocada no processo, bem como por seu reconhecimento desencadear efeitos jurídicos peculiares. A pertinência, por sua vez, diz respeito ao relacionamento entre o fato e a lide instalada.

O mesmo se pode dizer da concludentia, entendida como a possibilidade de conduzir o julgador à conclusão acerca dos fatos ocorridos no processo. Fato concludente, nessa concepção, não significa o enunciado que, por si só, seja suficiente para formar a convicção do julgador, mas todo fato que, ao lado de outros, possa atuar como argumento para a procedência ou improcedência da demanda, em nada se distinguindo do chamado fato *pertinente*.

Considerado fato inconcludente aquele que leva ao convencimento da ocorrência ou inoocorrência de situações não envolvidas na discussão processual (fato impertinente), sua prova seria totalmente inócua. Nesse ponto, nota-se o intrínseco relacionamento entre os requisitos do fato susceptível de ser objeto de prova e a função que a prova assume no sistema jurídico: sendo destinada ao convencimento do julgador, só tem cabimento a realização de enunciação probatória relativa a fatos que possam levar a essa persuasão.

Não foi apresentado qualquer fato, motivo ou justificativa relevante que propiciasse a realização da perícia, a luz do que já foi exposto, mesmo porque toda perícia tem por objetivo auxiliar o julgador na formação de sua melhor convicção racional e na busca da verdade material, ação que já se processou.

Nesse exato sentido:

Súmula CARF nº 163

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

- Da inexistência de prova de fraude e/ou dolo.

É alegado às folhas 20 do Recurso Voluntário:

Assim, é indevida qualquer presunção de fraude e/ou dolo, isso depende de provas, **que não cabem ao contribuinte**. Não existe a obrigação do contribuinte de fazer prova negativa, cabe só ao fisco provar a conduta ilícita que alega ter os IMPUGNANTES praticado. Não existe, legalmente, qualquer presunção de “fê pública” para agentes do fisco.

COMO SE VÊ, A FISCALIZAÇÃO NÃO TROUXE QUALQUER PROVA, MUITO MENOS CABAL, DE QUE A RECORRENTE TENHA PRATICADO FRAUDE E/OU DOLO, DE MODO QUE TAIS CONDUTAS NÃO PODEM SER CONSIDERADAS SOMENTE POR ILAÇÕES DESPROVIDAS DE QUALQUER CONTEÚDO PROBATÓRIO, CUJO ÔNUS A FISCALIZAÇÃO NÃO SE DESINCUMBIU, DE MODO QUE NÃO SE FAZ POSSÍVEL PREVALECER A APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICADA NO PATAMAR DE 75%.

Adoto a *ratio decidendi* do Acórdão de Impugnação:

Quanto à multa de ofício, inicialmente destaque-se o equívoco cometido pela impugnante, ao discorrer sobre a qualificação do percentual da multa em face da suposta existência de dolo ou fraude não comprovados pelo Auditor Fiscal.

No presente caso, foi aplicada a multa de ofício no percentual de 75%, previsto no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007, e não o percentual duplicado, cuja fundamentação encontra-se no § 1º do mesmo artigo, aplicável nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Logo, não houve a qualificação da multa de ofício, e em momento algum o agente do Fisco afirmou que a autuada praticou dolo, fraude ou simulação.

- O caráter confiscatório da multa qualificada constituída no auto de infração, a sujeição das penalidades à vedação ao confisco e a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada: tema de repercussão geral 487 perante a suprema corte.

Quanto às alegações da recorrente de eventual violação aos princípios da vedação do confisco, razoabilidade ou da proporcionalidade, respeita a matéria cuja discussão é estranha à competência deste Colegiado.

Com efeito, na via administrativa o exame da lide há de se ater apenas à aplicação da legislação vigente, sendo descabido pronunciar-se sobre a validade ou constitucionalidade dos atos legais, matéria que se encontra afeta ao Supremo Tribunal Federal, como se verifica dos artigos 102, I, “a” e III, “b”, da CRFB, estando pacificada no âmbito administrativo através da Súmula CARF nº 2, a seguir:

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

Sendo assim, conheço do Recurso Voluntário e **dou provimento parcial** ao recurso do contribuinte para excluir o valor do ICMS destacado da base de cálculo das contribuições e determinar o retorno dos autos à unidade de origem para análise do crédito apurado pela Recorrente.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator.