



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.726044/2013-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-005.546 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2021
Recorrente L L MOURÃO DISTRIBUIDOR EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, resta insubsistente a arguição de nulidade do procedimento fiscal.

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.

MULTA. INAPLICABILIDADE DA MULTA PERCENTUAL DE 150%.

Incorreta a aplicação da multa no percentual de 150%, quando não resta demonstrado cabalmente o nexo de causalidade da conduta do Recorrente e a intenção dolosa de evadir-se do pagamento de tributos. Mera descrição genérica de condutas não tem o condão de evidenciar o evidente intuito de fraude exigido para a qualificação da multa.

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

O ICMS referente às operações próprias de vendas da empresa deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar parcial provimento ao recurso voluntário para: (i) por maioria de votos, exonerar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, vencido o Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, e (ii) por unanimidade de votos, em excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS lançado nas notas fiscais utilizadas para encontrar a receita conhecida.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocada) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls.286/309, interposto contra acórdão da DRJ, fls. 272/278, que negou provimento à impugnação administrativa, fls. 232/262, protocolada pelo contribuinte contra lançamento decorrente de arbitramento de lucro formalizado pela autoridade de origem, o que levou a autos de infração de IRPJ e reflexos, com qualificação da multa.

Para síntese dos fatos, reproduzo o relatório do acórdão combatido:

Trata-se de autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 3 a 19), do Programa de integração Social – PIS (fls. 38 a 46), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 32 e 37) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 20 a 31), lavrados para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 3.195.311,02 (fl. 02).

2. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 47 e 48), o lançamento decorreu do arbitramento do lucro, que se fez necessário ante a não apresentação dos livros fiscais e a não comprovação da transmissão dos arquivos contábeis digitais (SPED Contábil) para o banco de dados do SPED, o que impossibilitou a apuração do lucro real. Qualificou-se a multa.

3. Apresentou-se impugnação, às fls. 239 a 262, contrapondo-se, em síntese, que:

3.1 – Teriam sido violados os incisos III e IV do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, o que contrariaria “as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa”, e impingiria de nulidade o lançamento.

3.2. – A qualificação da multa teria sido indevida, bem assim a cobrança dos juros por meio da taxa Selic.

3.3 – Haveria necessidade de excluir-se o ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins.

4. É o Relatório.

No entanto, o acórdão combatido negou provimento à impugnação administrativa, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, resta insubsistente a arguição de nulidade do procedimento fiscal.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. APRECIACÃO.

As autoridades administrativas devem observar a legislação tributária vigente no País, sendo-lhes defeso apreciar arguições de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas regularmente editadas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro será arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

MULTA. SONEGAÇÃO. QUALIFICAÇÃO.

A prática da conduta prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, enseja a qualificação da multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, consoante previsão do § 1º do mesmo artigo.

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICM referente às operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento.

Sendo um imposto incidente sobre vendas, deve compor a receita bruta para efeito de base de cálculo do PIS e da Cofins.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignado, o contribuinte interpôs recurso voluntário, mantendo e reforçando os argumentos já aduzidos na impugnação administrativa, sobretudo na alegação de nulidade dos autos de infração, da procedência integral dos seus argumentos; (alternativamente) a redução da multa qualificada de 150% para 75%; a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e; o afastamento da utilização da taxa Selic na apuração dos juros moratórios

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

O recurso é tempestivo e interposto por representante legítimo. Portanto, dele tomo conhecimento.

Primeiramente, entendo ser possível reconhecer a pretensão do contribuinte no sentido de se excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Como se sabe, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 574706 com Repercussão Geral reconhecida, decidindo-se pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

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

Referida decisão foi modulada com produção de efeitos a partir de 15/03/2017:

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

(RE 574706 ED, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

Nesse aspecto, há que se excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições em comento, uma vez que o recolhimento de ICMS foi destacado e essa informação pode ser extraída dos dados inseridos em planilhas fornecidas pela SEFAZ-CE (fls. 49/189), que mostram as informações referentes às notas fiscais decorrentes de operações de vendas realizadas pelo recorrente.

Portanto, deve-se excluir o ICMS da base de cálculo das citadas Contribuições.

Ademais, o recorrente alega preliminarmente a nulidade do auto de infração, pois as autoridades fiscais não teriam apresentado as planilhas que ampararam o arbitramento no caso concreto:

11. Ocorre que, no presente caso, o agente fiscal, ao realizar o arbitramento para auferir o lucro da Impugnante referente ao ano-calendário de 2010, adota como base de cálculo a suposta receita de vendas da mesma, conhecida a partir do banco de dados repassados pela SEFAZ-CE, mas ao contrário do que apregoa no "Termo de Verificação Fiscal" (fl. 1, item 2), não anexa as mencionadas planilhas que detalhariam os dados repassados pelo fisco estadual, a partir dos quais se estimou as receitas de vendas mensais.

12. Em outros termos, a autoridade fiscal baseia a autuação em certos dados, oriundos do banco de dados da SEFAZ-CE, a partir dos quais extrai os valores que corresponderiam às receitas de vendas do contribuinte, fazendo os cálculos dos impostos e contribuições federais devidos. No entanto, além de não ter apresentado tais dados anteriormente à Impugnante, para que esta pudesse se manifestar de forma prévia, algo que se esperaria de um agente fiscal que cumpre com o seu dever de investigação e de busca da verdade material, o autuante não anexou tais dados, representados na forma de planilhas, quando da lavratura dos autos de infração.

Compulsando o termo de verificação fiscal, entretanto, conforme já mencionado, verifica-se que foi juntada planilha às fls. 49/189, indicando a nota fiscal, a data de emissão, valor e CFOP da operação, demonstrando especificamente os valores a que se refere.

Portanto, ao contrário do alegado pela recorrente, não houve ofensa ao direito à defesa e ao contraditório, restando ainda demonstrados os requisitos de validade do auto de infração de que trata o art. 10 do Decreto n. 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Portanto, em meu entender, não configura no caso a suscitada nulidade.

Já quanto ao mérito, discute-se a qualificação da multa de 150%.

Nesse aspecto, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 48) assim motivou-se a qualificação da multa:

De impor-se ainda a qualificação da multa no percentual de 150%, nos termos do art. 44, inciso I e § 1, da lei 9.430/96 com redação dada pelo art. 14 da Lei 11.488, de 15/06/2007, tendo em vista que a empresa, em relação ao ano fiscalizado, apesar de estar em plena atividade operacional, auferindo faturamento expressivo, apresentou Declarações de Imposto de Renda omitindo por completo as suas receitas, ao mesmo tempo em que nada declarou ou recolheu de tributos e contribuições federais, no período, demonstrando com essa conduta o intuito de omitir do conhecimento do Fisco a ocorrência dos fatos geradores resultante de suas atividades mercantis, que já haviam, inclusive, sido informadas ao fisco estadual.

E, posteriormente, tal entendimento foi mantido pela r. DRJ praticamente nos mesmos termos:

15. Não há acórdão com a defesa. É inelutável, ao ter apresentado DIPJ omitindo suas receitas, ao mesmo tempo em que nada declarou ou recolheu de imposto e contribuições federais, ao longo de todo ano objeto da autuação, o contribuinte teve a intenção de omitir do conhecimento do Fisco a ocorrência dos fatos geradores resultantes de sua atividade, o que se amolda à conduta prevista no art. 71 da Lei 4.502, de 1964, ou seja, sonegação.

Conforme tenho defendido, a qualificação da multa demanda a demonstração de dolo específico. Em outras palavras, para a caracterização das condutas tipificadoras da Lei, é

preciso que se demonstre a existência de dolo¹, o que deve ser evidenciado através de elementos fáticos trazidos pela fiscalização

Nessa linha, a simples omissão de receitas não tem o condão de, por si só, levar à qualificação da multa, conforme se pode observar em sucessivos entendimentos sumulados do CARF:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Assim, não basta a simples omissão de receitas para gerar a incidência da qualificadora, deve-se demonstrar cabalmente que o contribuinte realmente fez esforço adicional para a ocultação da omissão de receitas, para que se verifique a qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44 da Lei 9430/96, devendo haver condutas adicionais aos elementos do núcleo base da conduta típica de omissão de receitas, tais como declarações de inatividade, documentos falsos em geral, etc., pois demonstram um dolo específico do contribuinte em evadir ilicitamente suas receitas apuradas da tributação.

A respeito de situação semelhante já se pronunciou esta Turma, em acórdão n. 1201-003.559, no processo administrativo n 10469.720886/2010-48, em sessão realizada no dia 22 de janeiro de 2020, por sua vez da relatoria de Alexandre Evaristo Pinto:

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme o entendimento desta e. Turma, consignado no acórdão nº 1201-003.018: **A multa de ofício deve ser qualificada quando o contribuinte faz um esforço adicional para ocultar a omissão de receitas**, praticando ato que não faz parte do núcleo da ação que concretizou a omissão, por exemplo, a simulação, a emissão de notas fiscais subfaturadas, a ocultação de documentos ou de registros contábeis.

Nesta toada, a não apresentação da DIPJ e a escrituração indevida da DCTF, a meu ver, são os elementos que estão caracterizando a omissão de receitas, mas não se mostram o suficiente para a qualificação da multa.

Nessa linha, entendo que o Termo de Verificação Fiscal não demonstra de forma cabal as condutas que teriam sido praticadas pelo contribuinte e que levariam à imputação de fraude, e que acarretariam à qualificação da multa de ofício.

Logo, não é possível vislumbrar com clareza o “esforço adicional” praticado pelo contribuinte, através da demonstração entre o nexo de causalidade da conduta dolosa e a situação

¹ Não por outra razão Karem Jureidini Dias sustenta que: “Apenas a configuração do elemento subjetivo da relação, ou seja, do dolo, é que possibilita a imposição de multa qualificada, sendo que a simples ausência de recolhimento a menor já possibilita a imposição de multa de caráter objetivo (multa de ofício). A motivação acerca da fraude em tópico próprio, no Termo de Verificação Fiscal, se mostra, pois, como imperativo para a validade do lançamento que imputa a “multa qualificada” (DIAS, Karem Jureidini. **A prova de fraude**. In: NEDER, Marcos Vinicius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de; e FERRAGUT, Maria Rita (coord.). **A prova no processo tributário**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 319).

ilícita, pois o Termo de Constatação Fiscal não colabora para aclarar essas circunstâncias, mencionando-as genericamente.

Sem demonstrar, conforme se observa no Termo de Constatação Fiscal, que existem elementos probantes suficientemente aptos à existência de condutas adicionais capazes de evidenciar o dolo em lesionar o fisco, especialmente demonstrada pelo claro intuito de utilizar artifícios para dificultar a identificação da receita omitida (ausência de comprovação do dolo específico), não há como manter a qualificação da multa de 150%, nos termos do art. 44, § 1º, da Lei 9430/1996, **devendo-se aplicar a multa de ofício, nos termos do inciso I do art. 44, da mesma Lei (75%).**

Finalmente, em relação ao suposto uso indevido da taxa selic como juros moratórios, aplica-se à questão a Súmula CARF n. 4:

Súmula CARF nº 4

Aprovada pelo Pleno em 2006

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94511, de 20/02/2004 Acórdão nº 103-21239, de 14/05/2003 Acórdão nº 104-18935, de 17/09/2002 Acórdão nº 105-14173, de 13/08/2003 Acórdão nº 108-07322, de 19/03/2003 Acórdão nº 202-11760, de 25/01/2000 Acórdão nº 202-14254, de 15/10/2002 Acórdão nº 201-76699, de 29/01/2003 Acórdão nº 203-08809, de 15/04/2003 Acórdão nº 201-76923, de 13/05/2003 Acórdão nº 301-30738, de 08/09/2003 Acórdão nº 303-31446, de 16/06/2004 Acórdão nº 302-36277, de 09/07/2004 Acórdão nº 301-31414, de 13/08/2004

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso e, no mérito, conceder PARCIAL PROVIMENTO, para exonerar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, bem como para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS lançado nas notas fiscais utilizadas para encontrar a receita conhecida.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz