



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10840.723813/2014-47
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.831 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2021
Recorrente LUMA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

PROVA DOCUMENTAL JUNTADA APÓS A IMPUGNAÇÃO. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE NÃO VERIFICADAS.

A admissibilidade dos elementos de prova documental juntados após a impugnação exige que o caso concreto enquadre-se numa das situações excludentes previstas no § 4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72. No presente caso, contudo, não se verifica nenhuma daquelas hipóteses.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Com a edição da Lei nº 9.430/1996, sujeitam-se à tributação os rendimentos omitidos caracterizados por valores creditados em contas de depósito, quando a contribuinte não comprova a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PIS - COFINS - CSLL. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO.

Nos termos legais, a presunção de omissão de receitas aplica-se à tributação das contribuições sociais.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.

O fato de ter havido qualquer resultado judicial favorável acerca da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS em nada influi na apuração dos valores mensalmente devidos por aqueles que optaram pela ingresso no regime simplificado consubstanciado pelo SIMPLES NACIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e a conversão do julgamento em diligência, e no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por LUMA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA contra acórdão que julgou improcedente a impugnação apresentada diante de autos de infração lavrados no âmbito da DRF-Ribeirão Preto/SP.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

A contribuinte LUMA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA. - ME, acima qualificada, foi autuada a recolher o Simples Nacional no valor total do crédito tributário de R\$ 649.521,36, conforme Auto de Infração e Notificação Fiscal do Simples Nacional e demonstrativos de fls. 02 a 108, incluídos todos os tributos (IRPJ, CSLL, Cofins, PIS, CPP e ICMS), multa proporcional de ofício (75%) e juros de mora calculados até 11/2014, consoante ali discriminado (fls. 02).

A autuação ocorreu em razão da apuração de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, conforme está explicitado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 135 a 143).

Faz parte integrante das autuações o Termo de Verificação Fiscal (fls. 135 a 143), onde foram explicitados os procedimentos adotados na fiscalização.

Dessa forma, verifica-se que a contribuinte foi cientificada em 03/12/2014, (AR fls. 996) e apresentou impugnação em 29/12/2014 (fls. 1.000 a 1.019), aduzindo, em apertada síntese, o seguinte:

a) nulidade do Auto de Infração, vez que as provas apresentadas pelo Fisco são ilícitas, pois vão contra o princípio constitucional do sigilo (art. 5º, inciso XII), visto que a fiscalização adquiriu os extratos bancários diretamente das instituições financeiras, sem ordem judicial, não tendo havido os requisitos legais para a quebra administrativa do sigilo bancário;

b) que a afirmação de omissão de receita deu-se por presunção simples, "ad hominis", não se fazendo valer do ônus de comprovar materialmente a infração, não tendo a administração pública comprovado cabalmente os elementos que compõem o fato tributário;

c) que para apuração de renda, nos termos do art. 43 do CTN, que é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, o relatório fiscal não faz alusão às despesas da contribuinte, necessárias para contrabalançar as receitas apuradas, tornando inconsistente o Auto de Infração;

d) a fiscalização não realizou a exclusão de diversas movimentações financeiras evidentemente equivocadas: transferência entre contas; valores recebidos como liberação de financiamentos/empréstimos - Finame; cheques devolvidos; e depósitos de cheques do próprio favorecido, que se assemelha à transferência entre contas, daí o STJ

ter pacificado o entendimento no sentido de inadmitir os depósitos bancários como indicativo de omissão de receita, conforme a Súmula n.º 182 do TFR;

e) que constata-se a nulidade do lançamento em virtude de que a exigência dos supostos valores presumidos, via depósito bancário, como receita, foram tributados por meio da sistemática do Simples, entretanto se a autoridade desconsiderou os livros fiscais e planilhas do contribuinte, não restaria alternativa além da aplicação do arbitramento, no que dispõe o artigo 148 do CTN, não havendo margem para discricionariedade, restando como opção o arbitramento, e não a legislação do Simples;

f) no que tange às demais matérias lançadas do PIS, COFINS e CSLL, reitera os argumentos negando os créditos constituídos, por serem exclusivamente presumidos, sem previsão legal, vez que o art. 42 da Lei n.º 9.430/1996 permite a presunção apenas para o imposto de renda e somente com a edição da Lei n.º 11.941/2009 (MP 449/2008) houve a presunção legal de omissão de receitas para as contribuições sociais;

g) quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o STF já se manifestou pela sua inconstitucionalidade no RE n.º 240.785-2, conforme previsão das Leis Complementares n.ºs. 07/70 e 70/91;

h) os juros são devidos à razão de 1% ao mês, nos termos do artigo 161, §1º do CTN, sendo improcedentes os lançamentos realizados que ultrapassem este limite máximo fixado;

i) a multa aplicada tem caráter confiscatório e ofende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da proibição de confisco, todos previstos na Constituição Federal;

j) não deve ocorrer a incidência de juros sobre a multa de ofício lançada, conforme previsão legal dos artigos 97 e 161 do CTN, bem como o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal;

k) que a competência para cobrança do ICMS é somente da secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, não podendo ser exigida pela Receita Federal, conforme ocorreu no processo.

Por fim, requereu que seja julgado improcedente o lançamento tributário.

Juntou os documentos de fls. 1.020 e seguintes.

Posteriormente, em 25/09/2015, foi juntado um Laudo Técnico pela impugnante (fls. 1.050 a 1.062).

A DRJ/Campo Grande proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

INCONSTITUCIONALIDADE.

É defeso em sede administrativa discutir a constitucionalidade e ou legalidade das leis em vigor.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.

Com o advento da Lei Complementar n.º 105/2001 a autoridade fiscal pode requisitar diretamente informações de contribuintes às instituições financeiras, o que é constitucional, consoante decidiu o STF.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

Por expressa determinação legal, as provas devem ser apresentadas com a impugnação.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Com a edição da Lei n.º 9.430/1996, sujeitam-se à tributação os rendimentos omitidos caracterizados por valores creditados em contas de depósito, quando a contribuinte não comprova a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PIS - COFINS - CSLL. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO.

Nos termos legais, a presunção de omissão de receitas aplica-se à tributação das contribuições sociais.

ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

Nos termos da legislação de regência e do atual entendimento do STJ, o ICMS incidente sobre as vendas integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário onde, em essência, repete literalmente as alegações contidas na impugnação. A exceção fica por conta dos seguintes pontos: (i) a DRJ deixou de apreciar um laudo pericial juntado aos autos após a interposição da impugnação; (ii) reformula a argumentação acerca da impossibilidade de se aplicar juros sobre a multa de ofício e transcreve a ementa do Acórdão n.º 1802-000.815 (julgado em 23/02/2011); e (iii) não mais alega a competência da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo. Por fim, pede nulidade ou total improcedência do lançamento. Quando menos, solicita a conversão do julgamento em diligência para que se apure as questões vertidas no laudo pericial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Inicialmente, a recorrente se insurge contra o fato de a DRJ ter deixado de apreciar um laudo pericial juntado aos autos após a interposição da impugnação. Com efeito, esta última foi apresentada em 20/12/2014, enquanto que aquele outro, somente em 25/09/2015.

Ora, como já apontado pela instância *a quo*, há que se lembrar a regra veiculada no § 4º do artigo 16 do Decreto n.º 70.235/72 (que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal - PAF) acerca da preclusão do direito do contribuinte apresentar prova documental após a impugnação:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Nada obstante, boa parte da jurisprudência atual do CARF, em homenagem ao princípio da verdade material, vem temperando a possibilidade de apresentação de novos elementos de prova após a impugnação ou, mesmo, o recurso.

Particularmente, penso que esse “tempero” não pode extrapolar o sentido da própria norma. Explico. É que para a criação de uma regra, como a estabelecida pelo referido § 4º do artigo 16 do PAF, o legislador já sopesou os princípios e interesses coletivos normalmente relevantes para a maioria dos casos concretos que sobrevirão aos seus futuros aplicadores. Eventual superação da regra, sob a influência de princípios que pareçam acentuadamente ofendidos em determinados casos concretos, como pode ocorrer com a verdade material, só há de ser feita em especialíssimas situações, e, mesmo assim, pela autoridade judiciária (Cf. Ricardo Marozzi Gregorio, *Preços de Transferência – Arm’s Length e Praticabilidade* – São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 204).

Sem embargo, muitas vezes, os elementos juntados após a impugnação revestem-se de características que permitem enquadrá-los na própria regra veiculada no § 4º do artigo 16. Isso porque as três alíneas que enumeram situações excludentes do dispositivo legal preveem conceitos abertos ou indeterminados que podem e devem ser objeto de interpretação pelo aplicador da lei. É o que ocorre com os conceitos de “força maior”, “fato ou direito superveniente” e “fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos”.

No presente caso, contudo, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.

Afora esse impedimento legal, a própria DRJ percebeu que o referido laudo (fls. 1050 a 1062) veio desacompanhado de qualquer documentação comprobatória (para além de insistir na questão da exclusão dos valores que seriam equivalentes ao ICMS - Substituição Tributária - da base de cálculo das contribuições). A interessada, entretanto, nem se manifesta sobre essa ausência em seu recurso preferindo propor a conversão do julgamento em diligência.

Portanto, mesmo que outros componentes desta Turma entendessem pela admissibilidade da apreciação do laudo, não há também qualquer documentação comprobatória para que se ateste a verossimilhança das informações prestadas e, conseqüentemente, o atendimento ao pleito da diligência.

Quanto às demais alegações contidas no recurso, cumpre observar que a recorrente apresenta diversos questionamentos acerca da inconstitucionalidade dos comandos legais que envolveram a autuação. Nesse contexto, inserem-se: a inobservância do sigilo bancário pelo procedimento instituído com a Lei Complementar nº 105/2001; do conceito de renda pela presunção de omissão de receita previsto no art. 42 da Lei nº 9.430/96; e dos

princípios do confisco, proporcionalidade e razoabilidade pela aplicação da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei n.º 9.430/96.

Nada obstante, tais argumentos não podem ser apreciados por este colegiado.

É que a atuação administrativa deve ser pautada pelas normas estabelecidas pela lei. A competência desta Casa está circunscrita a verificar os aspectos legais dessa atuação. Quanto a isso, vale a pena transcrever o que dispõem o artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/15, e a Súmula CARF n.º 2:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (grifei)

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ademais, cumpre enfatizar a exigência regimental para que os julgados desta Casa observem os entendimentos sumulados. É o que está determinado no artigo 72 do Anexo II do RICARF:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Da mesma forma, os questionamentos acerca da taxa de juros aplicada e da sua incidência sobre as multas de ofício também já se tratam de matéria sumulada. Veja-se:

Súmula CARF n.º 4: 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 n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF n.º 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Como se vê, as duas súmulas foram editadas em datas bem mais recentes do que o acórdão invocado pela recorrente (o de n.º 1802-000.815, julgado em 23/02/2011).

No que se refere aos questionamentos remanescentes, como relatado, a interessada não apresentou qualquer argumento para contestar os fundamentos da decisão recorrida. Apenas repetiu as razões já expostas na impugnação.

Em situações como esta, nas quais a parte não apresenta novas razões de defesa, o § 3º, do art. 57, do Anexo II, do RICARF, autoriza a transcrição da decisão recorrida quando o relator do julgamento nesta Casa confirma e adota os seus fundamentos. É o que se propõe:

Lançamento. Presunções

Quanto à apuração dos fatos tributários por presunções, não está vedado à fiscalização tributária tal procedimento.

(...)

Saliente-se que o exame individual de cada depósito, de que fala o § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996 é procedido quando a impugnante traz aos autos justificativas de cada depósito, com a documentação pertinente, que deve ser examinado um a um em cotejo com tais esclarecimentos e provas, para serem rejeitados ou aceitos.

Na espécie, a impugnante nada juntou para provar suas asserções.

No que concerne à Súmula nº 182 do extinto TFR, tem-se que ela foi editada antes da vigência da legislação atual, que permite a presunção de omissão de receitas conforme acima explicitado, não sendo mais aplicável.

Disponibilidade de renda. Dedução de despesas na apuração do lucro.

A impugnante argumentou que não foram deduzidas as despesas dos valores apurados por presunção com base em depósitos bancários.

Ora, na sistemática do Simples Nacional, a tributação se faz com base nos valores das receitas e estas, declaradas pela contribuinte, foram deduzidas dos montantes de depósitos e créditos bancários não justificados encontrados pela fiscalização, conforme se vê dos anexos que acompanham o Auto de Infração. Logo, não procede a argumentação aduzida.

Exclusão de diversas movimentações financeiras. Equívocos.

A impugnante questionou a falta de exclusão da relação de depósitos e créditos de valores como transferências entre contas da empresas, estornos, etc. Tal será examinado logo mais abaixo ao tratarmos do laudo pericial juntado pela autuada.

(Nota deste relator no CARF: o argumento utilizado sobre este assunto trata justamente da falta de documentação comprobatória para atestar as alegadas transferências, estornos, etc.)

Tributação pela sistemática do Simples Nacional. Arbitramento.

Foi alegada a nulidade do lançamento porque a fiscalização teria desconsiderado os livros fiscais e planilhas do contribuinte e, diante disso, não restaria alternativa além da aplicação do arbitramento, nos termos do art. 148 do CTN.

Ora, como afirmado acima, todas as receitas declaradas pela contribuinte foram deduzidas do montante de omissão apurada pelo Fisco, conforme se vê do demonstrativo constante às fls. 143 - Termo de Verificação Fiscal. Logo, não procede a alegação, sendo de se rejeitar a nulidade pleiteada.

Acresce, que a empresa era optante pelo Simples Nacional, sendo que a sua exclusão, nos termos legais, só ocorreu a partir de 1º de janeiro de 2011, consoante as razões constantes do Termo de Verificação Fiscal (v. item 5 - fls. 142-143) e objeto do processo nº 10840.720084/2015-58 já julgado por essa turma e mantida a exclusão conforme o Acórdão nº 04-40.714 de 10/05/2016.

Destarte, só poderia ser tributada em 2010 pelo Simples Nacional, descabendo totalmente a tributação pelo lucro arbitrado, vez que na sistemática e tributação simplificada são consideradas as receitas que, no caso foram apuradas com o acréscimo das receitas omitidas.

A Lei Complementar nº 123/2006 é clara ao dispor no art. 34, *in verbis*:

Da Omissão de Receita

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

CSLL - PIS/PASEP - COFINS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Quanto às autuações relativas à CSLL, Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, aplica-se o quanto delineado no voto relativo ao IRPJ.

A impugnante afirmou que o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 era norma endereçada tão somente à apuração do imposto de renda, mas ela própria assinalou que com a edição da Lei nº 11.941/2009 (MP 449/2008) houve a extensão da presunção legal de omissão de receitas para as contribuições sociais igualmente. Ora, os fatos geradores das referidas contribuições ocorreram em 2010, logo foram contemplados pela novel legislação.

Com efeito, dispõe a Lei nº 9.249/1995, com as alterações da Lei nº 11.941/2009, de forma categórica:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido –CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Logo, não procede a alegação da contribuinte a esse respeito.

Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A impugnante alegou longamente a respeito da inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo dos tributos devidos, estribando-se em fartas decisões judiciais, inclusive no RE nº 240.785/MG.

Como se viu acima, não cabe a discussão nesta sede a respeito de inconstitucionalidade.

Outrossim, as decisões judiciais fazem lei entre as partes litigantes e não têm repercussão geral para todos os contribuintes. Assim sendo, quando isso ocorrer, se ocorrer, é que poderá ser estendida a decisão judicial ao caso ocorrente, quando forem modulados os efeitos do *decisum*.

Quadra com perfeição a argumentação do Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator do Acórdão 1201001.580 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, sessão de 16 de fevereiro de 2017:

e) Do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS Conquanto a matéria, em termos teóricos, seja realmente objeto de controvérsia, considero, por enquanto, que não assiste razão à Recorrente.

Isso porque o entendimento em vigor nos Tribunais superiores, ao tempo deste voto, indica que o ICMS compõe o preço final da mercadoria que, por sua vez, integra o conceito de faturamento, tributável a título de PIS e COFINS.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, editado nas Súmulas n. 68 e 94, ao fixar que a parcela relativa ao ICMS integra o faturamento e, portanto, inclui-se na base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL (este posteriormente substituído pela COFINS, com a edição da Lei Complementar n. 70/1991).

Embora não se possa olvidar que o Supremo Tribunal Federal concluiu, em 08/10/2014, o julgamento do RE n. 240.785/MG, decidindo, naquele feito, pela exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, devemos ressaltar que os efeitos da decisão limitam-se às partes envolvidas naquele processo, uma vez que consideradas apenas as peculiaridades ali

debatidas, tanto assim que o próprio STF não tem aplicado o aludido precedente a outros feitos em que se discute a mesma matéria.

Por força disso, os Tribunais têm reconhecido a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições, pela vigência da legislação que dispõe sobre a matéria e das Súmulas exaradas pelo STJ, a exemplo de recente decisão do TRF da 3ª Região:

EI 000199827.1994.4.03.6100/SP, Rel. Des. Federal MAIRAN MAIA, eDJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 260, §1º DO REGIMENTO INTERNO DESTA E. CORTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE QUE SE AFASTA.

JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO LIVRE ACESSO À JUSTIÇA, DO DUPLO GRAU E DO CONTRADITÓRIO QUE NÃO SE VERIFICA NA ESPÉCIE. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. VIGÊNCIA PLENA.

PRECEDENTES DESTA SEGUNDA SEÇÃO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO NO MÉRITO.

1 – Tendo o juízo de admissibilidade dos embargos infringentes sido realizado pelo relator do acórdão impugnado, verifica-se o cumprimento do art. 260, § 1º, do Regimento Interno desta E. Corte, restando afastada a alegação de nulidade da decisão agravada.

2 – Julgamento monocrático dos embargos infringentes que atendeu aos ditames do art. 557 do Código de Processo Civil, restando afastada a alegação de violação aos princípios do livre acesso à justiça, do duplo grau e do contraditório, sobretudo em virtude da garantia processual conferida ao ora agravante de ver sua irresignação apreciada perante esta Segunda Seção via do presente recurso.

3 – Incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS que se mantém em razão da plena vigência das Súmulas 68 e 94 do C. STJ, até que sobrevenha decisão definitiva e com efeito vinculante a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à matéria. Precedentes desta Segunda Seção. (grifamos)

Como os julgamentos da ADC n. 18 (que tem por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98) e do RE 574.706/PR (em cujos autos foi reconhecida a repercussão geral da matéria) não foram concluídos até a presente data, temos que a questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS ainda pendente de pronunciamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual descabe, a este Conselho, afastar a legalidade de norma vigente e eficaz, até porque o STJ tem julgado o tema, na esteira das Súmulas n. 68 e 94, favoravelmente à pretensão do Fisco. (n/g)

Por outro lado, sequer houve a comprovação, por parte da contribuinte, de que as receitas omitidas sofreram a incidência do ICMS no caso concreto.

Destarte, é de se manter a autuação também quanto a este item.

Acerca deste último ponto, cumpre acrescentar que é cediço que o trânsito em julgado daquele RE n.º 574.406 foi recentemente declarado com a modulação dos seus efeitos definida para os períodos posteriores a 15/03/2017, ressalvados procedimentos judiciais e administrativos iniciados nos cinco anos anteriores.

No presente caso, o problema é que não se está diante de autuação que tributa o PIS e COFINS segundo as bases de cálculo previstas nas legislações que tratam dessas contribuições. Como relatado, o caso aqui trata de auto de infração atinente ao SIMPLES NACIONAL.

O SIMPLES NACIONAL não é um tributo. Trata-se, apenas, de um regime simplificado de apuração de diversos tributos. Como tal, a base de cálculo a partir da qual se

calcula os valores mensalmente devidos é fixada em lei e não possui identidade com as bases de cálculos dos tributos envolvidos. Neste sentido, até mesmo o IRPJ e a CSLL, que sabidamente possuem suas bases de cálculo associadas com o lucro empresarial, são incluídos naquela sistemática. Naturalmente, as parcelas dos valores devidos que são rateadas a título desses tributos invariavelmente se afastam daquilo que seria apurado se houvesse a rigorosa aplicação das correspondentes alíquotas sobre o lucro mensalmente apurado.

O raciocínio também se aplica ao PIS e à COFINS apesar de essas contribuições serem tributos cujas bases de cálculo, na modalidade cumulativa, se assemelham mais com a base de cálculo dos valores devidos mensalmente para o SIMPLES NACIONAL. Não há necessidade de identidade dessas bases.

Isto fica mais evidente quando se percebe que a inscrição no regime simplificado é meramente optativa. Veja-se, a propósito, a clareza do seguinte dispositivo estatuído na Lei Complementar n.º 123/06:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano-calendário. (*grifei*)

Portanto, o fato de ter havido qualquer resultado judicial favorável acerca da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS em nada influi na apuração dos valores mensalmente devidos por aqueles que optaram pelo ingresso no regime simplificado consubstanciado pelo SIMPLES NACIONAL. O julgado mencionado pela recorrente (o RE n.º 574.406) se restringiu a apreciar questões reativas ao PIS e à COFINS, não possuindo, assim, implicações com o regime do SIMPLES NACIONAL.

É bom também destacar que esta Turma já se posicionou neste sentido em recente caso que tratou do regime simplificado, ainda que na extinta modalidade do SIMPLES FEDERAL. Confira-se:

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.

O fato de ter havido qualquer resultado judicial favorável acerca da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS em nada influi na apuração dos valores mensalmente devidos por aqueles que optaram pela ingresso no regime simplificado consubstanciado pelo SIMPLES FEDERAL.

(Acórdão n.º 1302-005.462, de 20/05/2021)

Não se pode, assim, dar guarida à pretensão recursal.

Pelo exposto, oriento o meu voto no sentido de afastar as preliminares de nulidade e o pedido de conversão em diligência; e, no mérito, de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio