



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

Processo nº 11040.721569/2011-13
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1402-000.147 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 06 de novembro de 2012
Assunto SOBRESTAMENTO
Recorrente MARCONDES JESUS LEIRIA DE OLIVEIRA ME
Recorrida 1ª TURMA DA DRJ/POA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por unanimidade de votos, resolvem sobrestar o julgamento nos termos do § 1º, do art. 62-A, do Anexo II, da Portaria MF nº 256/2009; que aprovou o Regimento Interno do CARF, até pronunciamento definitivo do STF sobre o tema..

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinada digitalmente)

Carlos Pelá – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ- Simples, CSLL-Simples, PIS-Simples, COFINS-Simples, INSS-Simples (fls. 2/56) e de IRPJ, CSLL, pIS e COFINS, calculados pela sistemática do Lucro Arbitrado (fls. 208/248), lavrados em razão da suposta omissão de receita, apurada pelas autoridades fiscais a partir do confronto entre os valores das receitas registrados nos Livros Registros de Apuração do ICMS e os valores das receitas informadas na Declaração Simplificada na Pessoa Jurídica – SIMPLES, período de 01/01/2007 a 30/06/2007, e na DIPJ – Lucro presumido ou DCTF e DACON (para o PIS e Cofins), períodos de apuração 01/07/2007 a 31/12/2008.

O Contribuinte atua no transporte rodoviário de cargas, tendo apresentado no primeiro semestre de 2007, declaração simplificada pelo SIMPLES. Nos 2º e 3º trimestres de 2007 e 1º a 4º trimestres de 2008 apresentou a DIPJ com base no lucro presumido.

Além da omissão de receita apurada no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, na sistemática do SIMPLES, foram apuradas insuficiências nos recolhimentos de tributos nos mesmos períodos, em decorrência da alteração dos percentuais aplicáveis sobre a receita bruta acumulada por conta da adição da receita omitida à declarada.

Nos 3º e 4º trimestres de 2007 e nos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 2008, em razão da falta de escrituração no Livro Caixa da movimentação financeira, inclusive da bancária, e também, não tendo apresentado a escrituração comercial e fiscal, a Fiscalização, arbitrou o lucro, tomando por base a receita bruta.

Em virtude da omissão de receita apurada, foi aplicada multa qualificada de 150%, conforme art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96 e realizada a Representação Fiscal para Fins Penais (processo nº. 11040.721572/2011-37). No caso da insuficiência de recolhimento, foi aplicada multa de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

O Contribuinte apresentou impugnação (fls. 298/337) e documentos (fls. 338/402), trazendo, em síntese, os seguintes argumentos: **(i)** Alega que nos anos de 2007 e 2008 não possuía frota própria de caminhões, sendo necessário a contratação de veículos de terceiros. Desse modo, repassava 80% do valor cobrado pelos fretes. Portanto, somente podem ser considerados como base de cálculo, 20% dos valores recebidos pelos serviços de frete, ou seja, somente 20% de fato representa o faturamento. No caso, é inconcebível considerar os valores repassados a terceiros, que apenas transitaram pela contabilidade (mera entrada de numerário), como integrantes das bases de cálculo para os tributos; **(ii)** A impossibilidade de o ICMS ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS; **(iii)** A inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da COFINS determinada pela Lei nº 9.718/98; **(iv)** A multa no percentual de 150% não pode exigida, eis que em momento algum houve a intenção de omitir, muito menos de forma dolosa, a sua documentação fiscal. Além disso, a multa de 150% possui caráter confiscatório, sendo desproporcional, irrazoável e ilegal; e **(v)** Requer a produção de prova técnica contábil para que seja demonstrado que as bases de cálculo dos tributos apurados pela Fiscalização não levaram em com conta o real faturamento. Indica o perito.

A 1ª Turma da DRJ/POA julgou o lançamento procedente (fls. 413/428), nos termos da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Data do fato gerador: 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007

SIMPLES. RECEITA BRUTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE CARGAS

Na prestação de serviços de transporte de cargas, quando os serviços de transportes são realizados por conta e exclusiva responsabilidade da transportadora, recebendo os valores dos fretes, inclusive aqueles efetuados por terceiros, a totalidade dos recebimentos decorrentes dessas operações integra a receita bruta para fins de determinação da base de cálculo do SIMPLES, não tendo amparo legal a exclusão dos valores repassados a terceiros pelos fretes subcontratados.

SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITA

As diferenças existente entre as receitas registradas nos Livros Registros de Apuração do ICMS e as receitas informados na Declaração Simplificada na Pessoa Jurídica SIMPLES, constitui omissão de receita passível de tributação.

SIMPLES. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

É cabível a exigência das diferenças de imposto e contribuições recolhidas a menor, em decorrência da alteração dos percentuais aplicáveis sobre a receita bruta acumulada por conta da adição da receita omitida à declarada.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador: 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008

LUCRO ARBITRADO. RECEITA BRUTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE CARGAS. Na prestação de serviços de transporte de cargas, quando os serviços de transporte são realizados por conta e exclusiva responsabilidade da transportadora, recebendo os valores dos fretes, inclusive aqueles efetuados por terceiros, a totalidade dos recebimentos decorrentes dessas cálculo do lucro arbitrado, não tendo amparo legal a exclusão dos valores repassados a terceiros pelos fretes subcontratados.

LUCRO ARBITRADO. OMISSÃO DE RECEITA. As diferenças existente entre as receitas registradas nos Livros Registros de Apuração do ICMS e as receitas informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica e nas DCTF, constitui omissão de receita passível de tributação.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. PIS/PASEP. COFINS. CSLL. INSS. A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

BASE DE CÁLCULO. PIS/PASEP. COFINS. As contribuições para o PIS e para a COFINS devem ser calculadas com base na receita bruta, assim entendida a receita bruta da pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal.

RECEITA TRIBUTADA A MENOR. CONDUTA REITERADA. CABIMENTO DA MULTA AGRAVADA PARA 150%. A conduta do Contribuinte de oferecer à tributação receitas inferiores as realmente auferidas, reiteradamente, apurando e recolhendo imposto de renda e contribuições a menor, denota o elemento subjetivo da prática dolosa, justificando o agravamento da multa para 150%.

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 438/477), sustentando, preliminarmente, o cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de perícia e, no mérito, repisa os argumentos de sua peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

O recurso voluntário atende a todos os pressupostos de admissibilidade. Deve, pois, ser conhecido.

De plano, cumpre destacar que o recurso voluntário, assim como a impugnação interposta pela contribuinte é parcial, haja vista não apresentar qualquer contestação expressa às infrações que lhe foram imputadas pela fiscalização dando origem aos lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS calculados de acordo com a sistemática do Simples Nacional ou do Lucro arbitrado.

A Recorrente contesta, tão somente, a aplicação da multa qualificada de 150% e as bases de cálculo utilizadas pela fiscalização, atacando o conceito de receita bruta adotado para apuração do imposto de renda e das contribuições.

Assim, a omissão de um item no recurso voluntário e na impugnação da contribuinte, por si só caracteriza a concordância do sujeito passivo relativamente à parte não contestada, ensejando a aplicação do art. 17 do Decreto nº. 70.235/1972, que rege o Processo Administrativo Fiscal.

Dito isso, passo a analisar a preliminar argüida pela Recorrente.

Inicialmente, no que tange à preliminar de cerceamento de direito de defesa alegada pelo contribuinte, entendo descabida.

Do exame dos autos, especialmente da decisão *a quo*, é possível verificar que as instâncias anteriores consideraram os documentos e alegações apresentadas pelo contribuinte, muito embora tenha entendido pela desnecessidade de perícia.

Nesse contexto, não é demais frisar que a autoridade julgadora pode apreciar livremente as provas apresentadas conforme sua convicção e juízo, determinando a realização de diligência ou perícia quando entender imprescindíveis ao deslinde da controvérsia, o que não acontece no caso concreto.

Passo à análise do mérito.

Não merece reparo a decisão recorrida.

O Contribuinte sustenta que somente 20% dos valores recebidos a título de fretes representa faturamento, pois repassa o restante para terceiros que prestam o serviço de transporte de cargas em seus veículos. Assim, os valores repassados a terceiros, não poderiam integrar a base de cálculo dos tributos lançados.

Ora, não há previsão legal que permita, nas sistemáticas do Simples, do Lucro Arbitrado ou do Lucro Presumido, para que os valores repassados a terceiros a título de fretes possa ser deduzido da receita bruta.

Tanto no Simples, como no Lucro arbitrado e no Lucro presumido, a apuração do Imposto de Renda é baseada na receita bruta auferida, como pontuado pela decisão recorrida.

Com efeito, uma vez que o Contribuinte optou pelo Simples no período de 01/01/2007 a 30/06/2007 e teve o seu lucro arbitrado no período de 01/07/2007 a 31/12/2008, está correto o procedimento da Fiscalização que considerou como base de cálculo os valores totais dos fretes, sem excluir, por falta de previsão legal, os valores supostamente transferidos para terceiros pelos fretes subcontratados. Tais valores, se comprovados, somente poderiam ser deduzidos como custos ou despesas, caso fosse adotada a forma de tributação pelo lucro real, que não é o caso do Contribuinte.

Além disso, a Contribuinte alega erro no apuração dos créditos tributários lançados e razão **(i)** da inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da COFINS determinada pela Lei nº 9.718/98; e **(ii)** da impossibilidade de o ICMS ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

De fato, a inclusão de receitas não operacionais na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme previstos no § 1º do art. 3º da Lei nº. 9.718/98, foi devidamente declarada inconstitucional pelo Plenário do STF.

Em 09/11/2005, o Tribunal Pleno do STF completou o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 346.084-6, 358.273, 357.950 e 390.840-5, declarando inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS introduzida pela Lei nº 9.718/98.

Ao fazê-lo, o STF impediu a incidência destas contribuições sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº. 70/91.

Nos termos da decisão do STF, o PIS e a COFINS só poderiam incidir sobre o “faturamento”, assim entendido, a somatória das receitas provenientes da venda de mercadoria e/ou serviços, afastada sua incidência sobre qualquer outra receita.

No entanto, vale notar que as receitas decorrentes da prestação de serviço de fretes é receita operacional para a Recorrente. Não se trata, pois, de receita financeira, que poderia ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da decisão do STF.

Finalmente, aduz a Contribuinte sobre a impossibilidade de o ICMS ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ora, o tema é de interesse coletivo, dos contribuintes em geral e da Administração Fazendária, qual seja a questão da inclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por essa razão, a disputa constitucional sobre a inclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS foi considerada de “repercussão geral” pelo STF, afeto à sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869/73).

A qualificadora constitucional da repercussão geral, uma vez reconhecida, oferece solução definitiva sobre a matéria e impede a repetição processualmente indevida e socialmente onerosa de outros processos com identidade de objetos e efeitos.

A verificação da existência da preliminar formal impõe aos julgadores deste Conselho a aplicação do artigo 62-A do Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº. 256/09, vejamos:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Assim, é de se sobrestar o feito, nesse ponto, até o deslinde da controvérsia pelo STF no julgamento do RE 574706.

Multa qualificada

O motivo invocado pela autoridade fiscal atuante para qualificar a multa de ofício foi o seguinte: “Considerando a expressiva divergência de valores e a falta de fundamento nos esclarecimentos prestados pela empresa, não se pode afirmar que esse fato tenha sido decorrente de um simples erro da fiscalizada, restando configurada a intenção dolosa na conduta adotada pelo contribuinte, com o propósito específico de impedir ou retardar o conhecimento, pelo fisco, do fato gerador do tributo.”

Compulsando-se dos autos é possível verificar que durante o procedimento fiscal foram conferidas duas oportunidades para que a Recorrente apresentasse os Livros Contábeis (Diário e Razão), ou o Livro Caixa contendo toda a movimentação financeira inclusive bancária.

No entanto, a empresa apresentou tão somente o Livro Caixa, que, contudo, não apontava a movimentação bancária. Além disso, conforme dados informados em DCPMF (Declaração da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira) para o ano-calendário de 2007 e em DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira) para o ano-calendário de 2008, a empresa realizou movimentação financeira nos dois anos-calendário.

Assim, tornou-se evidente o intuito da Recorrente em evadir-se da fiscalização, obstruindo a conferência dos valores efetivamente apurados.

Corroborando esse entendimento, temos, ainda, que a Recorrente não contestou os créditos tributários lançados ou o arbitramento realizado pela fiscalização, demonstrando concordar com os valores cobrados.

No que tocam às demais alegações de infração aos princípios constitucionais, tais como o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e do não-confisco, como já afirmado, descabe tal análise pelo julgador administrativo.

Cite-se o enunciado da Súmula nº 2 deste Conselho:

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

Posto isso, encaminho meu voto no sentido de sobrestar a decisão final sobre a lide, em razão da questão sobre a inclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pendente de análise pelo STF, que poderá impor o recálculo das contribuições devidas.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá - Relator



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por CARLOS PELA em 09/07/2013 11:24:49.

Documento autenticado digitalmente por CARLOS PELA em 09/07/2013.

Documento assinado digitalmente por: LEONARDO DE ANDRADE COUTO em 18/07/2013 e CARLOS PELA em 09/07/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 04/05/2020.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP04.0520.09459.DL2N

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

F7F96E9903EB3B4B8B1D13A47A6F87838E08690B