



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.004637/2002-15
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-012.739 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 10 de dezembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DEFER SA FERTILIZANTES

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. O VALOR DO ICMS NÃO PODE SER INCLUÍDO NA BASE DE CÁLCULO DA REFERIDA CONTRIBUIÇÃO. LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE

Por aplicação obrigatória do decidido no RE nº 574.906/PR, sob repercussão geral, que transitou em julgado, a parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda na condição de contribuinte, não compõe a base de cálculo da Contribuição para o PIS e para a COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergências interposto pela Fazenda Nacional contra a decisão consubstanciada no **Acórdão nº 3401-004.378**, de 26/02/2017 (fls. 448/460), proferida pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de julgamento/MF, que deu parcial provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

Do Auto de Infração

Trata de processo de Auto de Infração (fls. 162/170), decorrente do lançamento de ofício por falta/insuficiência de recolhimento da **COFINS**, do período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2000. O Contribuinte entregou as DCTF's sob a Intimação da Fiscalização, perdendo a espontaneidade e, de abril de 2000 a dezembro de 2001, não incluiu as receitas na base de cálculo da Contribuição, acrescentando-se, por isso a multa de ofício de 75% (fls. 162/170).

Impugnação e Decisão de 1ª Instância

Cientificado do Auto de Infração, o Contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 174/197), solicitando a improcedência da autuação, sob os seguintes argumentos:

1) que houve cerceamento de defesa, pois no caso concreto não fora cumprido o artigo 142 do CTN, havendo necessidade de identificação da matéria tributável, vez que não se trouxe maiores explicações sobre o embasamento legal, prejudicando a defesa do contribuinte;

2) defendeu que o ICMS e as receitas financeiras não compõem o faturamento, de acordo com o art. 2º, da LC 70/91, citando doutrina e jurisprudência;

3) que a multa de ofício de 75%, tem caráter confiscatório; que os juros de mora contrariam os artigos 146, III, "b" e 192, §3º, ambos da CF/88, e 4) que não devem incidir juros sobre a multa de ofício.

A DRJ em Porto Alegre (RS), apreciou a Impugnação e, em decisão consubstanciada no Acórdão nº **3.803**, de 31 de maio de 2004 (fls. 235/248), considerou **procedente** o lançamento. A decisão assentou que:

1. não ocorre nulidade ou cerceamento de defesa, quando o lançamento obedece a legislação que rege o lançamento fiscal e o contribuinte tem conhecimento da infração imputada, exercendo plenamente seu direito de defesa;

2. demonstrado/comprovado nos autos a falta de recolhimento da COFINS, esta deve ser exigida de acordo com a legislação de regência, a qual somente aceita a exclusão da base de cálculo, as situações jurídicas expressamente elencadas na lei;

3. arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Recurso Voluntário

Cientificada da decisão de 1ª instância, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 264/292), requerendo a reforma da decisão recorrida, para o fim de que seja cancelada totalmente a exigência fiscal, apontando: 1) inconstitucionalidade: alega que a

doutrina entende que não é prerrogativa somente do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei; 2) reiterou a tese da inconstitucionalidade da inclusão da receita financeira (juros) e do ICMS na BC da COFINS, pois são rubricas estranhas ao conceito de faturamento; 3) arguiu sobre a inconstitucionalidade da fixação de juros pela Taxa SELIC; 4) defendeu que o lançamento ofendeu o artigo 142 do CTN, posto que a matéria tributável não restou devidamente individualizada, tornando impossível a defesa; e 5) do caráter confiscatório da multa de 75%, violando o artigo 150, IV, da CF/88.

Consta às fls. 293/294 dos autos, o procedimento de arrolamento de bem imóvel, protocolizado no dia 28/10/2004.

Decisão de Segunda Instância

O recurso foi submetido a apreciação da Turma julgadora e exarada a decisão consubstanciada no **Acórdão nº 203-10.948**, de 23/05/2006 (fls. 297/299), proferida pelo Segundo Conselho de Contribuintes/MF, **que não conheceu** do Recurso Voluntário apresentado.

Nessa decisão o Colegiado assentou que: Arrolamento de Bens, intempestividade do recurso: o conhecimento do recurso depende não somente da apresentação do recurso no prazo, mas da apresentação do “arrolamento de bens em conjunto e no mesmo prazo do apelo voluntário”. Constatada deficiência na instrução do recurso, tendo o contribuinte efetuado o arrolamento de bens após o término do prazo recursal, deve aquele ser considerado inadmissível.

Recurso Especial do Contribuinte

Cientificada do Acórdão nº 203-10.948, de 23/05/2006, a Contribuinte interpôs Recurso Especial de divergência (fls. 354/361), defendendo que o oferecimento do arrolamento de bens um dia após a interposição do recurso em nada obsta o pleno conhecimento deste, vez que o §2º, do artigo 33 do Decreto 70.235, de 1972, não faz exigência seja no mesmo momento da interposição, o que é repetido pela IN/SRF 26, de 2001, entendendo que o arrolamento de bens pode ser feito até o momento anterior ao exame de admissibilidade. Que o Decreto 4.523, de 2002, que trata do arrolamento de bens para a interposição de Recurso Voluntário também não impõe momento específico para a apresentação de bens arrolados.

À fl. 365, consta o Despacho nº 203-271, o qual negou seguimento ao Recurso Especial, tendo em vista que não fora comprovada a divergência, Despacho de fls. 362/364.

Solicitação de Nulidade do Acórdão

Cientificada da negativa do seguimento do Recurso Especial, a Contribuinte, protocolizou requerimento de "declaração da nulidade do Acórdão" (fl. 380), frente à intempestividade do arrolamento de bens, conforme ADI/RFB 16/2007, e sobreveio decisão do CARF (fls. 385/386), entendendo irreformável a decisão, vez que a decretação de nulidade é voltada para as unidades da RFB e não para o CARF.

Recurso ao Poder Judiciário

Às fls. 415/420 foi juntada Ação de conhecimento, com pedido de Tutela Antecipada, requerendo que fosse o Recurso Voluntário admitido e julgado, pois o STF, na ADI 1976/DF, o Tribunal Pleno, declarou a inconstitucionalidade do artigo 33, §2º do Decreto

70.235, de 1972. Comprovou às fls. 423/424, que obteve sentença favorável e que a Procuradoria da Fazenda Nacional abdicou de interpor apelação, por força da Súmula Vinculante 21 do STF e, do Parecer PGFN/CRJ 891/2010 (fl. 414).

Consta à fl. 431, proposta da PGFN de cancelamento de inscrição de Dívida Ativa da União do débito cobrado em execução fiscal, referente ao Recurso Voluntário, cuja ordem fora dada na fl. 433, remetendo-se o processo para este Tribunal para o seu julgamento (fl. 446).

O processo, então, foi encaminhado ao CARF, para prosseguimento do julgamento do Recurso Voluntário.

Decisão do CARF

O recurso foi submetido a apreciação da Turma julgadora e exarada a decisão consubstanciada no **Acórdão nº 3401-004.378**, de 26/02/2017 (fls. 448/460), proferida pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de julgamento/MF, que deu parcial provimento ao Recurso Voluntário apresentado. Nessa decisão o Colegiado assentou que:

i- o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei pelo CARF encontra óbice na Súmula nº 2, do CARF;

ii- o lançamento tributário que apontou quais foram as rubricas objeto da glosa, não viola o artigo 142 do CTN;

iii- as Receitas financeiras não compõem a base de cálculo da COFINS, nos termos da decisão do STF nos autos do RE nº 390.840/MG; e

iv- a parcela do ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS, de acordo com a decisão de mérito proferida pelo STF, em sede de repercussão geral – RE nº 574.706/PR.

Recurso Especial da PGFN

Regularmente notificado do Acórdão nº 3401-004.378, de 26/02/2017, a Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial (fls. 462/480), apontando divergência com relação à seguinte matéria: **(1) à exclusão do ICMS** da base de cálculo das contribuições sociais cumulativas, como consequência da reprodução do decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR

Aduz que o Acórdão proferido no RE 574.706/PR, segundo o qual a parcela do ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS, não transitou em julgado até a presente data. Na verdade, o processo está aguardando julgamento de embargos de declaração apresentados pela Fazenda Nacional. Por outro lado, o acórdão proferido REsp 1.144-469/PR que tratou da mesma temática, em sede de julgamento de recurso repetitivo, também sob o amparo da norma que demanda a sua reprodução obrigatória no âmbito do CARF, julgou em sentido diverso e já teve seu trânsito em julgado certificado em 13/03/2017.

Indicou como paradigmas os Acórdãos nºs 3201-003.375 e 3302-005.149.

Em sede de análise de admissibilidade, verificou-se que não houve, caracterização de divergência, uma vez que ambos os Acórdãos - recorrido e paradigma - não tiveram decidido em sentido oposto a mesma questão objeto do recurso especial interposto.

Com tais considerações, o Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de julgamento do CARF, com base no Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial de fls. 483/486, **negou seguimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Agravo

Cientificado do Despacho acima, o Contribuinte apresentou o recuso de Agravo (fls. 488/495), contra o Despacho proferido pelo Presidente da 4ª Câmara/3ª Seção.

Em sua petição, o Agravante, aponta que a decisão deu provimento ao recurso voluntário também em relação ao tema por ela atacado em seu Recurso Especial, como resulta cristalino da transcrição já feita no próprio Despacho agravado. Defende que o recurso especial se volta contra a decisão e não contra o dispositivo do Acórdão.

Examinado o recurso, a Presidente da CSRF, sustentado nos fundamentos consignados no Despacho em Agravo de 23/08/2018 (de fls. 498/506), ACOLHEU PARCIALMENTE o Agravo para determinar o RETORNO dos autos à 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento para exteriorização do juízo de admissibilidade do recurso especial acerca da divergência "exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais cumulativas, como consequência da reprodução do decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR".

Reanálise do Recurso Especial da PGFN

Em atenção ao Despacho acima da Presidente da CSRF, deu-se prosseguimento ao exame do Recurso Especial sobre a seguinte divergência: **(1) à exclusão do ICMS** da base de cálculo das contribuições sociais cumulativas, como consequência da reprodução do decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR.

A Fazenda Nacional indicou como paradigmas os Acórdãos nºs 3201-003.375 e 3302-005.149, a legando que:

- no Acórdão recorrido, a Turma invocou o decidido em regime de repercussão geral, nos autos do RE 574.706/PR, que fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Referiu ainda a Solução de Consulta RFB 6.012/2017, vinculada à Solução de Consulta COSIT 137/2017, que sinalizam que não há solução definitiva do mérito, não gerando, *a priori*, uma vinculação para os julgamentos do CARF.

- no Acórdãos paradigmas, assentaram que em que pesasse o STF ter decidido de forma favorável à tese dos contribuinte no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR com repercussão geral, publicado no DJE em 02/10/2017, como ainda não se trata da "decisão definitiva" a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF. não é o caso de sua reprodução no presente julgamento, cogitando-se inclusive que o STF module os efeitos da decisão. Aduziu que a decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos proferida no REsp nº 1.144.469/PR continua vigente e eficaz enquanto não reformada.

Em sede de reanálise de admissibilidade, verificou-se que houve sim, caracterização de divergência, uma vez que ambos os Acórdãos - recorrido e paradigma – decidiram de forma divergentes para situações semelhantes (inclusão do ICMS na BC das Contribuições).

Com tais considerações, o Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de julgamento do CARF, com base no Despacho de Admissibilidade de Recuso Especial de fls. 483/486, **deu seguimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Contrarrazões do Contribuinte

Cientificada do Acórdão nº 3401-004.378, de 26/02/2017, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do Despacho que lhe deu seguimento, o Contribuinte NÃO apresentou suas contrarrazões, conforme Despacho de fl. 552.

O processo, então, foi sorteado para este Conselheiro para dar prosseguimento à análise do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator.

Conhecimento

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, conforme consta do Despacho de Admissibilidade do Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de julgamento/CARF de fls. 483/486, com os quais concordo e cujos fundamentos adoto neste voto. Portanto, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Mérito

Para análise do mérito, se faz necessária a delimitação do litígio. No presente caso, cinge-se a controvérsia em relação à seguinte matéria: **(1) à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais cumulativas**, como consequência da reprodução do decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR.

Pois bem. Essa matéria foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 574.706/PR, entendendo que o valor do ICMS não deve compor a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins. Considerando-se que a aplicação desse entendimento é obrigatória para os conselheiros do CARF, nos termos do art. 62 do Regimento Interno do CARF, é de se reconhecer que a decisão recorrida deve ser mantida.

Dessarte, considero improcedente o Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional, para manter a decisão recorrida quanto a esta matéria.

Conclusão

Considerando todo o acima exposto, voto para conhecer e no mérito **negar provimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos