



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.721607/2012-85
Recurso Voluntário
Resolução nº **1302-001.021 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de setembro de 2021
Assunto CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA
Recorrente TCHAM! BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Marozzi Gregório, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lúcia Machado Mourão, Flávio 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 em relação ao Acórdão nº 14-45.599, de 24 de outubro de 2013, por meio da qual a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP julgou improcedente a Impugnação apresentada pela Recorrente acima identificada (fls. 118/125).

O presente processo decorre de Autos de Infração lavrados em desfavor da Recorrente, conforme fls. 2/45, para a exigência de valores relativos ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e contribuições reflexas, em relação ao ano-calendário de 2009. A autuação se deu pela constatação da existência de receita bruta referente à venda de produtos escriturada e não declarada, conforme detalhado no Relatório Fiscal de fls. 46/51.

Cientificado do lançamento, o sujeito passivo apresentou a Impugnação de fls. 97/111, na qual se limita a alegar a necessidade de exclusão do valor referente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); a impossibilidade de exigência de juros de mora calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic); e o caráter confiscatório e desproporcional da multa de ofício.

Na decisão ora recorrida, a autoridade julgadora, em primeiro lugar, apontou a definitividade das exigências em relação ao IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

Fl. 2 da Resolução n.º 1302-001.021 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11516.721607/2012-85

(CSLL), por não terem recebido contestações específicas. Quanto à questão do ICMS, esclareceu que, exceto nos casos de substituição tributária, não há base legal para a dedução do referido tributo das bases de cálculo da Contribuição ao PIS e à Cofins. Além disso, a competência para a apreciação das arguições de inconstitucionalidade seria privativa do Poder Judiciário, não podendo haver tal análise por parte do julgador administrativo.

Em relação à multa de ofício, os julgadores consideraram que a vedação ao confisco é dirigida o legislador, de modo que “positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou”. Por fim, quanto aos juros de mora, além de argumentos semelhantes aos acima destacados, destacaram que não há disposição que corrobore a tese da limitação dos juros de mora ao percentual de 1% ao mês.

A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2001, 2002, 2003

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a exigência relativa a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO.

Inexiste previsão legal para deduzir do faturamento o valor do ICMS que não corresponda ao destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços, na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2007, 2008

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO.

Inexiste previsão legal para deduzir do faturamento o valor do ICMS que não corresponda ao destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços, na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

INCONSTITUCIONALIDADE.

É competência atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário, pela Constituição Federal, manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, cabendo à esfera administrativa zelar pelo seu cumprimento.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

Após a ciência, foi apresentado o Recurso Voluntário de fls. 134/150, no qual a Recorrente reitera as alegações apresentadas na Impugnação. Inovadoramente, defende que os juros de mora não devem incidir sobre a multa de ofício.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 17 de março de 2014 (fl. 132), e apresentou o seu Recurso, em 16 de abril do mesmo ano (fl. 134), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado pela sócia-administradora da pessoa jurídica.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 3º, inciso I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Como relatado, porém, o Recorrente traz, na peça recursal, alegações relativas a matérias não questionadas por ocasião da Impugnação, a saber contestação à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto n.º 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública.

No caso dos autos, a não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício não se enquadra nas exceções acima.

Fl. 4 da Resolução n.º 1302-001.021 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11516.721607/2012-85

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento, exceto em relação à matéria não tratada na Impugnação.

2 DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES

Como relatado, a principal alegação apresentada pela Recorrente diz respeito à necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Trata-se de matéria tratada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706/PR, que determinou a exclusão em questão, conforme ementa a seguir:

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.

O referido julgamento se deu em sede de repercussão geral, o que atrairia a observância obrigatória pelos órgãos do CARF, por força do disposto no art. 62, §2º, do Anexo II do RI/CARF.

Em alguns julgamentos posteriores realizados no âmbito do CARF (a exemplo do Acórdão n.º 3301-004.416, sessão de julgamento de 22 de março de 2018, Relator Conselheiro José Henrique Mauri), tal obrigatoriedade foi afastada pelo fato de a referida decisão ainda não ser definitiva, posto que pendente o julgamento de Embargos de Declaração. Assim, com base no mesmo dispositivo do RI/CARF, dever-se-ia continuar a obedecer ao entendimento do STJ firmado por meio do julgamento do Recurso Especial n.º 1.144.469/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Esta Turma, por meio do Acórdão n.º 1302-002.690 (sessão de julgamento de 16 de março de 2018, Relator Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias), enfrentou a matéria, ocasião em que entendeu que, apesar da ausência do trânsito em julgado, o precedente criado pela decisão do STF deve ter aplicação imediata.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o entendimento do STF, conforme, a título ilustrativo, as decisões proferidas nos AgInt no REsp 1.603.354/SP (Rel.

Fl. 5 da Resolução n.º 1302-001.021 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11516.721607/2012-85

Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/05/2019, DJe 22/05/2019) e no REsp 1.773.605/PE (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 19/11/2018).

Este Colegiado, porém, a partir do Acórdão n.º 1302-002.908 (sessão de julgamento de 24 de julho de 2018, Relator Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias), reviu o seu posicionamento, em decorrência da ausência de definitividade da decisão do STF, o que, a teor do já citado art. 62, §2º, do Anexo II do RI/CARF, não tornaria obrigatória a sua observância pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Como consignado no voto condutor do citado Acórdão desta Turma:

Assim, mesmo que haja um precedente fixado, que vincula os órgãos judicantes, ainda não se sabe ao certo a extensão temporal da decisão do STF, sendo temerário, neste momento, aplicar, de forma precária, aquele precedente em fatos pretéritos.

No mesmo sentido, os Acórdãos n.º 1302-002.977 (sessão de julgamento de 26 de julho de 2018, Relator Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado) e 1302-004.095 (sessão de julgamento de 11 de novembro de 2019, Relator Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias).

A situação sofreu nova alteração, na medida em que os referidos Embargos de Declaração foram objeto de julgamento, em 13 de maio de 2021, cujos únicos efeitos foram a modulação dos efeitos, com a ressalva às ações judiciais e administrativas anteriores, conforme ementa a seguir:

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 NÃO 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.

Conquanto não tenha havido, ainda, o trânsito em julgado do referido Acórdão, tal fato é iminente, de modo que não se mostra prudente proceder a alguma decisão neste instante sem apreciar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto posto proponho a conversão do julgamento do recurso voluntário em diligência, com a remessa dos autos à Unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de jurisdição da Recorrente, para que:

- (i) elabore-se relatório conclusivo, inclusive com valores, da decisão exarada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706/PR em relação ao lançamento fiscal de que tratam os presentes autos, podendo, para tanto,

Fl. 6 da Resolução n.º 1302-001.021 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11516.721607/2012-85

caso entenda cabível, obter manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

- (ii) dê ciência do relatório acima referido à Recorrente, facultando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação a respeito do seu conteúdo, a qual deverá ser acompanhada das correspondentes provas;
- (iii) apresentada ou não manifestação pela Recorrente, no referido prazo, devolva o presente processo, para prosseguimento do julgamento do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo