



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

Processo nº 13016.000973/2008-87
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1202-000.156 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 04 de dezembro de 2012
Assunto Sobrestamento do julgamento do recurso.
Recorrente RODOVIÁRIO SENI LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em determinar o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Viviane Vidal Wagner, Geraldo Valentim Neto, Orlando José Gonçalves Bueno e Nelson Lósso Filho.

Relatório

Contra a empresa Rodoviário Seni Ltda., foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls. 672/697, PIS, fls. 698/723, COFINS, fls. 724/749, e CSLL, fls. 750/771, por ter a fiscalização constatado infrações à legislação tributária.

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolada em 28/10/2008, em cujo arrazoado de fls. 789/817 contesta o lançamento.

Do Relatório do Acórdão de Primeira Instância, fls. 966/973, extraio o seguinte excerto:

“O litígio tem origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.06.00-2008-00579-9 (ver fl. 06).

Conforme relatório fiscal de fls. 773/780, os trabalhos de auditoria foram direcionados para a verificação do "motivo das diferenças entre os valores das saídas/faturamento lançados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS e os valores declarados nas PJ/Simples (período de 01/01/2004 a 30/06/2007), bem como com a DIPJ (período 01/07/2007 a 31/07/2007)".

Nos períodos examinados, a forma de tributação adotada pela pessoa jurídica foi a seguinte (ver fl. 24):

Após comparar os registros constantes (a) do livro registro de saídas do ICMS e dos conhecimentos de transporte rodoviários de cargas apresentados pela contribuinte com (b) as declarações apresentadas à Receita Federal do Brasil — RFB, a autoridade fazendária concluiu que as divergências examinadas dizem respeito a valores excluídos a título de descontos condicionais e sub-contratação de fretes das bases de cálculo dos tributos federais devidos, conforme descrito à fl. 774:

"(..) o contribuinte excluiu dos valores lançados nestes Livros [os livros do ICMS] os descontos condicionais em função da mudança no peso final do transporte de produtos perecíveis e o repasse na sub-contratação de fretes".

Segundo o agente fiscal, as exclusões ocorreram à revelia da legislação (em especial à vista do art. 40, §1º, da IN SRF nº 355/2003 I), caracterizando a prática de omissão de receitas. O quantitativo das exclusões — que em alguns períodos de apuração atingem valor até dez vezes maior do que a receita declarada —, está demonstrado no quadro de fl. 13.

Diante desse cenário, a fiscalização:

a) formalizou representação administrativa (ver fls. 01/05), que culminou na exclusão de ofício do SIMPLES, com efeitos a partir de 2004, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 68, de 10/09/2008 (fl. 643), face à caracterização da hipótese prevista no art. 14, V, da Lei nº 9.317/1996 (prática reiterada de infração à legislação tributária), conforme descrito no Parecer ARF/BGS/RS nº 002, de setembro/2008 (fls.641/642);

b) realizou o lançamento de ofício do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e reflexos de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social —COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, consubstanciado nos auto de infração de fls. 672/697 (IRPJ), 698/723 (PIS), 724/749 (COFINS) e 750/771 (CSLL), com ciência à contribuinte 26/09/2008.

Tendo em vista que a contribuinte não apresentou escrituração contábil regular ou livro caixa para os períodos auditados, a apuração dos tributos devidos ocorreu com base no lucro arbitrado, forte no art. 530, III, do RIR/99, tomando-se como base de cálculo a receita bruta conhecida, nos termos do art. 537 do mesmo RIR/99.

Quanto à diferença de tributos devidos vinculados às receitas declaradas, foi aplicada multa de ofício de 75%; já aos valores devidos

vinculados às receitas omitidas foi associada a multa qualificada de 150%.

À fl. 774, a fiscalização expõe suas razões para a aplicação da multa qualificada, a saber:

"o contribuinte com a sua conduta impediu/retardou o conhecimento por parte da autoridade tributária da ocorrência do fato gerador relativo a grande parte de sua receita, conforme demonstrativo de fl. 13, apenas sendo apurado os valores corretos em procedimento de fiscalização(...)".

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão em 27/10/2008 (fl. 01 do processo apenso) e impugnação contra o auto de infração em 28/10/2008 (fls. 789/817). A manifestação de inconformidade foi originalmente instruída em processo administrativo fiscal autônomo (de nº 13016.001219/2008-64), que restou apensado aos presentes autos. Ambos os recursos foram protocolizados tempestivamente.

As alegações apresentadas na manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão, protocolizada junto ao processo 13016.001219/2008-64, em resumo, são as seguintes:

- a) A contribuinte reclama a nulidade do ato de exclusão, sob o argumento de que não teria ocorrido, em momento anterior, a "conclusão do processo administrativo" relativo ao lançamento de ofício dos tributos devidos.*
- b) Defende que a premissa adotada pela fiscalização de que teria ocorrido prática reiterada de infração tributária decorre de mera presunção.*
- c) Subsidiariamente, alega que os efeitos da exclusão somente poderiam incidir "para frente, ou seja, a partir da decisão definitiva do presente procedimento administrativo tributário".*

Já os argumentos presentes na impugnação aos autos de infração estão organizados em dois segmentos principais: preliminares de nulidade (fls. 791/794) e mérito (fls. 794/815), a saber:

Quanto às preliminares de nulidade

- a) A impugnante defende que o auto de infração está eivado de vício de nulidade, dado que "(...) não foram observados os requisitos estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 na lavratura da presente autuação". Argumenta que "não consta no referido Auto de Infração a base de cálculo do imposto exigido, a forma de arbitramento, de forma que não se mostra verificável se a apuração dos valores está correta". (fl. 791)*
- b) Adiante, reclama que "o auto de infração ora impugnado também se mostra nulo, em face das penalidades aplicadas". (fl. 792)*
- c) Alega ainda que haveria nulidade quanto ao arbitramento levado a efeito pela autoridade fiscal, tendo em vista que a contribuinte "realizou todos os procedimentos necessários previstos no artigo 264,*

parágrafo primeiro, do Decreto nº 3.000/99 — RIR assim que constatado o extravio". Ao final, defende que "não prospera o argumento da Autoridade Fiscal para arbitramento a ausência de extratos bancários". Cita decisões do Conselho de Contribuintes.

Quanto ao mérito

a) Nos tópicos 2.1.2 e 2.2, contesta a existência de omissão de receitas no caso concreto. Defende a licitude da exclusão dos valores repassados a terceiros das bases de cálculo tributáveis, sob o argumento de que essas parcelas não configuram receitas próprias. Argumenta que "nem todo ingresso tem natureza de receita, sendo indispensável para tanto o caráter de definitividade dos valores ingressados". Ademais, afirma que os valores apurados pela fiscalização estão vinculados a levantamentos feitos por amostragem (ver fl. 805).

b) Ainda no item 2.2 (fls. 803/804), reclama que a autoridade fazendária não procedeu "aos descontos permitidos pela legislação, quais seja, vendas canceladas, descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente, bem como os valores das subcontratações", quando da apuração do IRPJ devido. Ademais, argumenta que "não se mostra aplicável o Adicional de Imposto de Renda em relação à tributação das receitas declaradas".

c) No tópico 2.1.3, nominado "Da Exclusão do SIMPLES", ratifica a inconformidade em relação ao ato de exclusão do SIMPLES, sob a premissa de que não teria sido comprovada pela fiscalização a prática reiterada de infração por parte da contribuinte. A seguir, reclama que a fiscalização não contemplou os pagamentos realizados na modalidade SIMPLES na apuração dos débitos lançados de ofício.

d) O item 2.3 diz respeito à incidência do PIS e COFINS. De início, ratifica os argumentos de que não há omissão de receitas, de sorte que entende improcedentes as exigências fiscais pertinentes a estes tributos. Subsidiariamente, argumenta a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/1998 e requer que sejam excluídos da base de cálculo do PIS e COFINS os valores do ICMS e de todas as receitas que não sejam operacionais.

e) Nos itens 2.4 e 2.5 apresenta extensa argumentação contrária à incidência dos juros moratórios e multa de ofício. Nesse particular, requer (ver fls. 816/817), verbis:

- "sejam aplicados aos débitos juros de 1% (um por cento ao mês) ao invés da SELIC, e, determinada a exclusão do cálculo dos valores exigidos no auto de infração a aplicação da taxa SELIC ou correção monetária e juros".*
- "seja determinada a supressão da penalidade punitiva de 75% (setenta e cinco por cento), uma vez que inexistiu falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração inexata, nos termos do artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 11.488/2007";*
- "seja determinada a supressão da penalidade de 150% (cento e cinquenta por cento), em razão da ausência de comprovação do*

inequívoco intuito de fraude, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 11.488/2007”.

Em 05 de agosto de 2009 foi prolatado o Acórdão nº 10-20.509, da 1ª Turma de Julgamento da DRJ Porto Alegre, fls. 966/973, que considerou procedente em parte o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2008

DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

É desnecessário que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício, e vice e versa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

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. O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da CSLL, PIS e COFINS.

RECEITAS DE CONTRATOS DE TRANSPORTE. SUBCONTRATAÇÃO DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS VALORES RELATIVOS À SUBCONTRATAÇÃO.

Inexiste agenciamento nos casos em que a prestadora de serviços de transporte contrata, em seu nome, serviços de transporte de terceiros para cumprir o contrato firmado com o tomador de serviço, configurando-se como faturamento o valor integral do primeiro contrato.

CONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa é incompetente para decidir sobre a constitucionalidade de atos normativos.

MULTA DE OFÍCIO.

A prova inequívoca do dolo havido na conduta da contribuinte é indispensável para a aplicação da multa qualificada.

TAXA SELIC.

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. (Súmula nº4 do 1º CC).

Impugnação Procedente em Parte”

Cientificada em 25 de agosto de 2009, AR de fls. 988, e novamente irressignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolado em 22 de setembro de 2009, em cujo arrazoado de fls. 992/1024 repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

O recurso voluntário é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

A matéria discutida trata de exclusão do SIMPLES e arbitramento do lucro tributável, motivada pela falta de apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais.

Na sua impugnação e no recurso, alega a empresa ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Essa matéria está sendo questionada no Judiciário. A discussão já chegou ao Supremo Tribunal Federal que, analisando o litígio, com característica de repercussão geral, sobrestou a decisão até ulterior deliberação.

Conforme determina o artigo 62 A do RICARF, o julgamento do recurso deve ser sobrestado até decisão definitiva do julgado do STF.

Essa matéria não é nova na Turma, já tendo sido abordada pela Conselheira Viviane Vidal Wagner na Resolução nº 1202-000.148, da sessão de 07 de novembro de 2012, o qual peço vênia para transcrever seus fundamentos:

“Passando à análise do mérito, contudo, depara-se com uma questão prejudicial ao julgamento, pois, dentre as matérias litigiosas, encontra-se a dedução do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, com a alegação de que sua inclusão é ilegítima e inconstitucional.

A discussão sobre a exclusão do ICMS nos mesmos moldes da do IPI, considerando-se que esta tem previsão legal e aquela, não, chegou ao STF com o início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, após ter sido pacificada no âmbito do STJ, com a edição das Súmulas 68 (“A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS”) e 94 (“A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL”).

Após iniciado o julgamento, pelo STF, do RE mencionado, a União ajuizou uma ação direta de constitucionalidade (ADC 18), pretendendo legitimar a inclusão do ICMS na composição base de cálculo do PIS e da Cofins, com pedido de declaração de constitucionalidade do inciso I do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em face do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, assim como de adoção de efeitos prospectivos (ex nunc), em caso da eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em tela.

Considerando que a decisão na ADC produziria efeitos sobre a totalidade dos processos envolvendo o mesmo tema, o STF decidiu que, apesar de iniciado o julgamento do tema no RE 240.785, a análise da mencionada ADC deveria ter precedência, e deferiu, por maioria, medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolvessem a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF. O prazo dessa decisão liminar foi prorrogado até setembro de 2010, não tendo sido julgado o mérito até a data de hoje.

Todavia, a repercussão geral sobre o tema “inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS” (tema 69) foi reconhecida pelo Plenário Virtual, em 25/04/2008, no Recurso Extraordinário nº 574.706.

O Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 e alterações posteriores, determina:

Art. 62A.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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. 543B.

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

Visando regulamentar aquele dispositivo, a Portaria CARF nº 1, de 03/01/2012, determina que o procedimento de sobrestamento “somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso” (art. 1º, parágrafo único), cabendo ao relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, se o caso concreto se enquadra, em tese, na hipótese de sobrestamento (art. 2º).

Após pesquisa, verificou-se que, seguindo a orientação consubstanciada no julgamento de questão de ordem no RE 540.410,

foram proferidos despachos monocráticos em diversos processos que tratam do tema de interesse para este julgamento, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para os fins previstos no art. 543B do CPC, tais como no RE 582.713, RE 404.887, RE 570.203, RE 611.698, dentre outros.

Por todos, colaciona-se o despacho proferido no Recurso Extraordinário nº 682.886, publicado em 30.05.2012, cuja decisão restou assim ementada:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE 540.410QO, rel. min. Cezar Peluso, acolheu questão de ordem no sentido de "determinar a devolução dos autos, e de todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria, ao Tribunal de origem, para os fins do art. 543B do CPC" (Informativo 516, de 27.08.2008). Decidiu-se, então, que o disposto no art. 543B do Código de Processo Civil também se aplica aos recursos interpostos de acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 cujo conteúdo verse sobre tema em que a repercussão geral tenha sido reconhecida. No presente caso, o recurso extraordinário versa sobre tema (tema 69) cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 RG, rel. min. Cármen Lúcia, assim do: "Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785."

Do exposto, nos termos do art. 328 do RISTF (na redação dada pela Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no art. 543B e parágrafos do Código de Processo Civil.

Publique-se. Brasília, 18 de maio de 2012. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator

Diante dessas considerações, verificando a prejudicialidade entre a matéria tratada nestes autos e aquela reconhecida como de repercussão geral, voto por sobrestar o julgamento do presente recurso, até que seja proferida decisão definitiva nos autos do Recurso Extraordinário RE nº 574.706 RG, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal."

De todo o exposto, com base no RICARF e art. 2º, § 1º da Portaria CARF nº 02 de 2012, entendo que o julgamento do recurso deva ser sobrestado para aguardar a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Relator.