



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

**Processo nº** 13971.720923/2011-15  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **1301-000.107 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 09 de abril de 2013  
**Assunto** IRPJ/INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO  
**Recorrente** VETOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AUTOMOTIVOS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros deste Colegiado, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, sobrestar o presente julgado, conforme o art. 62-A, do Anexo II, do RICARF, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Plínio Rodrigues Lima, Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

### Relatório

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte acima identificado, foi apurada, no ano-calendário de 2006, omissão de receitas, em virtude da falta de escrituração de pagamentos efetuados. Em decorrência foram lavrados autos de infração de IRPJ (R\$ 1.200.772,96); CSLL (R\$ 648.417,45); PIS (R\$ 391.610,17) e COFINS (R\$ 1.807.432,52), já acrescidos de juros e multa qualificada de 150%.

Consta no Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal (TVAF) que a empresa Vetor já havia sido autuada em virtude da constatação de prática de subfaturamento em importações por ela efetuadas (processo 13971.002481/2010-32). A citada autuação restringiu-se à constituição dos impostos, contribuições e multas incidentes na importação, mas as provas coletadas naquele procedimento indicaram a existência de pagamentos provavelmente mantidos à margem da contabilidade, motivando a presente auditoria.

Na auditoria aduaneira ficou caracterizado que a contribuinte foi responsável pela prática de interposição fraudulenta e subfaturamento de preços em operações de comércio exterior, efetuando remessas de valores para pagamento de compromissos junto aos fornecedores no exterior à margem do controle oficial do Banco Central.

A contribuinte, sendo intimada por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal a apresentar os livros Diário, Razão ou livro Caixa relativos aos anos calendário de 2006 e 2007, entregou os livros Caixa 01, 02, 06 e 07, que contêm os lançamentos contábeis completos, com contrapartidas, contemplando contas contábeis de um plano de contas aparentemente completo, inclusive as de resultado.

Foi solicitado, também, que a fiscalizada identificasse para cada pagamento efetuado o correspondente lançamento contábil e, para os pagamentos não contabilizados, que fosse comprovada a origem dos recursos utilizados para a efetivação dos mesmos.

Como não foram apresentados quaisquer documentos, tributaram-se os pagamentos não contabilizados como omissão de receitas e lavraram-se os autos de infração para a exigência acima e IPI, além da formalização da Representação Fiscal para Fins Penais.

Na impugnação, alega a contribuinte:

- É ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins importação. Acrescenta que o ICMS é imposto indireto e, portanto, não integrante da receita da empresa;

- O Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso 357950, realizado em 09/11/2005, declarou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que instituiu nova base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins. A legislação posterior não trouxe modificações atinentes à exclusão do ICMS da base de cálculo das citadas contribuições;

- A sistemática de cobrança do PIS e da Cofins autoriza a cobrança de tributo sobre faturamento ou receita acrescido de valor não caracterizador deste (ICMS), o que afronta o princípio da capacidade contributiva, da legalidade, além de alterar conceitos próprios do

texto constitucional e desbordar da competência expressa determinada pela Constituição Federal (CF) atinente à matéria tributária;

· O legislador tributário exclui, expressamente, da base de cálculo da contribuição em tela a parcela correspondente ao IPI. Ora, inexistente justificativa para a existência de tratamento distinto para esses impostos, no tocante à base de cálculo da contribuição instituída pelas Leis Complementares (LC) nº 70, de 1991, e nº 7 de 1970;

· A multa agravada aplicada tem caráter confiscatório, além de que o presente lançamento trata de presunção de omissão de receita, ao qual não se aplica esse tipo de multa.

A autoridade julgadora de primeira instância (DRJ/RIBEIRÃO PRETO), decidiu a matéria por meio de acórdão 14-36.334, de 19/01/2012 (fls. 3.258), julgando improcedente a impugnação apresentada, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006 MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2006 MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

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

É o relatório.

Passo ao voto.

**Voto**

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso voluntário é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Trata o presente processo de lançamento, no ano-calendário de 2006, do IRPJ, CSLL, Pis e Cofins, tendo em vista a apuração de omissão de receitas, em virtude da falta de escrituração de pagamentos efetuados.

Constata-se do relatório e voto condutor que na impugnação, a contribuinte não contesta a exigência do IRPJ e CSLL, se defende, tão somente, com relação a dois tópicos: I) ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do Pis e da Cofins e, II) das multas qualificadas e confisco.

Na peça recursal a contribuinte se defende aduzindo, mais, que com relação a omissão de receitas as provas utilizadas no processo vieram de outro processo administrativo, logo, o auto de infração se fundou em suposta movimentação bancária.

Compulsando os autos, constata-se que a contribuinte não contesta a exigência do IRPJ e CSLL.

Por pertinente extrai-se os seguintes trechos do voto condutor:

Dispõe o PAF, art. 17, que somente serão consideradas impugnadas as matérias expressamente contestadas. Assim é definitiva, na esfera administrativa, a exigência do IRPJ, da CSLL, e dos juros de mora.

Alega a impugnante que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Com relação às alegações de inconstitucionalidade, os protestos da impugnante não se prestam para pautar a decisão deste colegiado, que tem sua atividade completamente vinculada à legislação vigente que rege a matéria objeto do procedimento fiscal impugnado. Isto porque não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade na sua gênese. Esta questão, ademais, encontra-se agora expressamente disciplinada em lei ordinária, conforme prescrito no art. 25 da Lei nº 11.941, de 2009, que inseriu o art. 26-A no Decreto nº 70.235, de 1972.

(...)

Assim sendo, resta à impugnante levar suas considerações ao Poder Judiciário, que detém o “monopólio” da análise de alegadas ilegalidades e/ou inconstitucionalidades do direito positivado. Enfim, os óbices por ela apontados, neste ponto, são impertinentes à seara administrativa.

Pois bem.

Em que pese não constar entre as argumentações trazidas na peça recursal a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, resta claro, que nos autos do presente processo esta é a matéria de fundo levada a julgamento, além da multa

qualificada. Por disposições regimentais vigentes, aprecio, em primeiro lugar, a possibilidade de prosseguimento deste julgamento submetido a este Colegiado.

Em 28 de fevereiro de 2012, ao julgar os Embargos Declaratórios em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AI 510241), o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita (Acórdão Eletrônico Dje 052, Div. Em 12/03/2012, Publicado em 13/03/2012):

**Ementa** Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Reconhecimento da repercussão geral. 3. Embargos acolhidos. 4. Recurso extraordinário devolvido ao tribunal de origem, com base no disposto no art. 543-B do CPC.

**Decisão** embargos acolhidos e determinada a devolução dos autos ao tribunal de origem, com base no art. 543-B, do CPC, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 28.02.2012.

À luz do artigo 26A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

*Art. 26A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

....

*§ 6º. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).*

Vê-se da ementa acima que a matéria “Inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, foi reconhecida como de repercussão geral. Logo o tratamento a ser dispensado, ao caso, encontra-se no artigo 543B, do CPC, o qual transcrevo:

*Art. 543B.*

*Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (acrescentado pela Lei 11.418, de 2006).*

*§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal*

*Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (grifei).*

*§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.*

*§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.*

*§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.*

*§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.*

Observo que reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543B, do CPC, cabe ao tribunal de origem, isto é, aos tribunais “a quo”, sobrestar os demais processos.

Quanto ao processamento e julgamento junto ao Carf, o artigo 62A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

*Art. 62 .....*

*§ 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, do CPC.*

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

Como visto, tendo o Ministro relator do Agravo, cuja ementa foi reproduzida acima, reconhecido a repercussão geral da matéria, determinando o retorno dos autos à origem para observar-se o disposto no artigo 543B, do CPC, resta claro que tal procedimento corresponde ao sobrestamento previsto no artigo 62A, § 1º, do Regimento Interno do Carf.

Por todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de SOBRESTAR o julgamento dos presentes autos, nos termos do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 62 A do Regimento Interno.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator