



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	14098.720154/2014-06
ACÓRDÃO	1301-007.568 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	9 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	VESPOR AUTOMOTIVE DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

CONTRIBUIÇÃO AO PIS/PASEP E COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA COM BASE EM OMISSÃO DE RECEITAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS efetivamente destacado nas notas fiscais de venda deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE nº 574.706/PR). No caso em que o sujeito passivo não emitiu notas fiscais, não há comprovação de ICMS destacado e, portanto, não há de se falar em valor a ser excluído da base de cálculo das contribuições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente). Ausente a conselheira Eduarda Lacerda Kanieski.

RELATÓRIO

Trata o presente de análise de Recurso Voluntário interposto face a Acórdão de 1ª instância que considerou a “Impugnação Improcedente”, tendo por resultado “Crédito Tributário Mantido”.

2. Por bem resumir a demanda, transcrevo o “Relatório” do Ac. nº 9101-006.654, proferido em sessão realizada em 13/07/2023, Rel. Consa. Edeli Pereira Bessa (e-fls. 32184/32205) ¹:

“Trata-se de recurso especial interposto por VESPOR AUTOMOTIVE DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA (‘Contribuinte’) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-002.815, na sessão de 12 de março de 2018, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário [e-fls. 31360/31407] e, de ofício, excluída a responsabilidade imputada a Alonso Zacarias da Silva, nos seguintes termos: [...]

(...)

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro e o faturamento apurados no ano-calendário 2009 a 2012 a partir da investigação de sonegação na ‘Operação Laranja Mecânica’, mediante constituição de empresas de fachadas que eram sucessivamente abandonadas. O lucro foi arbitrado, a penalidade qualificada e houve imputação de responsabilidade tributária a 27 (vinte e sete) sujeitos passivos. A autoridade julgadora de 1ª instância declarou

¹ ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. INTIMAÇÃO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS CUJA REVELIA FOI DECLARADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. SANEAMENTO DESNECESSÁRIO.

Os sujeitos passivos alcançados por declaração de revelia em primeira instância somente se sujeitam a intimação para cobrança do crédito lançado, não lhes sendo permitida a interposição de recursos na continuidade do contencioso administrativo.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA.

Se o paradigma indicado foi editado em contexto fático diverso do recorrido, o dissídio jurisprudencial resta limitado ao aspecto processual no qual decisões distintas foram adotadas, qual seja, a possibilidade de aplicação de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral antes de seu trânsito em julgado.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. POSSIBILIDADE.

Nos termos do RE nº 574.706, julgado em sede de repercussão geral pelo STF, o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida e conhecer do Recurso Especial. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso com retorno dos autos ao colegiado a quo, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento ao recurso, e o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou pelo provimento parcial com retorno ao colegiado a quo. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Luiz Tadeu Matosinho Machado.

improcedentes as impugnações apresentadas (e-fls. 31213/31266). O Colegiado a quo, por sua vez, negou provimento aos recursos voluntários, mas excluiu, de ofício, a responsabilidade tributária de Alonso Zacarias da Silva (e-fls. 31474/31525).

(...)

Cientificada da decisão, a PGFN não interpôs recurso especial (e-fl. 32005).

Cientificada em 08/10/2018 (e-fls. 31796), a Contribuinte opôs embargos de declaração em 11/10/2018 (e-fls. 31631/31794), aditando-o em 06/03/2019 para requerer a reinclusão do responsável tributário Alonso Zacarias da Silva (e-fls. 31831/31834). As duas petições foram rejeitadas em exame de admissibilidade (e-fl. 31891/31897) cientificado à Contribuinte em 03/07/2019 (e-fl. 31914). Na sequência, em 09/07/2019, a Contribuinte interpôs recurso especial (e-fls. 31915/31960), no qual arquiou divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 31963/31982, do qual se extrai:

Primeira matéria - exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS/COFINS – ‘vinculação prevista no art. 62, § 2º, Anexo II da Portaria MF nº 303/2015’ (RICARF)

(...)

A divergência proposta é quanto a se a decisão proferida pelo STF, no julgamento do RE 574406, vincula as decisões do CARF na forma do art. 62, § 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, obrigando o Conselho a reconhecer a exclusão do ICMS na apuração das bases de PIS e COFINS.

A Recorrente afirma: a) que o acórdão recorrido negou o efeito vinculante porque a decisão do STF no RE 574406 não é definitiva, e em consequência, manteve o lançamento objeto do presente processo (em que o ICMS fora computado na base de cálculo); e b) que o paradigma reconheceu o efeito vinculante da decisão do STF no RE 574406, apesar de não se tratar de decisão definitiva.

(...)

Reproduzimos a seguir os trechos do acórdão recorrido pertinentes à matéria suscitada.

Do voto condutor do acórdão recorrido:

Relativamente ao argumento específico da não inclusão de ICMS na base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS, afirma a recorrente que não se trata de efetivar o controle de constitucionalidade das normas federais, mas sim de interpretar a legislação conforme a Constituição. Aduz que o STF julgou de forma definitiva a questão ao afastar o ICMS da base impositiva das contribuições, conforme depreende-se do julgamento do RE 240.785.

Independentemente de ser o caso de controle da constitucionalidade ou de interpretação conforme a Constituição, o fato é que a Lei nº 9.718/98, utilizada como base legal dos autos de infração em litígio, ao definir a base de cálculo das contribuições assim dispôs: [...]

Verifica-se, portanto, que inexistente previsão legal, exceto nos casos de substituição tributária, para exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo das referidas contribuições.

Com relação ao RE 240.785, mencionado pela recorrente em sua defesa sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, referido julgamento foi concluído em 2014, tendo sido dado provimento ao recurso do contribuinte. Entretanto, referida decisão não foi proferida em repercussão geral, motivo pelo qual não vincula o presente julgamento, nos termos do art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015:

(...)

No julgamento do RE 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral, realizado em 15/03/2017, o Supremo Tribunal Federal, também decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS. Entretanto, em 19/10/2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Assim, por não se tratar de decisão definitiva de mérito, não está caracterizada a hipótese de vinculação prevista no art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015: [...]

(...)

Passamos ao exame do paradigma, acórdão nº 3201-004.139, transcrevendo os trechos relacionados à matéria em exame.

Do voto condutor no paradigma nº 3201-004.139:

‘O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF 343, de 9 de junho de 2015, aplicando-se, portanto, ao presente litígio o decidido no Acórdão 3201-004.124, de 25/07/2018, proferido no julgamento do processo nº 10880.674237/2011-88, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcreve-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (Acórdão 3201-004.124):

Assiste razão à Recorrente.

(...)

Neste contexto, não há como negar plena efetividade ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, já que o próprio Superior Tribunal de Justiça STJ não mais aplica o entendimento firmado no Resp 1.144.469/PR.

(...)

(...)

Ainda que o paradigma não examine a questão à luz do art. 62, § 2º, do Anexo II do RICARF (como faz o acórdão recorrido), e busque fundamento em posicionamentos do próprio CARF, do STJ e do STF, é fato que a questão subjacente – a matéria afinal decidida – é a mesma da divergência em exame, qual seja: a aplicabilidade imediata do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706, para exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS.

Assim sendo, entendemos devidamente demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma nº 3201-004.139, no que tange à aplicabilidade imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706, para exclusão do ICMS na apuração das bases de PIS e COFINS.

Segunda matéria – aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício [...]

Terceira matéria – vício pela falta de intimação de um coobrigado solidário [...]

IV – Conclusão

Propomos que SEJA DADO SEGUIMENTO PARCIAL ao Recurso Especial do sujeito passivo, considerando **demonstrada a divergência apenas quanto à primeira matéria suscitada - aplicabilidade imediata do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706, para exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS.**

(...)

Os autos foram remetidos à PGFN em 21/06/2021 (e-fls. 32123), e retornaram em 06/07/2021 com contrarrazões (e-fls. 32124/32131) nas quais a PGFN expõe que o acórdão proferido no RE 574.706/PR ainda não transitara em julgado, ao passo que o Regimento Interno do CARF dispõe de forma expressa que somente serão reproduzidas decisões definitivas proferidas pelos Tribunais Superiores. Adiciona que o acórdão proferido REsp 1144469/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. Depois de transcrever sua ementa, finaliza consignando que: [...]

Requer, assim, que seja negado provimento ao recurso especial da Contribuinte” (grifou-se; negritou-se).

3. O “voto vencido”, na parte que prevaleceu, foi exarado nestes termos:

“Recurso especial da Contribuinte – Admissibilidade

Embora não haja contestação ao conhecimento do recurso especial na parte conhecida, importa ter em conta que, como observado no exame de admissibilidade, o paradigma indicado não examinou a questão à luz do art. 62, § 2º, do Anexo II do RICARF (como faz o acórdão recorrido), embora tenha decidido pela aplicabilidade imediata do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706, para exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS.

Este aspecto recentemente foi objeto de debate neste Colegiado, que concluiu, em circunstâncias semelhantes, que o dissídio jurisprudencial se limitaria a definir se há aplicabilidade imediata, ou não, do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sem decidir sobre as consequências em caso positivo. Neste sentido foi o voto declarado por esta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.271: [...]

Também aqui, o paradigma indicado – Acórdão nº 3201-004.139 – teve em conta pedido de restituição de Contribuição ao PIS por indevida inclusão de ICMS em sua base de cálculo. Já o recorrido, embora trate de exigências de Contribuição ao PIS e de COFINS, formuladas em sistemática cumulativa como reflexo de arbitramento dos lucros, este determinado, em parte, a partir de notas fiscais eletrônicas emitidas pela Contribuinte, vê-se que a exclusão do ICMS é questão trazida somente em recurso voluntário, e solucionada apenas sob a ótica da negativa de competência do Colegiado do CARF na aplicação de decisão do Supremo Tribunal Federal ainda pendente de embargos de declaração. Assim, nenhuma das instâncias administrativas analisou materialmente a possibilidade de existir o direito alegado

Note-se que em recurso voluntário a Contribuinte parece indicar que tal argumentação teria sido deduzida em impugnação, mas fato é que ela não foi apreciada na decisão de 1ª instância. Além disso, embora o direito seja pleiteado hipoteticamente, fato é que seu reconhecimento demanda a confirmação da adequação da base de cálculo aqui autuada à hipótese decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

*Por tais razões, também aqui, cabe a esta instância especial decidir, apenas, se subsiste ou não a prejudicial apontada pelo Colegiado a quo para não apreciar esta aplicabilidade, qual seja, a inexistência de trânsito em julgado no RE nº 574.706/PR. Estes os contornos, portanto, para o **CONHECIMENTO** do recurso especial da Contribuinte” (negritou-se).*

4. Por determinação do então vigente art. 19-E da Lei nº 10.522, de 2002, em face do empate no julgamento, foi proferido “voto vencedor” para o mérito do recurso, para o qual se designou como Redator o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, nestes termos, em síntese:

“Cumprе destacar que o trânsito em julgado do RE 574.706/PR ocorreu em 09/09/2021. O referido acórdão restou assim ementado:

[...]

O acórdão de embargos ficou assim ementado:

EMENTA: 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 NAO 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.

(RE 574706 ED, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

Referida decisão é vinculante, nos termos do art. 62, § 2º do RICARF, devendo ser adotada. Todavia, ainda que antes do trânsito em julgado, já havia sido fixada no julgamento de março de 2017 a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência de PIS e COFINS, de modo que ela já poderia ser aplicada nos julgamentos do CARF sem que houvesse a necessidade do trânsito em julgado.

*Ante todo o exposto, voto por **DAR PROVIMENTO** ao Recurso Especial na parte conhecida com retorno dos autos ao colegiado a quo” (grifou-se; negritou-se).*

VOTO

Conselheiro Rafael Taranto Malheiros, Relator.

5. De logo, mencione-se que, no julgamento dos embargos referidos pelo “voto vencedor” supra, foi esclarecido que o valor do ICMS a ser retirado da base de cálculo das contribuições em comento é o destacado nas notas fiscais, conforme proclamado no resultado:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, em acolher, em parte, os embargos de declaração, apenas para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15-3.2017 - data em que julgado o RE n. 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins" -, ressaltadas as ações

*judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão na qual proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, e, por maioria, em rejeitar os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto referente ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-Cofins, **prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado**, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.5.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).*

6. Repise-se o quanto exposto pela Relatora do Ac. nº 9101-006.654 quando da admissibilidade do Recurso Especial: a autuação foi realizada “em parte, a partir de notas fiscais eletrônicas emitidas pela Contribuinte” [N. do R.: em relação ao IRPJ e à CSL] e que a exclusão do ICMS é “questão trazida somente em recurso voluntário, e solucionada apenas sob a ótica da negativa de competência do Colegiado do CARF”, não tendo esta Turma Ordinária adentrado no mérito da questão, como visto.

7. Nesse passo, compulsando-se o “Termo de Verificação Fiscal” (e-fls. 176/257) e os Autos de Infração referentes à Cofins (e-fls. 123/147) e à Contribuição ao PIS/Pasep (e-fls. 148/173), infere-se que as bases de cálculo dos lançamentos estão lastreadas em “valores de vendas apurados **acima das NF-e** [e] serão tratados como omissão de receita operacional bruta na revenda de mercadorias, ficando assim a consolidação: [...]”, conforme tabelas às e-fls. 251/253.

7.1. A autuação levada a efeito em relação às contribuições teve por base de cálculo “receita bruta sem nota fiscal”, sendo que os “valores recolhidos da Contribuição para o PIS e da Cofins foram aproveitados no processo nº 14098.720153/2014-53 que apura as diferenças dessas contribuições em relação à receita operacional bruta obtida pelas NF-e”.

7.2. O Termo registra, ainda, que a Interessada “foi intimada acerca de todos os valores apurados se manifestando apenas sobre os valores das NF-e e negando que os valores apurados nas empresas TITAMARI, V P AUTO e V S AUTOMOTIVE [N. R.: as 3 são ‘empresas de fachada’] sejam receitas de sua titularidade”.

8. Como consectário, não tendo sido a matéria contestada no transcurso do procedimento fiscal nem em sede de contencioso de 1ª instância, em sede de Voluntário, “o direito foi pleiteado hipoteticamente”, como se vê das razões de Voluntário (e-fls. 31377/31378) e aduziu a Relatora do Ac. nº 9101-006.654:

“DA INDEVIDA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS

60 - E mesmo que indevido o arbitramento de PIS/COFINS em virtude da alíquota zero dos produtos objeto das operações efetivadas pela Recorrente, a mesma impugna a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS.

61 - Aliás, como sustentado na oportunidade da impugnação apresentada, denota-se que não se trata de se efetivar o controle de constitucionalidade das normas federais (o que estaria excluída da apreciação por parte dos órgão de julgamento conforme restrição prevista na Súmula CARF 02), mas sim de interpretar a 'legislação conforme a Constituição Federal'.

62 - Nesse contexto, o STF julgou de forma definitiva a questão ao afastar o ICMS da base imponible das contribuições em questão, conforme depreende-se do julgamento do RE 240.785 (www.stf.gov.br).

63 - Sendo assim, resulta, por mais esse motivo, indevido o lançamento sob análise” (grifou-se).

9. Por todo o exposto, não se podendo aventar destaque de ICMS em nota fiscal nem, portanto, exclusão alguma de base de cálculo das contribuições em comento, conforme prescrito na jurisprudência vinculante, conhece-se o Recurso Voluntário e se lhe nega provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros