



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	15504.022318/2008-11
ACÓRDÃO	1302-007.245 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	R H CARDOSO & CIA LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

BASE DE CÁLCULO. ICMS. 2004. EXCLUSÃO ICMS. SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. RECUSO NEGADO.

Não se aplica a decisão do RE 574.706 do STF pela impossibilidade de exclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da Cofins na hipótese do Contribuinte ser optante pelo Simples Nacional. Aplicação do art. 3º, §1º da Lei Complementar nº 123/2006.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. 2005. EXCLUSÃO ICMS. LUCRO PRESUMIDO. ÔNUS PROBATÓRIO DO CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES. RECURSO NEGADO.

Devidamente cientificado, o Contribuinte deixou de apresentar informações à Autoridade Fiscal para comprovação da existência de valores passíveis de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Ônus probatório do Contribuinte não exercido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora.

Sala de Sessões, em 10 de setembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Natália Uchôa Brandão – Relatora

Assinado Digitalmente

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Marcelo Izaguirre da Silva, Henrique Nimer Chamas, Marcelo Oliveira, Natalia Uchoa Brandao, Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente). Ausente(s) o(a) conselheiro(a) Maria Angelica Echer Ferreira Feijo.

RELATÓRIO

Na origem, trata-se de processo acerca de lançamento de ofício, do ano-calendário de 2004, pelo SIMPLES (processo n. 15504.022318/2008-11) e do ano- calendário de 2005, pelo Lucro Presumido (processo n. 15504.011137/2010-76), em decorrência da exclusão do SIMPLES (processo n. 15504.022315/2008-70). O Acórdão DRJ/BHE nº 02-28.747, de 23 de setembro de 2010, exarado neste processo, julgou as matérias dos três processos administrativos, julgando improcedente a Impugnação (fls. 345/374).

O Acórdão nº 1302-002.977, de 26 de julho de 2018, exarado neste processo, também julgou as matérias de todos os processos, decidindo negar provimento aos recursos voluntários e ao recurso de ofício (fls. 442/478).

Irresignado, o Contribuinte apresentou Recurso Especial, ao qual foi dado seguimento parcial, apenas em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins e à multa de ofício qualificada.

Ainda, cumpre informar que houve Embargos de declaração da PGFN (fls. 596 a 598), rejeitados. Quanto ao Recurso Especial da PGFN (fls. 608 a 625), foi negado seguimento. A PGFN apresentou Agravo (fls. 653 a 660), que restaram rejeitados. Houve apresentação de Contrarrazões da PGFN (fls. 661 a 673).

Os autos foram baixados à Unidade da Receita, para *“para que se refaça os cálculos do PIS e COFINS sem o ICMS e da parcela que seguirá a Recurso Especial. Os valores das receitas encontram-se nas Tabelas II e III - fls. 44/56 do processo 15504.011.137/2010-76”* (fl. 695).

Sobreveio Informação Fiscal à fl. 703, quanto à diligência demandada, que informou o que segue:

O processo veio a essa Equipe de Fiscalização, conforme despachos das equipes CONTAD/ECOIA e REVFAZPJ/EQREV da DEVAT/06, solicitando cálculo do valor que se encontra definitivamente julgado no processo, posto que o litígio em curso abrange apenas as matérias “exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS” e “multa qualificada”, que tiveram seguimento deferido no recurso especial do contribuinte. As matérias não sujeitas ao recurso especial tornaram-se definitivamente julgadas.

Assim, demos início à diligência, intimando o contribuinte para prestar as informações necessárias de maneira a possibilitar a verificação dos valores devidos a título de ICMS em cada uma das NF por ele emitidas nos períodos considerados, conforme Termo de Início de Diligência em anexo.

Inicialmente, foi tentada a intimação por via postal, que se mostrou infrutífera, devido a não localização do contribuinte no endereço fornecido em seu cadastro na RFB, conforme cópia do AR em anexo.

Em sequência foi feita a intimação por e-edital de no. 011469394, publicado em 16/10/2021 com ciência em 03/11/2021. Também não tivemos qualquer resposta ou outra manifestação por parte do sujeito passivo.

Como sem a conferência das NF originais, ou pelo menos, alternativamente, dos livros Registro de Entradas, onde deveria constar a sua escrituração, fica impossível a conferência dos valores lançados a título de ICMS e sua exclusão da base de cálculo do Pis e da Cofins como determinado no referido despacho, razão pela qual não procederemos a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições e manteremos os valores originais lançados no Auto de infração.

Autos conclusos à CSRF, houve prolação do Acórdão nº 9101-006.655, de 13 de julho de 2023 (fls. 716/737), em que não se conheceu do recurso especial quanto à qualificação da multa de ofício e deu-se provimento ao Recurso Especial, quanto à exclusão do ICMS e se determinou o retorno dos autos à Turma 1302, cuja decisão proferida, por maioria de votos, restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004, 2005

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS. 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.

MULTA QUALIFICADA. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA.

Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado pra demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, no qual foi afastada a existência de reiteração na omissão de receitas e não havia apontamento de receitas escrituradas e não declaradas, distintamente das circunstâncias que motivaram a qualificação da penalidade no recorrido.

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 maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, **apenas em relação “à exclusão do ICMS tratada no referido RE nº 574.706/PR”**, vencido o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto (relator) que votou pelo conhecimento integral do recurso. 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 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. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado. **(grifou-se)**

Importante observar o Acórdão n. 1302-002.977, de relatoria do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, ora Presidente desta Turma, às fls. 442 e ss, em 26 de julho de 2018, consoante ementa colacionada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano calendário: 2004, 2005

NULIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO PROFERIDA APÓS O PRAZO DE 360 DIAS DA APRESENTAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

O art. 24 da Lei nº 11.457/2007, não fixou quaisquer sanções ou penalidades pelo descumprimento do prazo para o proferimento de decisão administrativa, pela administração tributária, tampouco, estabeleceu como consequência a "decadência" ou a preclusão de seu poder/dever de se manifestar nos processos administrativos fiscais instaurados.

NULIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO APÓS ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. ADE PENDENTE DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (Súmula CARF nº 14)

OMISSÃO DE RECEITAS. APURAÇÃO COM BASE NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS E LIVROS FISCAIS DO ICMS/ISS. VALIDADE.

A simples emissão das notas fiscais e o seu registro nos livros fiscais do ICMS e ISS, nos quais se espelha o faturamento da empresa, é por si só um elemento seguro para identificar a receita da pessoa jurídica. Trata-se de prova direta, de valor indiscutível. Sua desconstituição por parte da fiscalizada, dependeria da comprovação do cancelamento da operação ou da devolução total ou parcial das mercadorias ou da não aceitação dos serviços vendidos pelos clientes.

OMISSÃO DE RECEITAS. RECONHECIMENTO. REGIME DE COMPETÊNCIA X REGIME DE CAIXA.

A regra geral para o reconhecimento das receitas pelas pessoas jurídicas é o regime de competência, incumbindo ao sujeito passivo que optou pela tributação pelo regime de caixa, nos casos permitidos pela legislação.

Quando o contribuinte deixa de apresentar os livros onde deveriam estar escrituradas suas receitas, nem demonstra que foram oferecidas à tributação, correta a apuração efetuada pelo Fisco pelo regime de competência.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA. INTUITO DOLOSO CARACTERIZADO. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, na hipótese tipificada no art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/64.

O ato omissivo ou comissivo do agente nem sempre se exterioriza ou se identifica por uma única ação, mas por um conjunto delas que revela a prática e o intuito de suprimir ou de reduzir tributo.

Há que se diferenciar a possibilidade de ocorrência de mero erro fortuito do erro intencional. Este último se exterioriza pelas características, pelas circunstâncias e/ou pela prática reiterada. Em geral, o cuidado em tentar ocultar o erro ou a omissão, é revelador do intuito doloso. Incumbe ao Fisco trazer aos autos os elementos que possam demonstrá-lo.

No caso concreto, os elementos trazidos aos autos pela autoridade fiscal convergem no sentido de caracterizar o intuito sonegador da contribuinte, ante a reiterada prática de oferecer à tributação em suas declarações de rendimentos valores significativamente inferiores às receitas efetivamente auferidas.

DECADÊNCIA. PRAZO APLICÁVEL. INTUITO DOLOSO.

Comprovada a existência do intuito doloso de sonegar tributos, ainda que existente pagamento parcial, o prazo decadencial é deslocado para o primeiro dia do exercício em que este poderia ser lançado, nos termos do art. 173, inc.

I do CTN, conforme assentada pelo STJ no julgamento do Resp. nº 973.733/SC.

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF. AUSÊNCIA DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE.

Não tendo ocorrido o trânsito em julgado do RE nº 574.706, que reconhece a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, uma vez pendente de apreciação o pedido de modulação de efeitos elaborado pela União Federal, ainda não se tornou definitiva aquela decisão, ao menos quanto a sua extensão temporal, revelando-se inviável a aplicação do precedente, de forma precária, aos fatos pretéritos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO COMPROVADO. EXCLUSÃO.

Não tendo a fiscalização aportado aos autos elementos que pudessem comprovar a ocorrência de interposição de pessoas no quadro social da empresa autuada,

que justificariam o enquadramento no art. 124, inc. I do CTN, a imputação de responsabilidade deve ser cancelada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário e ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto do relator. **(grifou-se)**

Após publicação da decisão da Câmara Superior do CARF, a Fazenda Nacional apresentou ciência dos termos do acórdão, nada requerendo (fls. 739). Já o Contribuinte, após tentativa frustrada de intimação da decisão via postal (fls. 744), restou devidamente cientificado através de Edital (fls. 745), deixando transcorrer *in albis* seu prazo para manifestação.

Ainda, sobreveio informação apresentada pela DRF de Belo Horizonte, em 13/12/2023 (fls. 748 e ss), consubstanciada em “Termo de Transferência de Crédito Tributário”, no qual consta a informação de que foram transferidos para o Processo nº 18183-747.331/2023-76 os créditos tributários referidos no presente processo.

Por fim, há Despacho de Encaminhamento (fls. 750) referindo-se especificamente ao comando residual decisório a esta Turma:

Nos termos do acórdão de recurso especial de fls. 716/737 retorno os autos a 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária do CARF para **reapreciação da matéria "exclusão do ICMS tratada no RE nº 574.706/PR"**. Informo que todo o crédito controlado por este processo, inclusive o crédito oriundo do processo apenas 15504.011137/2010-76, foi transferido para os processos apartados de nº 10680.728327/2022-13 e 18183.747331/2023-76 para cobrança, tendo em vista decisão definitiva. A parcela do crédito referente a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins, foi também transferida para cobrança junto ao principal, tendo em vista impossibilidade de aparação, nos termos da informação fiscal de fls. 703/705. **(grifou-se)**

Retornando os autos à Turma para apreciação nos moldes definidos pelo Acórdão da CRSF, foram redistribuídos à minha relatoria por sorteio em razão do Conselheiro Relator Originário não mais compor a Turma (fls. 755).

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Natália Uchôa Brandão**, Relatora

O processo comporta julgamento no estado em que se encontra, haja vista atendimento integral dos requisitos de admissibilidade e tempestividade.

A questão cinge-se a julgamento para reapreciação da matéria abordada no Acórdão n. 1302-002.977 anteriormente proferido por esta Turma, tão somente quanto aos argumentos aduzidos em relação à possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo de Pis e Cofins abordada no RE nº 574.706/PR no âmbito do Supremo Tribunal Federal, modulado para efeitos aos Processos Administrativos protocolados até 15.07.2017, que culminou na Tese 69 daquele Tribunal:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Quanto ao tema, o CARF já possui entendimento sedimentado:

Processo nº 11080.725669/2014-95

Recurso Voluntário

Acórdão nº 1402-006.569 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 17 de agosto de 2023

Recorrente COMERCIO VAREJISTA DE GENEROS ALIMENTICIOS ARESI LTDA -ME

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

[...]

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. TERMOS. STF. RE 574.706/MG.

O STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, nos termos do decidido no RE 574.706/MG, julgado em 15/03/2017. E, de acordo com a modulação dada a essa decisão no julgamento dos Embargos de Declaração opostos àquele decisum, em 13/05/2021, deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, nos processos administrativos protocolados até 15/03/2017, como no caso dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, a ele dar provimento parcial para reconhecer a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme for apurado pela unidade de origem quando execução do acórdão. O Conselheiro Luciano Bernart acompanhou a Relatora pelas conclusões em relação ao termo “qualificação da multa de ofício”. (grifou-se)

Processo nº 10980.912671/2012-24

Recurso Voluntário

Acórdão nº 3201-010.670 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 25 de julho de 2023

Recorrente METROPOLITANA COMERCIO E SERVICOS LTDA

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 30/11/2006

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE.

O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, com a aplicação do julgado aos processos administrativos protocolados até a data da sessão em que proferido o julgamento (15.03.2017), o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para excluir da base de cálculo da contribuição o valor do ICMS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 574.706, devendo a unidade de origem verificar a correção dos valores apresentados pelo Recorrente em seus pedidos. **Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhe aplicado o decidido no Acórdão nº 3201-010.661, de 25 de julho de 2023, prolatado no julgamento do processo 10980.912662/2012-33, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.** (grifou-se)

Como visto, em 8 de outubro de 2014, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu pela impossibilidade de o ICMS compor a base de cálculo da Cofins. Em 15 de março de 2017, no RE 574.706, com repercussão geral, decidiu também pela impossibilidade de compor a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep.

Ambos os julgados, porém, tratam de legislação **que não diz respeito aos optantes pelo Simples**. Para estes, vale a definição da base de cálculo do art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.317, de 1996, cuja constitucionalidade o STF não julgou nesses processos, estando, portanto, em pleno vigor.

E, a rigor, a situação dos optantes pelo Simples é totalmente distinta, uma vez que, por sua sistemática de cálculo, o percentual de ICMS incide não sobre a operação de circulação e antes da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, mas sobre a receita bruta e paralelamente a elas. Sendo assim, o ICMS não compõe a base de cálculo do Simples, de sorte que esses julgados do STF são inaplicáveis aos optantes.

Nesse sentido, quanto ao ano-calendário de 2004, observa-se que o Contribuinte era aderente ao regime do Simples. Nesse sentido, não é possível a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Outrossim, quanto ao ano-calendário de 2005, o Contribuinte restou devidamente intimado para apresentar informações que subsidiassem a Autoridade Fiscal refazer os cálculos do PIS e COFINS sem o ICMS, entretanto, **deixou de atender ao comando fiscal**, conforme restou relatado às fls. 703.

Ora, é ônus do Contribuinte a apresentação de informações fiscais quando solicitado, principalmente quando instado a realização de novos cálculos que eventualmente poderiam lhe beneficiar, em busca da verdade material, não sendo possível, portanto, aferir se há o que se excluir da base de cálculo do ICMS.

Neste sentido, já decidiu, unanimemente, esta Turma, no Acórdão nº 1302-006.471, de 20 de junho de 2023 (Relator Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega):

ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706/PR. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS.

O Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS ao apreciar o Recurso Extraordinário 574.706/PR, o qual foi julgado sob a sistemática da Repercussão Geral, sendo que a decisão ali proferida não surtirá efeitos nas hipóteses em que o sujeito passivo não apresenta quaisquer documentos relativos à incidência e inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS durante o período autuado.

Portanto, voto por negar provimento ao recurso voluntário apresentado neste Processo, nos termos do relatório e voto.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Natália Uchôa Brandão