



Processo nº 19311.000060/2011-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.170 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Turma Extraordinária**
Sessão de 2 de abril de 2020
Recorrente STARBOAT DO BRASIL BARCOS INFLAVEIS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. CARF. REGIMENTO

A ausência de trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, impede a aplicação da mesma no âmbito do CARF por força do art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, e, portanto, não é o caso de aplicação obrigatória desse precedente ao caso concreto.

PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL FEITO NOS AUTOS. INEFICÁCIA.

É ineficaz o pedido de sustentação oral realizado no próprio recurso voluntário em inobservância aos prazos e procedimentos regimentais estabelecidos pelo artigo 61-A, §2º do RICARF.

INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS. SÚMULA CARF Nº 110. IMPOSSIBILIDADE. Não encontra acolhida a pretensão de que as intimações no processo administrativo fiscal sejam dirigidas aos advogados da parte, conforme Súmula CARF nº 110.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Ailton Neves da Silva- Presidente.

Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela Delegacia Regional de Julgamento, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transscrito:

A Ação Fiscal teve começo com o Termo de Início de Procedimento Fiscal datado de 27/09/2010, com ciência pessoal através de diligência ao domicílio do Contribuinte em 28/09/2010, ao Sr. Ricardo de Souza Cirino, funcionário, através do qual o Contribuinte foi intimado a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, os seguinte documentos referentes ao ano-calendário de 2006: Livros Diário e Razão, escriturados de acordo com a Legislação

Fiscal/Comercial, ou Livro-Caixa; Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Apuração do ICMS; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Inventário; e Contrato/Estatuto Social e suas alterações, sendo que os documentos comprobatórios dos registros efetuados na escrituração fiscal deveriam ficar à disposição da Fiscalização para eventuais verificações, caso necessário.

O contribuinte pediu prorrogação do prazo por 20 dias. Pedido que foi deferido.

Em 23/11/2010 o Contribuinte foi cientificado, por via postal, A.R. RM 04768887-4 BR sobre o Termo de Constatação Fiscal de 18/11/2010, no qual fica constatado o atendimento parcial das Intimações anteriores, e, com Reintimação para apresentação, no prazo de 05 (cinco) dias, dos seguintes documentos: Livro Razão, escriturado de acordo com a Legislação Fiscal/Comercial, ou Livro-Caixa; Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Apuração do ICMS; Livro Registro de Apuração do IPI e Livro Registro de Inventário. Através do mesmo Termo, o Contribuinte também foi intimado a apresentar os seguintes documentos: cópias dos recibos de entrega das DCTFs referentes ao ano-calendário 2006; cópia do recibo de entrega da DIPJ referente ao ano-calendário 2006; notas fiscais de saída referentes ao ano-calendário 2006; esclarecimentos sobre as divergências nos valores escriturados nos Livros Diários nºs 06 e 08; e providenciar o registro dos Livros Diários nos Órgãos Competentes.

Dando continuidade ao Procedimento Fiscal, em 07/12/2010 o Contribuinte foi cientificado, por via postal, A.R. RM 04768956-5 BR sobre o Termo de Constatação Fiscal de 01/12/2010, no qual fica constatado o atendimento parcial das Intimações anteriores, e, com reintimação para apresentação, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, dos seguintes documentos/elementos referentes ao ano-calendário 2006: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Apuração do ICMS; Livro Registro de Apuração do IPI ; e Notas Fiscais de Saídas. Através do mesmo Termo, o Contribuinte também foi intimado a esclarecer, no prazo de 10 (dez) dias, os motivos da apresentação das declarações DIPJ e DCTFs, referentes ao ano-calendário 2006, com valores zerados, não informando os valores reais das operações efetivamente realizadas.

Dando prosseguimento à Fiscalização, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal de 09/02/2011, intimando o Contribuinte a manifestar-se, em 05 (cinco) dias sobre o Anexo I - Demonstrativo de Divergências entre Tributos apurados e valores confessados em Parcelamento

(processo n.º 13837.0003982007-78), com ciência por via postal em 14/02/2011, conforme A.R. n.º RM 01040408 9 BR.

Decorrido o prazo da intimação, constatou-se que o Contribuinte não apresentou nenhuma manifestação sobre o Termo de Intimação Fiscal de 09/02/2011.

A fiscalização constatou dos sistemas da RFB, que o Sujeito Passivo apresentou movimentação durante o ano-calendário de 2006, no valor total de R\$ 4.928.648,20. Todavia, tanto a Declaração de Informações Econômico-Fiscais-DIPJ 2007 original, quanto as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTFs originais, foram apresentadas com valores zerados.

A fiscalização, também, constatou, que apesar de apresentar as Declarações Fiscais com valores zerados, o Sujeito Passivo confessou parcialmente os débitos referentes ao ano-calendário 2006 através de pedido de parcelamento, formalizado no processo administrativo 13837.000398/2007-78.

De posse dos Livros Fiscais e Comerciais e das cópias das notas fiscais de saídas apresentadas pelo Sujeito Passivo, a fiscalização realizou à apuração dos tributos e contribuições federais devidas no período, e, confrontou estes valores com os débitos consolidados no processo administrativo de parcelamento n.º 13837.000398/2007-78. A partir deste procedimento, a fiscalização apurou as seguintes diferenças de recolhimentos de tributos:

Tributos	Períodos de Apuração	Valores originais a serem lançados
IRPJ	3º trimestre de 2006	R\$ 1.798,80
CSLL	3º trimestre de 2006	R\$ 1.499,00
COFINS	Setembro/2006	R\$ 4.497,00
COFINS	Outubro/2006	R\$ 4.275,00
PIS	Setembro/2006	R\$ 974,35
PIS	Outubro/2006	R\$ 926,25

O contribuinte apresentou sua impugnação, onde consta (resumo):

O contribuinte alega que regularizou suas declarações;

Alega, também, que não haveria motivo para a multa de 75%, haja vista que os valores foram declarados quando parcelados;

O auto de infração teria sido lavrado por presunção;

O auto de infração teria afrontado o princípio da segurança jurídica, estrita tipicidade, capacidade contributiva;

Quanto ao CSLL o lançamento teria considerado a limitação de 30% para compensação da base de cálculo negativa;

A Lei nº 8.981/95 não encontra guarida em nosso sistema jurídico;

Quanto ao Cofins, estes devem ser calculados retirando tributos indiretos e receitas financeiras;

Anexa jurisprudência;

Suscita multa de 20%, e que 75% foge da capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade;

A DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

DIFERENÇA CONFESSADO DECLARADO

A diferença entre o confessado e o escriturado pelo próprio contribuinte só pode ser ilidida com provas robustas feitas pelo próprio contribuinte.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário (e-fls.44/64), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Inicialmente, após apresentar um histórico dos fatos, apresenta tese de ocorrência de prescrição intercorrente. Alega que a ciência do auto de infração ocorreu em 19/04/2011, enquanto que a intimação da decisão do julgamento pela DRJ ocorreu em 02/047/2019.

Quanto à súmula 11 deste CARF, afirma:

“Esclarece, todavia, que não desconhece a Súmula nº 11 do CARF que veda, em regra, a ocorrência da prescrição intercorrente no processo administrativo, entretanto, deve-se ponderar tal entendimento com base nos DEVERES de conduta da administração pública delineado no artigo 37 da Constituição Federal, assim como o devido processo legal e a possibilidade de aplicação de outros institutos pela analogia”

Em pedido preliminar (e alternativo) pede que, caso não seja reconhecida a prescrição intercorrente, que se declare a decadência:

“Subsidiariamente, se for interpretada a ausência de legislação que permita a aplicação da prescrição intercorrente ao presente feito, pede-se que ao menos seja reconhecida a decadência, dado ao fato de não haver expressamente na legislação que o trâmite de processo administrativo obste a fruição do prazo decadencial, haja vista que causas suspensivas e interruptivas apenas são previstas no que se refere à prescrição, se formos considerar a literalidade normativa!”

Sobre o mérito, repisa a tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Relembra o conhecido julgamento do Recurso Extraordinário 574706, que excluiu o ICMS da apuração da PIS e COFINS.

Apresenta ementas de julgados de tribunais, bem como deste próprio Conselho, que admitem a aplicação da decisão proferida no RE 574.706.

Quando a este tema, relembremos que o acórdão recorrido assim decidiu:

“Quanto ao Cofins alega receitas financeiras, mas não colaciona nenhuma prova. Quanto aos tributos indiretos, especificamente o ICMS, não há, ainda como a esfera administrativa excluí-los, pois, a matéria ainda está sendo decidida pelo STF”.

Ao final, pede o reconhecimento da prescrição intercorrente ou, alternativamente, a declaração da decadência;

No mérito pede a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, aplicando o teor da decisão do RE 574.706.

Pede também o direito à sustentação oral e intimação do seu procurador com antecedência mínima de cinco dias.

É o relatório.

Voto

DO MÉRITO

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo pois:

1. A ciência do Acórdão ocorreu em 02/04/2019 conforme e-fls. 419 ;
2. Seu Recurso Voluntário foi protocolado no dia 02/05/2019 conforme e-fls. 420.

Ademais, atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Preliminar

Pedido de sustentação oral feito nos autos

Consta da defesa, mais precisamente às fls. 442 do e-processo, um pedido de “direito de sustentação oral, sendo intimado o procurador com antecedência mínima de 5 dias úteis da data designada para a sessão de julgamento.”

Todavia, convém desde logo informar que nenhum dos pedidos merece prosperar.

Quanto à solicitação para realização de sustentação oral, perceba-se que ela não foi realizada nos termos da Portaria MF nº 343/2015, cujo artigo 61-A prescreve:

Art. 61-A. As turmas extraordinárias adotarão rito sumário e simplificado de julgamento, conforme as disposições contidas neste artigo.

[...]

§ 2º A pauta da reunião será elaborada em conformidade com o disposto no art. 55, dispensada a indicação do local de realização da sessão, e incluída a informação de que eventual sustentação oral estará condicionada a requerimento prévio, apresentado em até 5 (cinco) dias da publicação da pauta, e ainda, de que é facultado o envio de memoriais, em meio digital, no mesmo prazo.

[...]

§ 4º O requerimento para sustentação oral implica a retirada do processo para inclusão em pauta de sessão não virtual.

Como se vê, os pedidos de solicitação de sustentação devem ser feitos no prazo de cinco dias da publicação da pauta de julgamento. O formulário de solicitação de sustentação oral, por sua vez, encontra-se disponível no sítio eletrônico do CARF.

O contribuinte não cumpriu com o exposto na norma.

Esse entendimento, inclusive, é assente nas turmas extraordinárias das três seções de julgamento deste Conselho, veja-se:

PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. A sustentação oral por mandatário da Recorrente é realizada nos termos do artigo 61-A, §2º do RICARF. (**Processo nº 13830.902837/2009-19. Acórdão nº 1002-000.914. Sessão de 07/11/2019**)

SUSTENTAÇÃO ORAL. SOLICITAÇÃO. O recurso voluntário não é o instrumento adequado para solicitação de sustentação oral. Tal faculdade deve ser formalizada pelo interessado mediante preenchimento de formulário específico disponibilizado no sítio do CARF na internet, com observância, dos prazos regimentais. (**Processo nº 19707.000100/2007-91. Acórdão nº 2001-001.519. Sessão de 17/12/2019**)

REQUERIMENTO DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM RECURSO. O pedido de sustentação oral deve observar o que dispõe o art. 61-A, §2º, do Anexo II do Regimento do Interno do CARF (RICARF). **Processo nº 10840.902163/2008-56. Acórdão nº 3003-000.332. Sessão de 08/07/2019**

Assim, não merece acolhida a solicitação de sustentação realizada nos autos.

Pedido de intimação por meio de publicação efetuada em nome do representante legal do contribuinte

No processo administrativo fiscal as intimações são realizadas no endereço tributário eleito pelo próprio contribuinte, conforme destacado pelo artigo 23, II, do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação: [...]

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no **domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo**. (grifamos)

Nesse sentido, basta apenas mencionar a existência da Súmula CARF nº 110, cuja redação segue abaixo e seus efeitos passaram a ser vinculantes com a publicação da Portaria ME nº 129/2019:

Súmula CARF nº 110. No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Conforme determina o artigo 72 do Regimento Interno do CARF (“RICARF”), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, as decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de **observância obrigatória** pelos membros do CARF.

Portanto, totalmente descabida qualquer pretensão do patrono em sentido contrário.

Da Preliminar de Prescrição Intercorrente

Com relação à pretensão de anular o lançamento por ter havido prescrição intercorrente, não há de se lograr êxito.

Em que pesem bem manejados argumentos da defesa, a questão da possibilidade de se aplicar prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal foi pacificada por este Conselho por meio da Súmula nº 11, nos seguintes termos:

“Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.”

Aliás, tal instituto está previsto na Lei de Execução Fiscal (LEF, Lei Federal 6.830/1980), em seu artigo 40, tendo aplicação somente em âmbito judicial e para os créditos tributários já constituídos na via administrativa, não podendo subsistir a tese de aproveitar subsidiariamente sua aplicação ao processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, não merecendo prosperar a tese levantada pelo Recorrente, nego provimento à preliminar de prescrição suscitada.

DO MÉRITO

Quanto ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, penso que não assiste razão à recorrente.

Alega a recorrente a apuração das contribuições lançadas no auto de infração deveria ser reformulada para se adequar ao teor da decisão proferida no Recurso Extraordinário 574.706 do STF que tem a seguinte 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, quanto 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. (RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)”

O assunto não é pacífico neste Conselho. Havendo turmas ordinárias e extraordinárias que entendem pela aplicação ou não do RE 574.706, a depender de sua composição no momento do julgamento.

Diante de tal divergência, entendo que o posicionamento mais justo é não estender os efeitos da decisão do STF ao caso aqui analisado pois, como é sabido, até o presente momento aguarda-se julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à modulação dos efeitos da decisão.

O Conselho Superior de Recursos Fiscais, em recente julgamento de Recurso Especial de **divergência** no processo 10880.674238/2011-22, decidiu pela não aplicação do RE 574.706:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Data do fato gerador: 14/09/2001

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE VENDAS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e da Cofins.

Entendeu o relator do voto que a decisão do STF não poderia ser aplicada justamente por que não houve trânsito em julgado:

“Em seguida, entendo não ser vinculante a decisão do STF esgrimida pela recorrente, por não ter ocorrido trânsito em julgado formal, haja vista estar-se ainda aguardando apreciação de embargos de declaração no RE 574.706/PR.”

Assim, se é incontestável que o STF firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõem a base de cálculo do PIS e COFINS, é certo também que a aplicação dos efeitos desta decisão ainda são incertos. E caberá exclusivamente ao STF decidir.

DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE OFÍCIO

A despeito das conclusões aqui propostas, verifico que pode ter ocorrido um erro de sistema que possa ter inscrito em Dívida Ativa da União os **débitos idênticos** aos aqui lançados (valores principais apenas).

Vejamos:

A autoridade fiscal lançou os seguintes tributos:

TRIBUTO	PA	VALOR LANÇADO
IRPJ	3º TRIM/2006	R\$ 1.798,80
CSLL	3º TRIM/2006	R\$ 1.498,99
PIS	set/06	R\$ 974,35
PIS	out/06	R\$ 926,25
COFINS	set/06	R\$ 4.497,00
COFINS	out/06	R\$ 4.275,00
		R\$ 13.970,39

Ocorre que nos sistema e-processo constam alguns processos fiscais de cobrança localizados atualmente na Procuradoria da Fazenda Nacional com débitos inscritos em DAU em valores e períodos de apuração idênticos aos aqui tratados:

PAF	TRIBUTO	DÉBITO EM DAU	PA	DCTF
13839.507290/2011-78	CSLL	R\$ 1.499,00	01/07/2006	100.2006.2010.2030371154
13839.507289/2011-43	PIS	R\$ 974,35	01/09/2006	100.2006.2010.2030371154
13839.507289/2011-43	PIS	R\$ 926,25	01/10/2006	100.2006.2010.2030371154
13839.507291/2011-12	IRPJ	R\$ 1.798,80	01/07/2006	100.2006.2010.2030371154
3839.507292/2011-67	COFINS	R\$ 4.497,00	01/09/2006	100.2006.2010.2030371154
3839.507292/2011-67	COFINS	R\$ 4.275,00	01/10/2006	100.2006.2010.2030371154
		R\$ 13.970,40		

No termo de constatação fiscal, na e-fl.708, a autoridade fiscal relata que a recorrente transmitiu DCTF informando os valores que estavam sendo submetidos a

procedimento de lançamento fiscal, mas em decorrência do início do procedimento de fiscalização, tais declarações não seriam aceitas:

“Em 10/12/2010, sob Procedimento Fiscal, o Contribuinte apresentou as DCTFs retificadoras nºs **2010440224** e **2030371154**, desta vez informando os valores de acordo com a escrituração contábil e fiscal.

Nos termos da legislação tributária em vigor (artigo 12, § 2º, Inciso III da IN SRF 695/2006 e artigo 7º, § 1º do Decreto 70.235/1972), **para fins de aplicação da multa de ofício serão desconsideradas as DCTFs retificadoras nºs 2010440224 e 2030371154**, apresentadas pelo Contribuinte em 10/12/2010, por terem sido apresentadas durante o presente Procedimento Fiscal (período que o Contribuinte encontrava-se sem espontaneidade para entrega das declarações).”

Portanto, há elementos que indiquem, numa análise precária e sem qualquer pretensão dar a palavra final, de que os débitos informados em DCTF, ainda que desconsiderados pela fiscalização, não foram excluídos nos sistemas da RFB. E por não terem sido recolhidos, posto que a recorrente estava contestando os débitos nos presentes autos, **podem** ter sido inscritos em DAU.

Deste modo, sugerimos à Unidade de origem da RFB a análise da viabilidade de um início de um procedimento de revisão de ofício, para, ao menos, aproveitar os pagamentos que a recorrente realizou junto à PGFN, ainda que parcelados. Obviamente, trata-se de mera sugestão, pois somente a DRF que jurisdiciona a recorrente é que possui as condições e a competência regimental para analisar a questão com profundidade.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.

Rafael Zedral - relator