



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

Processo n° 19515.004039/2010-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.605 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente CVR AGRO-INDUSTRIAL LTDA
Recorrida 2ª Turma da DRJ/CGE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO.

A ocorrência de dolo, fraude ou simulação impede a contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador, ainda que se trate de tributo sujeito a lançamento por homologação, devendo ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIA ENTRE A RECEITA DECLARADA PELO CONTRIBUINTE EM DIPJ E AS RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIAS APURADAS PELO FISCO EM AUDITORIA FISCAL.

Caracteriza-se como omissão de receitas a divergência apurada pelo Fisco na comparação entre a receita declarada pelo sujeito passivo na DIPJ e o valor efetivo de suas receitas de vendas de mercadorias, obtido tal valor com o cruzamento da informação prestada pelo sujeito passivo ao Fisco Estadual, mediante preenchimento da GIA-ICMS.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A Lei n°. 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Cabe ao sujeito passivo o ônus da prova se a infração tributária que lhe é atribuída decorre de presunção legal.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

Restando comprovado nos autos que a autuada não atendeu nenhuma intimação das autoridades fiscais, não apresentou qualquer documento ou esclarecimento no curso da ação fiscal e até o momento não regularizou seus cadastros junto à Receita Federal, deve ser mantida a multa agravada.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

Caracterizada a ação dolosa do contribuinte, mediante a prática reiterada de não escriturar e nem declarar vultosas receitas identificadas nas GIAS fornecidas pela Secretaria da Fazenda Estadual e em extratos fornecidos por instituições bancárias, visando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, é cabível a aplicação da multa qualificada de 150%.

Da mesma forma, a falta de apresentação de DIPJ e a entrega de declaração de inatividade, quando, na realidade, o contribuinte movimentou recursos em conta bancária e emitiu notas fiscais de venda, de forma reiterada, durante todo o período fiscalizado, obviamente, não pode ser creditada a simples erro contábil, ou esquecimento, demonstrando o elemento doloso e o intuito de sonegar, que justifica a qualificação da multa proporcional de ofício para 150%.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - SÚMULA Nº 4 DO CARF. Conforme súmula nº 4 do CARF, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ.

A exclusão da parcela de ICMS, cobrada do vendedor na condição de contribuinte, não está elencada entre as exclusões das bases de cálculo do PIS e da Cofins permitidas pelas normas que regem tais contribuições.

NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. REVELIA. RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

Transcorrido o prazo regulamentar e não tendo o interessado impugnado ou recolhido o crédito tributário, resta caracterizada a revelia que, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, tem como consequência a definitividade da exigência na esfera administrativa, uma vez que sequer se instaura a fase litigiosa do procedimento. Nesse contexto, o recurso voluntário interposto pelo interessado não deve ser conhecido.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA ADMINISTRADOR. SÓCIO DE FATO. MANDATÁRIO. ART 135 DO CTN. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE PESSOAS.

A responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN é atribuída aos sócios-administradores, sócios de fato e mandatários da sociedade, desde que

comprovado que tenham exorbitado de suas atribuições estatutárias ou dos limites legais e que dos atos assim praticados tenham resultado obrigações tributárias. A criação de empresa sob falsa titularidade, constitui infração à lei, e os atos de gerência e mandato da falsa empresa no sentido de desviar seu faturamento constitui, como um todo, infração à lei e ao contrato social ou estatuto, acarretando a responsabilização nos termos do art. 135 do CTN. No caso concreto, uma vez comprovado que as pessoas indicadas como responsáveis solidários praticaram atos de gestão mercantil e financeira que permitiram que a pessoa jurídica movimentasse vultosos recursos à margem da tributação, deve ser mantida a responsabilidade solidária.

Recuso de ofício desprovido

Recurso voluntário da pessoa jurídica desprovido.

Recurso voluntário dos coobrigados desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: i) negar provimento ao recurso de ofício; ii) não conhecer dos recursos voluntários dos responsáveis solidários Deusoito Gonçalo Oliveira das Neves, Helder José Ferreira da Silva, Sérgio Murilo José Sant'Ana, Hernani Cezar Rodrigues de Almeida, Moisés Gomes de Campos, Ramão Rosa de Oliveira, Débora Rodrigues Cavalheiro; e: iii) conhecer e negar provimento aos recursos voluntários dos responsáveis solidários Ângelo Marcheis, Sebastião Douglas Sorge Xavier e Sebastião Bueno Xavier. II) Por maioria de votos, negar provimento ao recurso da pessoa jurídica autuada. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá e Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que votaram por dar provimento parcial ao recurso para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, para redigir o voto vencedor nessa matéria.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá - Relator

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez. e Carlos Pelá.

Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS (fls. 596/646), cumulados com juros e multa de ofício agravada e qualificada, referentes aos anos-calendário de 2004 e 2005, lavrados em razão da suposta omissão de receitas apurada **(i)** na venda de produtos de fabricação própria; e **(ii)** valores creditados em contas de depósito, mantidos em instituição financeira, em relação aos quais a Contribuinte, regularmente intimada, não comprovou mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Fazem parte dos autos de infração o Termo de Constatação Fiscal (fls. 543/581) e planilhas (fls. 582/595).

O lançamento arbitrou o lucro dos quatro trimestres de 2004 e 2005 tendo em vista que, apesar de notificada a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, a Contribuinte deixou de apresentá-los.

Em síntese, concluiu a fiscalização que; **(i)** a empresa não foi localizada no endereço de cadastro da RFB, nem tampouco seus sócios; **(ii)** a empresa não apresentou à RFB a DIPJ2005 e apresentou a DIPJ/2006 como inativa, no entanto movimentou em cada ano, respectivamente, R\$ 226.797.671,27 e R\$ 54.104.930,84; **(iii)** o sócio minoritário Ricardo Alves de Brito, CPF nº 148.544.758-54, prestou esclarecimentos afirmando que perdeu seus documentos em 1992, soube que haviam usado seu nome para contrair empréstimos junto ao Banco Sudameris, que haviam dezenas de cheques sem fundo em seu nome, que nunca possuiu talão de cheques, que nem sabe preencher um cheque, que não conhece o endereço da empresa autuada, que nunca esteve em Mato Grosso, que não conhece o sócio majoritário Ângelo Marcheis; **(iv)** a Requisição de Informação de Movimentação Financeira (RMF) e, posteriormente, o lançamento se fizeram necessários em face da falta da apresentação de escrituração, a omissão da entrega das declarações constitutivas de crédito tributário e pela não apresentação dos esclarecimentos solicitados a contribuinte ou seus representantes; **(v)** os lançamentos dos créditos tributários, relativos ao IRPJ e seus reflexos foram calculados com base nos depósitos bancários efetuados nos anos-calendário de 2004 e 2005, com base nas planilhas constantes dos autos, e com base nas informações contidas nas Guias de Informação e Apuração do ICMS, fornecidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso; **(vi)** tendo em vista a prática de ato que configura crime contra a ordem tributária, deve ser aplicada multa qualificada de 150% (art. 44, inc. II da Lei nº 9.430/96); e **(vii)** a multa qualificada de 150% foi agravada para 225% em virtude de a Contribuinte não ter apresentado os esclarecimentos e documentos sobre os quais foi intimada.

O sócio minoritário Ricardo Alves de Brito (0,1%) e o sócio-administrador majoritário Ângelo Marcheis (99%) foram arrolados como responsáveis solidários pelas infrações à Lei, consoante art. 134, 135 e 137 do CTN, no Termo de Constatação Fiscal (fls. 543/581). Não há Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado para os contribuintes em referência, apenas menção no Termo de Constatação Fiscal.

Além disso, às fls. 4855/4968 foram juntados os Termos de Constatação de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Fiscal, onde foram considerados sujeitos

passivos solidários as seguintes pessoas físicas: Sebastião Douglas Sorge Xavier, Sebastião Bueno Xavier, Deusoito Gonçalo Oliveira das Neves, Helder José Ferreira da Silva, Sérgio Murilo José Sant'Ana, Hernani Cezar Rodrigues de Almeida, Moisés Gomes de Campos, Ramão Rosa de Oliveira, Débora Rodrigues Cavalheiro, com fulcro no art. 121, 124 e 135 do CTN.

Tais Termos de Sujeição Passiva Solidária aduzem, em resumo, que: **(i)** o sócio gerente da empresa autuada, Sr. Ângelo Marcheis, com participação de 99% do capital social, outorgou o poder de gerência da empresa e de sua movimentação financeira às pessoas físicas arroladas, à exceção de Sebastião Douglas Sorge Xavier; **(ii)** as pessoas físicas arroladas eram, em sua maioria, residentes em Colíder-MT, assalariadas e não apresentavam patrimônio significativo; **(iii)** a maior parte dos cheques emitidos nos anos-calendário fiscalizados foram emitidos por tais pessoas físicas; **(iv)** parte significativa da movimentação financeira da autuada foi direcionada para a empresa Quatro Marcos Ltda, também do ramo frigorífico; **(v)** 99% das quotas da empresa Quatro Marcos Ltda pertencem a Sebastião Douglas Sorge Xavier, que possui patrimônio declarado relevante e que, por ser o efetivo gerente de toda a movimentação financeira, foi arrolado como sujeito passivo solidário; **(vi)** a grande maioria dos “procuradores” arrolados eram empregados assalariados da empresa Quatro Marcos Ltda; **(vii)** o pai de Sebastião Douglas Sorge Xavier, Sr. Sebastião Bueno Xavier, embora não possuísse qualquer vínculo com a autuada também foi nomeado procurador; **(viii)** Sebastião Douglas Sorge Xavier figura como avalista em operações de crédito firmadas pela autuada com o Banco Rural.

Foi formulada Representação Fiscal para Fins Penais (Decreto nº 2.730/98 e Portaria SRF nº 1.805/98), conforme o processo nº. 19515.004040/2010-39.

A empresa e o sócio majoritário Ângelo Marcheis, bem como os responsáveis solidários relacionados no Termo de Constatação de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Fiscal foram intimados em 22/12/2010 (Edital DIFIS nº 223/2010, fls. 4906/4908), após diversas tentativas frustradas de ciência por via postal.

O sócio Ângelo Marcheis, em seu nome e da empresa autuada, apresentou impugnação em 21/01/2011 (fls. 5075/5083), alegando em síntese que:

a) em 2003 conheceu uma pessoa que dizia se chamar Ricardo Alves de Brito, que moraria na Rua Salvador Pires de Lima, nº 117, Bairro do Sacomã, em São Paulo-SP, com aproximadamente 40 anos de idade, de aparência normal e sem provocar suspeitas;

b) à época pretendia reiniciar suas atividades comerciais, ativando seus negócios com matança de bovinos em Mato Grosso, tendo visitado uma indústria que estava desativada na cidade de Colíder;

c) como pretendia permanecer a maior parte do tempo em Mato Grosso, precisaria de uma pessoa para estar em São Paulo;

d) pouco tempo depois, constituiu a sociedade, elaborando o contrato social e percorrido todos os trâmites e, como a participação do sócio Ricardo era ínfima, o impugnante não se deu conta de outros detalhes, mesmo porque todos os atos dependeriam, exclusivamente, de sua presença;

e) desta forma, desenvolveu sozinho todos os atos negociais, até o encerramento das atividades, e desde muito tempo não consegue localizar o sr. Ricardo, posto que no seu endereço ninguém o conhecia;

f) soube agora que o verdadeiro Ricardo Alves de Brito é um homem de cor negra, com menos de 40 anos de idade e, inegavelmente, não é a mesma pessoa que conheceu em 2003;

g) os negócios desenvolvidos na indústria frigorífica em Colíder – MT, estão revestidos de todas as formalidades de estilo, sem qualquer violação às disposições legais, e o insucesso comercial da empresa autuada deveu-se às circunstâncias estritamente de ordem comercial, determinando a paralisação de suas atividades, sem contudo, ficar a dever para fornecedores, empregados, fisco, etc.;

h) com o encerramento das atividades, encarregou o contabilista de Cuiabá, Sr. Marcílio José da Silva, para proceder ao cumprimento de todas as formalidades legais, tendo entregue a este profissional todos os arquivos, livros, registros e demais documentos fiscais e contábeis da sociedade, objetivando o pleno encerramento formal junto aos órgãos competentes;

i) há certo tempo não tem conseguido manter contato com o citado profissional, mesmo porque se encontra impossibilitado de viajar até Mato Grosso em razão de seu estado de saúde;

j) chegou ao seu conhecimento que a DRF/São Paulo, ao proceder fiscalização na empresa autuada, não conseguiu localizá-la em seu primitivo endereço, e tampouco conseguiu localizar o sócio responsável e, por tal razão, passou a requisitar dados e informações junto a instituições financeiras, Fisco Estadual de São Paulo e de Mato Grosso, e outros órgãos;

k) com base em tais dados, a DRF lavrou os autos de infração, relativos aos anos de 2004 e 2005, cobrando da CVR créditos tributários do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins;

l) preliminarmente, ressalta que o IR e demais exigências, por se constituírem em tributos sujeitos a lançamento por homologação, com relação ao ano de 2004, estão viciados pela decadência, citando jurisprudência;

m) a autuação se embasa somente em suspeitas, e tal fato, por si só, não configura omissão de receitas e não justifica o arbitramento de percentual abusivo sobre o lucro, assim como não justifica a imposição de multa em percentual abusivo;

n) em qualquer presunção de omissão de receitas, seja passivo fictício, suprimimento de caixa ou pagamentos não contabilizados, é necessário demonstrar que o contribuinte não comprovou a origem dos recursos utilizados;

o) “no caso, fácil é verificar que tal hipótese não se aplica, mesmo porque todos dados bancários sustentam os lançamentos, bastando que se dê a oportunidade de ser demonstrado, via de uma conciliação sem pretensões, como veio de ocorrer com os agentes fiscais que preferiam o caminho mais fácil” (sic);

p) o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da COFINS;

q) quanto ao PIS, estaria sujeito à incidência do tributo com base no art. 3º, § 2º da LC nº 07/70, mediante um Fundo de Participação constituído de duas parcelas, uma com recursos próprios e outra mediante dedução do imposto devido (5%), processando-se o recolhimento de ambas prestações juntamente com o pagamento do IRPJ devido;

r) ocorre que o DL nº 2.445/88 (com alterações do DL nº 2.449/88) veio a criar novas contribuições, com novas hipóteses, base de cálculo, alíquota e prazos diferentes aos previstos na citada LC;

s) a multa imposta é confiscatória, ferindo o direito de propriedade e os princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva;

t) a cobrança dos juros de mora fere o princípio da legalidade, pois deveriam limitar-se ao percentual de 12% ao ano.

O contribuinte Sebastião Douglas Sorge Xavier, também responsabilizado pelo crédito tributário, apresentou impugnação em 21/01/2011 (fls. 5106/5113), acompanhada de procuração (fls. 5114/5115), alegando, resumidamente, que:

a) desde dezembro de 2004 é sócio majoritário e único administrador (com mais de 99% do capital) da empresa Quatro Marcos Ltda., constituída em 25/11/1985 (sob a denominação de Frigorífico Quatro Marcos Ltda., ora em fase de recuperação judicial), ou seja, trata-se de uma sociedade comercial regularmente constituída, com mais de 25 anos de existência no mercado frigorífico nacional e internacional;

b) somente a partir de janeiro de 2005 (e até outubro de 2008) a Quatro Marcos Ltda. manteve a sua filial em Colíder-MT, ali passando a desenvolver atividades na unidade industrial frigorífica (de propriedade de terceiros), ou seja, a mesma que antes fora locada para a sociedade denominada CVR Agro-Industrial Ltda., sabendo que, na atualidade, a mesma unidade está locada para a JBS S/A. Estes registros poderão ser confirmados junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA);

c) é corriqueiro e normal que a empresa que vem a se estabelecer numa cidade interiorana contrate pessoal que já trabalhou para outra sociedade anteriormente estabelecida no mesmo imóvel. Assim, grande parte do pessoal que antes prestava serviços para a empresa Quatro Marcos Ltda., na unidade de Colíder-MT, hoje presta serviços para a JBS S/A;

d) na dinâmica do mercado frigorífico nacional é compatível, explicável e razoável que uma compradora de produtos finais elaborados por outra venha a figurar em operação bancária, concedendo seu aval em contrato de abertura de crédito. Isso porque a empresa que prestou seu aval sempre será devedora, por compras realizadas, da outra que foi avalizada. Esta modalidade é usual também, sob outro ângulo, em razão de o pecuarista só fornecer boi para abate para empresa que disponha de linha de crédito bancário, até mesmo para desconto da nota promissória rural;

e) a Quatro Marcos Ltda. chegou a adquirir da CVR Agro-Industrial Ltda., em diversas oportunidades, partidas e miúdos bovinos, resfriados e/ou congelados, seja para o mercado interno ou para exportação. Da mesma forma, a Quatro Marcos Ltda. também realizou vendas de carnes bovinas para a CVR Agro-Industrial Ltda.;

f) em determinado tempo foi proprietário e produtor rural na região de Colíder-MT, através de áreas rurais em Nova Santa Helena, hoje comarca de Itaúba-MT. Na ocasião a Quatro Marcos Ltda. não possuía filial em Colíder. Com a construção da unidade frigorífica abatedora em Colíder (que nunca foi de propriedade da Quatro Marcos Ltda.), passou a fornecer seu gado bovino para as empresas que ali se estabeleceram, dentre elas a própria CVR Agro-Industrial Ltda., no período que esta ali esteve estabelecida. A circunstância poderá ser confirmada pela requisição de cópia das notas fiscais de vendas de gado bovino realizadas;

g) chegou ao seu conhecimento que seu pai, Sebastião Bueno Xavier, “teria sido constituído procurador” da CVR Agro-Industrial Ltda. e, nesta condição, teria dado abertura de conta bancária junto ao Banco do Brasil S/A, em Alphaville, em Barueri-SP. Verificou-se, contudo, que o seu pai nunca soube da existência da referida procuração, tanto assim que, ao tomar conhecimento do fato, imediatamente procurou obter dados junto ao estabelecimento bancário, no que não foi atendido;

h) o Fisco, com base nas alegações às fls. 644 e seguintes, pretende atribuir-lhe a sujeição passiva solidária e responsabilidade fiscal pelos fatos ocorridos nas áreas comercial e financeira da empresa CVR Agro-Industrial Ltda., o que não pode acatar, pois ausentes as hipóteses legais autorizadoras;

i) os lançamentos bancários existentes com créditos originados da CVR Agro-Industrial Ltda. para a empresa Quatro Marcos Ltda., da qual o Contribuinte é sócio majoritário, revestem-se de plena licitude e causa comercial, e a exigüidade de tempo para a realização de conciliação bancária na contabilidade da Quatro Marcos Ltda. (com obtenção de cópia de todos os documentos que lastrearam cada uma das operações comerciais), não pode sobrepor-se à realidade dos fatos comerciais;

j) deve-lhe ser concedido prazo razoável para que possa obter todos os dados e comprovantes fiscais e contábeis das operações entre as duas empresas, sob pena de violação aos princípios da plena defesa e o contraditório;

k) a grande maioria dos procuradores não foi nominada pelos agentes fiscais, mas é preciso registrar que:

k.1) Moiseis Gomes de Campos, morador em Colíder-MT, na Av. Presidente Dutra, 923, tornou-se procurador da CVR Agro-Industrial Ltda., por mandato outorgado no 6º Tabelionato de Cuiabá-MT, em 02/09/2003. Somente em 2005, portanto, no ano em que a empresa Quatro Marcos Ltda. abriu sua filial em Colíder, é que foi admitido. Disto resulta que quando tal pessoa era procurador da CVR ele não mantinha qualquer vínculo com a Quatro Marcos (cfr. fls. 648, do vol. IV, e fls. 352/353, do Anexo II, do vol. II);

k.2) Débora Rodrigues Cavaleiro, moradora na cidade de Colíder-MT, na Rua Tiradentes nº 887, Torre, tornou-se procuradora da citada CVR, por mandato outorgado em 24/05/2005. Somente em 2006, quando a empresa Quatro Marcos Ltda. mantinha filial na cidade de Colíder-MT, é que foi ela admitida, portanto, quando tal pessoa era procuradora da CVR não mantinha ela qualquer vínculo com a empresa Quatro Marcos Ltda. (cfr. fls. 648/9, do vol. IV, e fls. 362/363, do Anexo II, do vol. II);

k.3) Deusoito Gonçalo Oliveira, morador na cidade de Colíder-MT, na Avenida Marechal Deodoro da Fonseca nº 598, tornou-se (junto com Hernâni César Rodrigues

de Almeida, morador da cidade de Colider-MT, na Rua Teles Pires nº 49), procurador por mandato outorgado em 25/11/2003) e por outro mandato outorgado em 25/02/2004 (junto com Hélder Ferreira da Silva, este residente na Rua 102, s/nº, também na cidade de Colíder-MT) (ambos com validade por 1 ano) e só em 2005 é que foi admitido pela empresa Quatro Marcos Ltda, através de sua filial da cidade de Colíder-MT. Portanto, quando tal pessoa era procurador da CVR não mantinha ele qualquer vínculo com a empresa Quatro Marcos Ltda. (cfr. fls. 646/648, do vol. IV, e fls. 356/359, do Anexo II, do vol. II);

k.4) Hélder José Ferreira da Silva, morador na cidade de Colíder-MT, Rua 102, Setor Industrial, tornou-se procurador (junto com Sérgio Murilo José Santana, também morador na cidade de Colíder-MT, na Rua Juruena nº 983), por mandato outorgado em 30/10/2003 (com validade de 1 ano) que só em 2005 foi admitido pela empresa Quatro Marcos Ltda, através de sua filial da cidade de Colíder-MT. Portanto, quando tais pessoas eram procuradores da CVR não mantinham eles vínculos com a empresa Quatro Marcos Ltda. (cfr. fls. 645/646, do vol. IV, e fls. 354/355, do Anexo II, do vol. II);

k.5) Ramão Rosa de Oliveira, morador na cidade de Colider-MT, na Avenida Presidente Dutra nº 1062, procurador nomeado pela CVR no ano de 2004. Portanto, quando tal pessoa era procurador da CVR não mantinha ele qualquer vínculo com a empresa Quatro Marcos Ltda., pois que foi admitido em 2005, quando inaugurada a filial da empresa Quatro Marcos Ltda. na unidade industrial de Colíder-MT (cfr. fls. 647/648, do vol. IV, e fls. 360/1, do Anexo II, do vol. II);

l) requer a concessão de prazo razoável para a obtenção de todos os dados e comprovantes junto ao Departamento de Pessoal da Quatro Marcos Ltda. sobre os vínculos empregatícios mantidos com as pessoas relacionadas no auto de infração, observando as épocas, localidades, salários e demais detalhes que possam ser úteis ao julgamento do caso, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e o contraditório;

m) não pode se eleger a presunção, ou mesmo indício, como dado mutável, certo e definido, mormente quando se trate de criar obrigações;

n) quanto ao seu pai, em sua defesa, ele pleiteou a realização de prova pericial grafotécnica para demonstrar que não praticou ato por conta e ordem da CVR, nem mesmo por força de eventual “mandato”. Não se conhece no que teriam consistido os atos que configuraram a “...efetiva participação nas transações financeiras da fiscalizada...”, conforme item 17, de fls. 650, do vol. IV;

o) requer que seja decretada a sua exclusão das exigências fiscais lançadas nos autos de infração, prosseguindo-se contra quem de direito;

p) caso outro seja o entendimento deste órgão julgador, registre-se que o ano-calendário de 2004 está viciado pela decadência. Finalizou requerendo a insubsistência dos autos de infração, a concessão de prazo para juntada de documentos e a realização de perícia contábil.

O contribuinte Sebastião Bueno Xavier, também responsabilizado pelo crédito tributário, apresentou impugnação em 21/01/2011 (fls. 5119/5123), acompanhada de procuração (fls. 5124/5125), alegando, resumidamente, que:

a) repudia a pretensão lançada, pois não executou nenhum ato, por força dos poderes consignados no mandato mencionado no item 1 do “Termo de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Fiscal”, dito como outorgado em 10/10/2003, junto ao 21º Registro Civil das Pessoas Naturais de São Paulo, no Livro P 195, pág. 159, com validade por um ano;

b) é sabido que a responsabilidade dos administradores ou gerentes, na forma do art. 135 do CTN, deve ser oriunda de ato desenvolvido com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto. No caso, o suplicante só tomou conhecimento da existência do referido mandato quando, em novembro de 2010 foi intimado, via postal, do início da ação fiscal instalada contra a empresa autuada. Na oportunidade, recebeu informes dos agentes fiscais que teria sido dada abertura de uma conta bancária da citada empresa, junto ao Banco do Brasil S.A., Agência de Alphaville, através do aludido mandato;

c) ao tomar conhecimento da alegada circunstância, o suplicante, imediatamente, em data de 25/11/2010, protocolou correspondência junto ao Banco do Brasil S/A, Agência 3348, de Alphaville, Barueri-SP, solicitando que lhe fossem fornecidas xerox dos documentos que teriam dado causa à abertura da eventual conta bancária, bem assim cópias dos documentos que autorizaram os lançamentos de débito e crédito na referida conta, tudo como se vê da inclusa xerox autenticada da citada correspondência (doc. anexo), para, desta forma, certificar-se da veracidade dos fatos. Até a presente data, todavia, o Banco do Brasil S.A. não se manifestou;

d) o aporte documental que instruiu o procedimento fiscal não foi trazido ao seu conhecimento, sendo desconhecidos os documentos que inauguraram a referida conta bancária;

e) requer a realização de prova pericial grafotécnica para demonstrar que não fez uso dos poderes concedidos pelo aludido mandato;

f) a imputação ao suplicante, com pretensa sujeição passiva solidária, está baseada na circunstância de “... possuir poderes de gerência na pessoa jurídica...”, mas sem indicar qual o ato teria praticado em nome da CVR;

g) a pretensa responsabilidade solidária se lastreia em presunções, conjecturas e ilações que não encontram respaldo na realidade fática;

h) requer a sua exclusão das exigências fiscais lançadas nos autos de infração, prosseguindo-se contra quem de direito;

i) recebeu tão somente o "Termo de Sujeição Passiva Solidária e Responsabilidade Fiscal", desacompanhada de qualquer outro documento, contendo apenas o valor do crédito, mas sem demonstrar a sua apuração, impossibilitando a sua plena defesa, cabendo a decretação da nulidade das autuações;

j) deve ser decretada a decadência dos créditos relativos ao ano de 2004.

A 2ª Turma da DRJ/CGE acatou parcialmente a preliminar de decadência, rejeitou o pedido de perícia e as demais preliminares argüidas e, no mérito, manteve os lançamentos do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS dos períodos não atingidos pela decadência, nos termos da ementa a seguir aduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO.

Indefere-se a produção de prova pericial, por se tratar de matéria de prova a ser feita mediante a mera juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete ao próprio interessado; e por não estar configurada situação a exigir conhecimentos técnicos ou científicos especializados para o deslinde da questão.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO.

A ocorrência de dolo, fraude ou simulação impede a contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador, ainda que se trate de tributo sujeito a lançamento por homologação, devendo ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se confirmando o erro ou a falta de enquadramento legal das exigências dos tributos, das multas de ofício e dos juros de mora e tampouco a falta de emissão de MPF complementar autorizando a fiscalização do tributo lançado, deve ser rejeitada a alegação de cerceamento de direito de defesa, principalmente, quando o exame da impugnação evidencia a correta percepção do conteúdo e da motivação das exigências.

ARBITRAMENTO DOS LUCROS.

É cabível o arbitramento dos lucros quando o sujeito passivo não apresenta os livros e documentos de sua escrituração contábil.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS. OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito do sujeito passivo mantida em instituição financeira, quando, regularmente intimado, deixa de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados. A presunção legal de omissão de receita tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o sujeito passivo, que, por sua vez, pode afastá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIAS ENTRE A RECEITA DECLARADA PELO CONTRIBUINTE EM DIPJ E AS RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIAS APURADAS PELO FISCO EM AUDITORIA FISCAL.

Caracteriza-se como omissão de receitas a divergência apurada pelo Fisco na comparação entre a receita declarada pelo sujeito passivo na DIPJ e o valor efetivo de suas receitas de vendas de mercadorias, obtido tal valor com o cruzamento da informação prestada pelo sujeito passivo ao Fisco Estadual, mediante preenchimento da GIA-ICMS.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

Restando comprovado nos autos que a infração à legislação tributária cometida pelo contribuinte enquadra-se na hipótese legal que prevê a aplicação da multa agravada é de se mantê-la.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

Caracterizada a ação dolosa do contribuinte, mediante a prática reiterada de não escriturar e nem declarar vultosas receitas identificadas nas GIAs fornecidas pela Secretaria da Fazenda Estadual e em extratos fornecidos por instituições bancárias, visando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, é cabível a aplicação da multa qualificada de 150%.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

A parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo da Cofins por se tratar de tributo que integra o preço de venda de mercadorias e serviços e por não haver previsão legal para a sua exclusão.

AUTUAÇÃO REFLEXA: PIS, COFINS, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL.

Ao se definir a matéria tributável na autuação principal, o mesmo resultado é estendido à autuação reflexa, face à relação de causa e efeito existente.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Deste ato, o Presidente da 2ª Turma da DRJ/CGE recorreu de ofício a este Conselho.

Foi lavrado Termo de Revelia (fls. 5226) em relação aos responsáveis solidários: Deusoito Gonçalo Oliveira das Neves, Helder José Ferreira da Silva, Sérgio Murilo

José Sant'Ana, Hernani Cezar Rodrigues de Almeida, Moisés Gomes de Campos, Ramão Rosa de Oliveira, Débora Rodrigues Cavalheiro.

Sebastião Douglas Sorge Xavier foi intimado da decisão em 26/07/2012 (AR fls. 5341). Sebastião Bueno Xavier foi intimado da decisão em 26/07/2012 (AR fls. 5342). Moisés Gomes de Campos foi intimado da decisão em 27/07/2012 (AR fls. 5351), Débora Rodrigues Cavalheiro foi intimado da decisão em 27/07/2012 (AR fls. 5354) e Sérgio Murilo José Santana foi intimado da decisão em 27/07/2012 (AR fls. 5377).

A empresa autuada, Ângelo Marcheis, Deusoito Gonçalo Oliveira das Neves, Helder José Ferreira da Silva, Ramão Rosa de Oliveira e Hernani Cezar Rodrigues de Almeida, foram intimados da decisão da DRJ por meio do Edital nº. 219/2012 (fls. 5366), afixado em 10/08/2012 e desafixado em 27/08/2012, em razão da tentativa infrutífera de intimação por via postal.

O sócio Ângelo Marcheis, em seu nome e da empresa autuada, apresentou recurso voluntário em 16/08/2012 (fls. 5395/5403), repisando os argumentos de sua peça impugnatória. Da mesma forma o fez o Contribuinte Sebastião Bueno Xavier - recurso voluntário em 22/08/2012 (fls. 5505/5511).

O Contribuinte Sebastião Douglas Sorge Xavier, apresentou recurso voluntário em 22/08/2012 (fls. 5514/5527), repisando os argumentos de sua peça impugnatória e reforçando o pedido de prazo para apresentação de documentos comprobatórios das operações estabelecidas entre a autuada e a empresa Quatro Marcos. Nesse passo, anexou ao recurso voluntário cópias do Livro Razão, Livro Diário e do Livro Registro de Entradas, de forma a demonstrar o volume de documentos comprobatórios que devem ser providenciados.

Acrescentou, ainda, esclarecimentos acerca da operação de empréstimo realizada entre a autuada e o Banco Rural, para afirmar que não corria nenhum risco concedendo o aval à operação em referência, já que esta era garantida por duplicatas mercantis sacadas pela autuada contra seus compradores, na expressão de mais de 110%.

Sustenta que a empresa Quatro Marcos Ltda. da qual é sócia majoritária, era sempre devedora de expressiva soma para a autuada em razão de fornecimentos de mercadorias por ela realizados. A ilação de tal episódio para fundamentar a pretensa solidariedade e responsabilidade tributária não guarda relação com a busca da verdade real.

A Contribuinte Débora Rodrigues Cavalheiro, apresentou recurso voluntário em 20/08/2012 (fls.5482/5486), alegando em síntese que: **(i)** manteve com a autuada e com a empresa Quatro Marcos Ltda apenas vínculo empregatício; **(ii)** nunca teve qualquer vínculo contratual, social ou negocial com as citadas empresas; **(iii)** na época em que a citada procuração foi firmada junto ao cartório em Barueri-SP, a contribuinte era residente e domiciliada em Colíder-MT; **(iv)** referida procuração foi lavrada em 24/05/2005 e, como consta de sua carteira profissional, a contribuinte desligou-se da empresa autuada em 21/06/2005; **(v)** as autoridades fiscais não declinaram quais atos teriam sido praticados pela contribuinte. Anexa documentos para comprovar que mudou de endereço e por isso não lhe foi dada oportunidade de ofertar a sua defesa em primeira instância.

O Contribuinte Moisés Gomes de Campos, apresentou recurso voluntário em 23/08/2012 (fls. 5561/5565), alegando em síntese que: **(i)** manteve com a autuada apenas vínculo empregatício nos meses de setembro e outubro de 2003; **(ii)** a responsabilidade do art.

124 CTN pressupõe interesse comum, o que não se verifica *in casu*; **(iii)** não há nos autos qualquer prova de abuso de poder, fraude a lei ou estatuto, nem qualquer documento que demonstre que a conduta indevida do suplicante, nos termos do que exige o art. 135, II do CTN; **(iv)** referida procuração foi lavrada em 02/09/2003 e, como consta de sua carteira profissional, o suplicante desligou-se da empresa autuada em 30/10/2003. Além disso, o período fiscalizado é referente aos anos de 2004 e 2005, portanto, não é compatível com o período que o suplicante trabalhou com a autuada.

O Contribuinte Sérgio Murilo José Santana, apresentou recurso voluntário (fls. 5616/5620), alegando em síntese que: **(i)** manteve com a autuada e com a empresa Quatro Marcos Ltda apenas vínculo empregatício; **(ii)** nunca teve qualquer vínculo contratual, social ou negocial com as citadas empresas; **(iii)** a responsabilidade do art. 124 CTN pressupõe interesse comum, o que não se verifica *in casu*; **(iv)** referida procuração foi lavrada em 30/10/2003 e, como consta de sua carteira profissional, o suplicante trabalhou na autuada apenas por 2 meses e 15 dias, em razão de Contrato de Experiência, tendo se desligado da empresa autuada em 21/11/2003; ou seja, apenas 22 dias após lhe terem sido outorgados tais poderes. Além disso, o período fiscalizado é referente aos anos de 2004 e 2005, portanto, não é compatível com o período que o suplicante trabalhou com a autuada. Anexa documentos para comprovar que mudou de endereço e por isso não lhe foi dada oportunidade de ofertar a sua defesa em primeira instância.

O Contribuinte Deusoito Gonçalo Oliveira das Neves, apresentou recurso voluntário em 27/08/2012 (fls. 5672/5677), alegando em síntese que: **(i)** manteve com a autuada e com a empresa Quatro Marcos Ltda apenas vínculo empregatício; **(ii)** nunca teve qualquer vínculo contratual, social ou negocial com as citadas empresas; **(iii)** a responsabilidade do art. 124 CTN pressupõe interesse comum, o que não se verifica *in casu*; **(iv)** a primeira procuração foi lavrada em 25/11/2003 e a segunda em 25/02/2004, com validade de 1 ano, logo, durante todo o período o suplicante era empregado da autuada, à época com 16 anos; **(v)** as autoridades fiscais não declinaram quais atos – com repercussão tributária – foram praticados pelo suplicante; **(vi)** o suplicante não possuía poder de decisão, pois estava subordinado aos chefes, gerentes e diretores, os quais determinavam os afazeres, incluído a assinatura de cheques para pagamento e compromissos da CRV. Afirma que esses cheques eram impressos por outros empregados, sendo-lhe entregue apenas para assinatura, inclusive para pagamentos de empregados; **(vii)** o suplicante não recebeu nenhuma espécie de valores financeiros além de seu salário, sendo possuidor de um único bem (veículo Corsa), conforme sua Declaração de Imposto de Renda.

O Contribuinte Ramão Rosa de Oliveira, apresentou recurso voluntário (fls. 5727/5733), alegando em síntese que: **(i)** manteve com a autuada e com a empresa Quatro Marcos Ltda apenas vínculo empregatício; **(ii)** nunca teve qualquer vínculo contratual, social ou negocial com as citadas empresas; **(iii)** a responsabilidade do art. 124 CTN pressupõe interesse comum, o que não se verifica *in casu*; **(iv)** referida procuração foi lavrada em 24/05/2005 (sic) e, como consta de sua carteira profissional, tendo se desligado da empresa autuada em 08/03/2005; ou seja, apenas 28 dias (sic) após lhe terem sido outorgados tais poderes; **(v)** as autoridades fiscais não declinaram quais atos – com repercussão tributária – foram praticados pelo suplicante. Anexa documentos para comprovar que mudou de endereço e por isso não lhe foi dada oportunidade de ofertar a sua defesa em primeira instância.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

O recurso voluntário da empresa autuada e o recurso de ofício atendem a todos os pressupostos de admissibilidade. Devem, pois, ser conhecidos.

PRELIMINAR – RECURSO DE OFÍCIO E RECURSO VOLUNTÁRIO DA AUTUADA

Decadência

A Recorrente, em sua peça impugnatória, arguiu a decadência do crédito tributário relativo a fatos geradores ocorridos em 2004.

Acatando parcialmente o pleito da Recorrente, considerando o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I do CTN e a ciência dos autos de infração pela empresa autuada e responsáveis solidários em 21/12/2010, a 2ª Turma da DRJ/CGE reconheceu a decadência do crédito tributário relativo ao IRPJ e à CSLL dos três primeiros trimestres de 2004 e, com relação ao PIS e à COFINS, dos meses de janeiro a novembro de 2004.

A matéria foi objeto de recurso de ofício e de recurso voluntário, no qual a Recorrente pleiteia que a contagem do prazo decadencial seja levada a cabo nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Merece ser mantida a decisão recorrida.

Isso porque, como se verá a seguir, presentes as hipóteses de dolo, fraude e sonegação, deve ser afastado o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, aplicando-se a regra do art. 173, inc. I do CTN para a contagem do prazo decadencial.

Assim, considerando **(i)** que o lançamento do IRPJ e da CSLL foi levado a cabo pela sistemática do arbitramento, adotando a apuração trimestral; **(ii)** considerando o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I do CTN; e **(iii)** considerando a ciência dos autos de infração em 21/12/2010, deve ser reconhecida a decadência do crédito tributário de IRPJ e CSLL relativo ao 1º, 2º e 3º trimestres de 2004, e de PIS e COFINS dos meses de janeiro a novembro de 2004.

Portanto, nego provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário, nesse ponto.

RECURSO VOLUNTÁRIO DA AUTUADA

Posso à análise das questões de mérito aduzidas pela empresa autuada em seu recurso voluntário.

Omissão de receitas da atividade

Primeiro, diga-se que deve ser mantido o lançamento referente à omissão de receitas apurada com base na divergência entre a receita declarada pela autuada em sua DIPJ e a receita da venda de mercadorias obtida a partir das Guias de Informação e Apuração do ICMS, fornecidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso.

Isso porque, restou constatada pela fiscalização a prática sistemática da autuada de declarar e submeter à tributação, na esfera federal, valores muito abaixo daqueles efetivamente declarados ao Fisco do Estado de Mato Grosso para fins de ICMS, via GIA.

Considerando que a prática não foi sequer infirmada pela defesa, é procedente o lançamento de tais valores.

Omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada

Segundo, no que toca à omissão de receita apurada com base na movimentação financeira informada pelas instituições financeiras, também deve ser mantido o lançamento.

Consoante art. 42 da Lei nº. 9430/96, caracteriza omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

De acordo com o dispositivo acima, portanto, basta ao Fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), cabendo à Autoridade Fiscal comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Neste ponto, deve-se esclarecer que não se está tributando o depósito bancário, nem se afirmando que este seja o fato gerador do imposto de renda. O que se está tributando é uma importância financeira à disposição da fiscalizada que, pelo fato de não ter sua origem esclarecida e comprovada, deve ser considerada receita tributável auferida e não declarada (receita omitida). Diante desta presunção legal, o ônus da prova se inverte e passa à autuada que terá a obrigação de comprovar a origem dos recursos.

Desta forma, observando-se os critérios estabelecidos na legislação de regência e intimado o contribuinte a se manifestar sobre os valores que restaram incomprovados, compete a este, e não ao Fisco, provar a origem de cada um dos depósitos questionados se quiser se eximir da exação ou, caso fique constatada sua origem tributável, que os respectivos valores foram oferecidos à tributação.

No presente caso, conforme consta dos autos e acima relatado, a autoridade fiscal intimou a autuada e os seus sócios a comprovarem a origem dos valores depositados em suas contas bancárias, indicando valores e datas, mas não foi atendida.

Destaque-se que, além da autuada não ter comprovado a origem das receitas no decorrer do procedimento de fiscalização, não apresentou em sua impugnação ou em seu recurso voluntário quaisquer justificativas para a relevante diferença constatada entre sua movimentação financeira e as receitas declaradas.

Reitere-se que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um crédito bancário, considerado isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários creditados e seu oferecimento à tributação, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido (ser beneficiado com um crédito bancário sem origem ou não oferecido à tributação) e o fato desconhecido (auferir rendimentos). Essa correlação induz à presunção legal de que o valor creditado em conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de rendimentos não declarados.

Observe-se, ainda, que esta presunção legal torna desnecessário para a fiscalização reunir outros indícios ou provas. Neste sentido, vale citar a Súmula nº 26 do CARF:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Multa qualificada e agravada - Argüição de inconstitucionalidade

A seguir, a contribuinte alegou a improcedência da aplicação da multa agravada e qualificada, sob o argumento de ofensa aos princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva.

Ora, as circunstâncias narradas nos autos evidenciam, de forma inequívoca, o intuito deliberado, por parte da autuada, de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores correspondentes a seu faturamento.

A falta de apresentação de DIPJ no ano-calendário 2004 e a entrega de declaração de inatividade para o ano-calendário de 2005, quando, na realidade, a autuada movimentou recursos em conta bancária e emitiu notas fiscais de venda, de forma reiterada, durante todo o período fiscalizado, obviamente, não pode ser creditada a simples erro contábil, ou esquecimento, demonstrando o elemento doloso e o intuito de sonegar.

Não bastasse isso, a autuada não atendeu nenhuma intimação das autoridades fiscais, não apresentou qualquer documento ou esclarecimento no curso da ação fiscal e até o momento não regularizou seus cadastros junto à Receita Federal.

Portanto, deve ser mantida a multa agravada e qualificada.

Esclareça-se, ademais, no que tocam aos argumentos de ofensa aos princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, que as

instâncias administrativas de julgamento estão impedidas de afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade, a teor do disposto no artigo 62 da Portaria MF nº 256/09, que aprova o Regimento Interno do CARF.

Este entendimento está consolidado na via administrativa, conforme enunciado da Súmula nº. 2 deste Conselho:

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Apuração da base de cálculo dos tributos devidos

A empresa atuada teve seu lucro arbitrado por não apresentar sua escrituração regular ou livros fiscais exigidos pela legislação, valendo-se de artifícios para frustrar a apuração do seu resultado efetivo.

Logo, correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal, em conformidade com o disposto no art. 530 do RIR/99.

Alegando não ser aplicável a legislação superveniente, a atuada pleiteia a apuração da contribuição devida ao PIS nos moldes da Lei Complementar nº 07/70, na sistemática do PIS/Dedução IR e PIS/Repique.

Contudo, a aplicação da LC nº 07/70 não é possível pois, com a suspensão do Decreto-Lei nº 2.445/88 pelo Senado Federal, o Governo foi obrigado a expedir a Medida Provisória nº 1.212/95, para regular a cobrança das contribuições para o PIS/Pasep. A MP que, nas reedições, tomou diversos números foi convertida na Lei nº 9.715/98, cuja aplicação a partir de 01/02/1999 ficou alterada pela Lei nº 9.718/98.

Nesse passo, várias outras leis alteraram, ainda, a cobrança da contribuição para o PIS: Lei nº 10.637, de 2002; Lei nº 10.684, de 2003; Lei nº 10.833, de 2003.

Estando a citada legislação do PIS em vigor, não pode ser acatado o pleito da atuada.

ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS

A atuada sustenta, ainda, que deve excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

É que, no julgamento dos Recursos Extraordinários ns.º 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, o Tribunal Pleno do STF definiu o termo faturamento, assim entendido como a receita bruta proveniente da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

No entanto, o PIS e a COFINS foram calculados sobre o valor das mercadorias vendidas aos seus clientes, incluindo na base de cálculo dessas contribuições a parcela do ICMS que é devida aos respectivos Estados.

Nesse ponto, é de se convir que, apesar de ser este o entendimento do Fisco, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não é legítima, uma vez que o referido tributo não integra qualquer elemento descrito na regra-matriz das contribuições.

Precisamente, o ICMS não se insere no conceito de **receitas auferidas pela pessoa jurídica**. Vejamos.

Como se sabe, o ICMS é um imposto de competência dos Estados (art. 155, II), que tem como hipótese de incidência a circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, nada tendo haver com as receitas auferidas pela autuada no desenvolvimento de seu objeto social.

A autuada inclui no preço das mercadorias vendidas aos seus clientes os valores referentes ao ICMS, e posteriormente recolhe o tributo ao Estado competente. Todavia, o fato de a Recorrente “embutir” o ICMS no preço da mercadoria vendida não significa que tal valor integrará a sua receita: ao contrário, pois estes valores serão imediata e integralmente repassados ao Estado competente.

A propósito, essa é uma situação bastante similar ao que previu o Constituinte no artigo 212, §1º da Constituição, ao considerar que a parcela de impostos transferidos pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios não é considerada receita da União. E com bastante razão, pois não se pode considerar receita própria o que apenas foi recebido com o propósito de imediato repasse a terceiros.

Conforme ensinamentos de Geraldo Ataliba, receita é qualquer ingresso que integre o patrimônio de quem a recebe, *literis*:

O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo o dinheiro que ingressou nos cofres de determinada entidade. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que recebe. (in ISS e Base Imponível – Estudos e Pareceres de Direito Tributário, São Paulo, RT, 1978, v.1, pág. 81/85)

Ricardo Mariz de Oliveira também ensina que receita deve causar necessariamente um aumento no patrimônio da pessoa jurídica:

Por outro lado, a receita é considerada, sem qualquer mínima oposição seja de quem for, como um fator de aumento do patrimônio. Este dado, efetivamente, está presente em todas as manifestações contrárias a propósito do tema. Assim, como pode ser extraído dos princípios contábeis e das leis que aludem à receita, se não expressamente, no mínimo implicitamente. (Conceito de receita como hipótese de incidência para as contribuições para a Seguridade Social. Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª Quinzena de Janeiro de 2001 – nº 01/2001 – Caderno 1 – pág. 43).

Partilhando desse mesmo entendimento, Aliomar Baleeiro, ressaltou a distinção entre meros ingressos e receitas, concluindo que, se não houver incremento patrimonial, os valores não poderão ser caracterizados como receita, *verbis*:

3. ENTRADAS OU INGRESSOS

As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como ‘entradas’ ou ‘ingressos’. Nem todos esses,

porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de 'movimentos de fundo', sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo. (Conceito de receita como hipótese de incidência para as contribuições para a Seguridade Social. Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª Quinzena de Janeiro de 2001 – nº 01/2001, Caderno 1, pág. 43.)

Noutro giro, ainda que se busque o conceito meramente contábil de receita, a conclusão alcançada será a mesma: os valores arrecadados pela Recorrente referentes ao ICMS não são receitas. A esse respeito, cite-se o Pronunciamento XIV do IBRACON (Instituto de Auditores Independentes do Brasil) – “Receitas e Despesas = Resultados”:

2. RECEITA correspondente a acréscimos nos ativos ou decréscimos nos passivos, reconhecidos e medidos em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, resultantes dos diversos tipos de atividade e que possam alterar o patrimônio líquido.

3. Acréscimos nos ativos e decréscimos nos passivos, designados como receita, são relativos a eventos que alteram bens, direitos e obrigações. Receita, no entanto, não inclui todos os acréscimos no ativo ou decréscimos nos passivos. Recebimento de numerários por venda implica em alteração do patrimônio líquido. Por outro lado, o recebimento por empréstimo tomado ou o valor de um ativo comprado a dinheiro, não são receita, porque não alteram o patrimônio líquido (grifos não presentes nos originais)”.

Segundo o próprio IBRACON, acréscimo nos ativos e decréscimos nos passivos, designados como receitas, são relativos a **eventos que possam alterar a equação final entre bens, direitos e obrigações.**

O ICMS, no caso, não se constitui efetivamente um ingresso de nova receita para a autuada, mas sim receita dos Estados, que meramente transita pelas contas da pessoa jurídica.

Nesse sentido, destaque-se também a Norma Internacional de Contabilidade - IAS 18, que assim dispõe sobre o tema:

A receita é definida, na Estrutura Conceitual para a Preparação e Apresentação das Demonstrações Contábeis, como aumentos nos benefícios econômicos durante o período contábil, sob a forma de entrada ou incremento de ativos ou diminuição de passivos, que resultam no aumento do patrimônio líquido, exceto aqueles aumentos decorrentes de contribuição de capital, por parte dos acionistas/cotistas...

(Continuação)

8. A receita inclui somente a entrada bruta dos benefícios econômicos recebidos e a receber pela entidade, decorrentes de suas próprias transações. Importâncias cobradas por conta e em

favor de terceiros, tais como impostos sobre as vendas, mercadorias e serviços, e impostos sobre o valor agregado não são benefícios econômicos que fluem para a entidade e não resultam em aumentos do patrimônio líquido. Portanto, são excluídos da receita de vendas (receita de vendas deve ser registrada pelo valor líquido de impostos). (Tradução livre do IBRACON).

Percebe-se, com isso, que o ICMS não se agrega ao patrimônio da autuada e por tal razão não pode ser confundido com receita da empresa. E isso tudo por uma razão muito simples que vale a pena repetir: **a parcela relativa ao ICMS não remunera a venda de mercadorias, tratando-se de receita exclusivamente dos Estados.**

Assim, incluir nas bases de cálculo do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ICMS pago pela autuada é desrespeitar o conceito de faturamento da Lei nº. 9.718/98, o artigo 195, I, “b” da CF e o artigo 110 do CTN, uma vez que está se permitindo que a União se locuplete com exações híbridas, que não se ajustam aos moldes de nenhum dos tributos que a Constituição, expressa ou implicitamente, outorgou-lhe.

Importa notar também, que o art. 3º, § 2º, I da Lei nº. 9.718/98, quando afirma que se exclui da receita bruta o ICMS-substituição, tem caráter meramente declaratório, isto é, explicita o que estava implícito no nosso ordenamento. Não é o caso aqui, ao contrário do que possa parecer, ao primeiro súbito de vista, da criação de nenhuma isenção tributária. Pelo contrário, é o reconhecimento expresso de mais uma situação de não-incidência.

Destarte, sendo o ICMS uma receita do Estado, é inviável que a União tribute tais valores, incluindo-os na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o instituto da imunidade recíproca veda completamente esse comportamento fiscal (artigo 150, inciso VI, alínea “a” da CF).

Lembrando que, a imunidade recíproca é consequência lógica da eficácia do princípio federativo, pois impõe a igualdade entre as pessoas políticas, preservando a autonomia e competência umas das outras.

Ainda sobre o tema, é preciso dizer, que admitir a inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições ofende o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º da CF/88), pois a parcela arrecadada pela autuada referente ao ICMS não revela uma capacidade tributária no sentido de fato econômico que exprima riqueza ao contribuinte (auferir receita).

Como demonstrado acima, a Lei nº. 9.718/98 e a Constituição Federal contemplam de forma expressa a necessidade do contribuinte auferir receita como pressuposto para a cobrança do PIS e COFINS pela União.

Frise-se, novamente, o ICMS apenas **transita** pelas contas da autuada não constituindo sua receita própria definitiva, de forma que não pode ser tributado pelo PIS e pela COFINS.

Note-se que esse mesmo entendimento também tem sido reforçado pelo E.STF no julgamento (em curso) do RE nº 240785/2, o *leading case* da discussão acerca da inclusão do ICMS na base do PIS e da COFINS.

Em conclusão: receita passível de tributação pelo PIS e pela COFINS é todo o ingresso que cause algum acréscimo definitivo ao patrimônio do contribuinte, não podendo ser, como no caso do ICMS, valores que somente transitam pelas contas do contribuinte e que se destinam unicamente aos cofres dos Estados.

Resta evidente, portanto, que a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS fere os conceitos de receita e faturamento expressos na Lei nº. 9.718/98, bem como a hipótese de incidência constitucional dessas contribuições, merecendo reforma o lançamento nesse ponto.

Juros de mora - Taxa Selic

Finalmente, no que se refere à alegada ilegalidade da utilização da Taxa SELIC como juros de mora, aplica-se a Súmula nº. 4 do CARF:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

RECURSO VOLUNTÁRIO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Ricardo Alves de Brito

O sócio minoritário da autuada Ricardo Alves de Brito (0,1%) e o sócio-administrador majoritário Ângelo Marcheis (99%) foram arrolados como responsáveis solidários pelas infrações à Lei, consoante art. 134, 135 e 137 do CTN, no Termo de Constatação Fiscal (fls. 543/581). No entanto, nas tentativas de intimação por via postal e no Edital DIFIS nº 223/2010, fls. 4906/4908, o sócio Ricardo não foi relacionado.

Conclui-se, portanto, que ele não faz parte do pólo passivo da presente autuação, conforme bem apontou a decisão recorrida.

Deusito Gonçalo Oliveira das Neves, Helder José Ferreira da Silva, Sérgio Murilo José Sant'Ana, Hernani Cezar Rodrigues de Almeida, Moisés Gomes de Campos, Ramão Rosa de Oliveira, Débora Rodrigues Cavalheiro

Transcorrido o prazo regulamentar e não tendo os contribuintes supracitados impugnado ou recolhido o crédito tributário, foi lavrado Termo de Revelia às fls. 5226.

Registre-se que, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a revelia tem como consequência a definitividade da exigência na esfera administrativa, uma vez que sequer se instaura a fase litigiosa do procedimento, nos termos do art. 14 do Decreto nº. 70.235/72.

Nesse contexto, o recurso voluntário interposto pelos contribuintes em referência não deve ser conhecido.

Ângelo Marcheis, Sebastião Douglas Sorge Xavier e Sebastião Bueno Xavier

Os recursos dos responsáveis solidários em referência atendem a todos os pressupostos de admissibilidade. Devem, pois, ser conhecidos.

As alegações apresentadas pelos sujeitos passivos solidários são idênticas àquelas declinadas pela empresa autuada, acrescentando, tão somente, argumentos específicos relacionados a imputação de responsabilidade solidária.

Dessa forma, considerando que as demais questões já foram enfrentadas, passo a apreciar a questão atinente à imputação de responsabilidade solidária.

A responsabilidade solidária atribuída aos sujeitos passivos em comento, tem como fundamento legal os artigos 121, 124 e 135 do CTN.

Deixo de analisar a questão relativa à imputação de responsabilidade com fulcro no art. 124, I do CTN e o conceito de interesse comum, posto que desnecessário ao deslinde da controvérsia.

Isso porque, o enquadramento dos coobrigados nas condutas descritas no art. 135, II e III do CTN, como aconteceu no caso concreto, já é suficiente para a manutenção da responsabilidade solidária.

Nesse sentido, a fiscalização constatou, com base em comprovantes de instituições financeiras, que parte significativa da movimentação financeira da empresa autuada foi direcionada para a empresa Quatro Marcos Ltda.

Além disso, restou evidenciado nos autos que Sebastião Douglas Sorge Xavier administrava, de fato, a empresa autuada, utilizando-se da intermediação de seu pai Sebastião Bueno Xavier e de funcionários contratados por pessoa jurídica da qual era sócio majoritário (Quatro Marcos Ltda.), os quais assinavam cheques e/ou contratos para desviar o faturamento da empresa autuada para a empresa Quatro Marcos Ltda.

A prova coligida, a meu juízo, aponta um esquema arquitetado para, entre outras ações, utilizar a empresa autuada, registrada em nome de “laranjas” (Ângelo Marcheis e Ricardo Alves de Brito), para movimentar a maior parte do faturamento da empresa Quatro Marcos Ltda sem pagar os tributos devidos.

A interposição fraudulenta de pessoa fica caracterizada no caso em que o sócio formal (Ângelo Marcheis e Ricardo Alves de Brito) não tem capacidade econômica de ser titular de uma pessoa jurídica desse porte e ainda pelas declarações colhidas infere-se que se interposta pessoa.

Portanto, o conjunto probatório dos autos não deixa dúvidas quanto à montagem de um esquema fraudulento para permitir que a empresa autuada movimentasse vultosos recursos à margem da tributação.

A criação de empresas sob falsa titularidade constitui infração à lei, e os atos de gerência e mandato da empresa autuada no sentido de desviar o faturamento constituem, como um todo, infração à lei e ao contrato social ou estatuto.

Nessas condições, os fatos descritos dão cobertura à responsabilização de Ângelo Marcheis, Sebastião Douglas Sorge Xavier e Sebastião Bueno Xavier identificados, respectivamente, como sócio-administrador, sócio de fato e mandatário da empresa autuada.

Em sua defesa, Sebastião Douglas Sorge Xavier alegou que todas essas operações seriam lícitas e teriam causa negocial, mas que, em razão da exigüidade de tempo para realizar uma conciliação bancária na contabilidade da Quatro Marcos Ltda. não juntou cópia dos documentos que lastrearam cada uma das operações comerciais.

Naturalmente, tratando-se de esquema ardilosamente armado para enganar a Fazenda Nacional, não se poderia esperar que os atos fraudulentos praticados pelos responsáveis fossem documentados, somente sendo possível a prova obtida indiretamente. E, nesse sentido, a fiscalização trouxe aos autos robusto conjunto probatório, integrado por vários indícios convergentes no sentido da estruturação do esquema, com a participação das pessoas mencionadas, para praticar a sonegação.

Remetendo novamente aos argumentos já expostos nesse voto quanto à inversão do ônus da prova, tendo o Fisco apresentado um conjunto probatório robusto, cabia aos coobrigados fazerem a prova em contrário. Entretanto, até o presente momento, passados três anos desde a lavratura dos autos de infração, os contribuintes responsabilizados solidariamente nada trouxeram aos autos que comprovasse a licitude das operações entre a empresa Quatro Marcos Ltda e a autuada. Trouxeram apenas, cópias de livros fiscais da empresa Quatro Marcos Ltda. que não comprovam as operações com a empresa autuada.

Ademais, não merece amparo o pleito de Sebastião Bueno Xavier para a realização de exame grafotécnico, pois como bem ressaltou a decisão recorrida, o mandato em seu nome foi levado a cabo por Instrumento Público de Procuração, lavrado junto ao 21º Registro Civil das Pessoas Naturais de São Paulo, capital, tendo, portanto, fé pública. E, da mesma forma, o coobrigado não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse suas alegações.

Forçoso concluir, pois, que a responsabilidade tributária de que trata o art. 135 II e III do CTN deve ser atribuída aos sócios-administradores, sócios de fato e mandatários da sociedade, se restar comprovado que tais pessoas exorbitaram as suas atribuições estatutárias ou limites legais, e que dos atos assim praticados tenham resultado obrigações tributárias.

No caso concreto, uma vez comprovado que as pessoas indicadas como responsáveis solidários praticaram atos de gestão mercantil e financeira que permitiram que empresa autuada movimentasse vultosos recursos à margem da tributação, deve ser mantida a responsabilidade solidária.

Posto isso, encaminho meu voto no sentido de **(i)** conhecer e negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a decisão recorrida na parte que reconhece a decadência do crédito tributário de IRPJ e CSLL relativos ao 1º, 2º e 3º trimestres de 2004 e de Pis e COFINS dos meses de janeiro a novembro de 2004; **(ii)** conhecer e dar parcial provimento ao recurso voluntário da empresa autuada, para excluir o ICMS da base de cálculo

Processo nº 19515.004039/2010-12
Acórdão n.º **1402-001.605**

S1-C4T2
Fl. 5.780

do PIS e da COFINS; **(iii)** não conhecer os recursos voluntários dos responsáveis solidários Deusoito Gonçalo Oliveira das Neves, Helder José Ferreira da Silva, Sérgio Murilo José Sant'Ana, Hernani Cezar Rodrigues de Almeida, Moisés Gomes de Campos, Ramão Rosa de Oliveira, Débora Rodrigues Cavalheiro; e **(iv)** conhecer e negar provimento aos recursos voluntários dos responsáveis solidários Ângelo Marcheis, Sebastião Douglas Sorge Xavier e Sebastião Bueno Xavier.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá

Voto Vencedor

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Redator Designado.

Com a devida vênia, discordo do entendimento do I. Relator quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

O tema não guarda novidades e, há muito tempo, pacificou-se o entendimento de que a parcela de ICMS contida no valor das vendas compõe o faturamento. Nesse sentido, cita-se as inúmeras súmulas sobre o tema:

- Súmula TFR nº 258: “Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM.”;
- STJ – Súmula 68: “A parcela do ICM inclui-se na base de cálculo do PIS”.
- STJ – Súmula 94: “A parcela do ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial”.

Por oportuno, destaco entendimento de fundamental relevância na edição da Súmula 68 do STJ contido no voto condutor do aresto no REsp 16841/DF, de lavra do Ministro Garcia Vieira:

*Estabelece o art. 3º da Lei Complementar 07/70 constituir o Fundo de Participação de duas parcelas, a primeira mediante dedução do imposto de renda e a segunda com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento. **O ICM incide sobre valor da mercadoria, compõe o seu preço e integra o faturamento da empresa. Deste faz parte também as despesas com impostos e outras despesas, pagas pelo comprador. Assim, a contribuição social da empresa, calculada com base no seu faturamento, nos termos da citada Lei Complementar nº 07/70, é calculada sobre o total das vendas, de sua receita bruta, composta também do ICM. Se este está incluído no preço da mercadoria, não se pode excluir da base de cálculo do PIS.** [grifo nosso]*

As recentes decisões do STJ sobre a matéria, como não poderiam deixar de ser, traduzem a sedimentação sobre o melhor entendimento da controvérsia:

1ª Turma AgRg no Ag 1069974 PR - DECISÃO:17/02/2009 (unânime) - Relator Minisrto FRANCISCO FALCÃO.

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 83/STJ.

I - O acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, que firmou o entendimento de que se inclui na base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ICMS, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ.

II - Incidência do óbice sumular 83/STJ ao trânsito do recurso especial. III - Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1069974/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, 17/02/2009, DJe 02/03/2009)

No mesmo sentido pode-se citar também os acórdãos AgRg no Ag 1005267 RS (1ª Turma), REsp 881370 RJ (2ª Turma), AgRg no Ag 1018355 RS (2ª Turma), todos decididos, de forma unânime, a partir de 2008.

No âmbito do STJ, não há sequer uma decisão, nas últimas duas décadas, em sentido diverso.

Cumpra ainda esclarecer que os dispositivos legais que regem a matéria (Leis números 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003) trazem artigos específicos que tratam das exclusões permitidas para fins de determinação da receita bruta/faturamento, base de cálculo de tais contribuições.

No art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, consta que:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º [revogado]

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; [grifo nosso]

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - [revogado]

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

V - a receita decorrente da transferência onerosa a outros contribuintes do ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o

disposto no inciso II do § 1o do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Conforme se observa, o dispositivo legal em comento prevê que a única parcela de ICMS que poderá ser excluída da receita bruta é a que se refere à substituição tributária. Ora, entender que o ICMS cobrado na condição de contribuinte possa ser também excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins por não corresponder ao conceito de receita bruta, implica, a uma só vez, utilizar-se de exclusões não previstas em lei, bem como que interpretar que o legislador empregou “expressões supérfluas” ao permitir a exclusão do ICMS cobrado na condição de substituto tributário, uma vez que, se o ICMS cobrado do vendedor na condição de contribuinte - embutido no preço da mercadoria – não compusesse o conceito de receita bruta, mais razão ainda assistiria a não inclusão do ICMS cobrado em razão da “substituição tributária” na base de cálculo de tais contribuições. Contudo, se o legislador previu expressamente a exclusão do ICMS “substituição tributária” da receita bruta torna-se imperioso entender que tal parcela estaria compreendida em seu conceito, sob pena de considerar tal norma inócua.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis. Ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia, pois, conforme leciona Carlos Maximiliano, não se presumem, na lei, palavras inúteis (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 8. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262).

De modo semelhante, não há nas Leis nº 10637/2002 e nº 10.833/2003 dispositivos prevendo a exclusão do ICMS cobrado do vendedor, na condição de contribuinte, das bases de cálculo do PIS e Cofins não cumulativos (faturamento, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil).

A respeito das questões constitucionais envolvendo a matéria, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que, em regra, não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF, em seu art. 62, dispõe que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*” O caso concreto não se enquadra nas exceções elencada no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

Processo nº 19515.004039/2010-12
Acórdão n.º **1402-001.605**

S1-C4T2
Fl. 5.784

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desse modo, voto por negar provimento quanto a exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, e, por conseguinte, ao recurso voluntário da pessoa jurídica.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Redator Designado