



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.003383/2007-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-009.041 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2021
Recorrente SUBEAL SUBRUBIM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706/PR. TEMA 69.

O julgamento do RE 574.706/PR (tema 69) determinou que os valores relativos ao ICMS destacado em nota fiscal não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins. Decisão vinculante por força do art. 62 do Anexo II do RICARF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706/PR. TEMA 69.

O julgamento do RE 574.706/PR (tema 69) determinou que os valores relativos ao ICMS destacado em nota fiscal não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins. Decisão vinculante por força do art. 62 do Anexo II do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de decadência e de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para excluir o ICMS destacado nas Notas Fiscais da base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, nos termos da decisão proferida no RE nº 574.706/PR.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mara Cristina Sifuentes – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Hécio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Mara Cristina Sifuentes, Laércio Cruz Uliana Junior, Márcio Robson Costa, Paulo Roberto Duarte Moreira e Lara Moura Franco Eduardo (suplente convocada). Ausente o Conselheiro Arnaldo Diefenthaeler Dornelles.

Relatório

Trata-se de auto de infração para exigência do PIS/Pasep e da Cofins, por constatada a falta ou insuficiência do recolhimento dos valores relacionados, apurados no livro de apuração do ICMS em confronto com os valores declarados em DCTF.

A impugnação foi julgada pela DRJ Recife, acórdão nº 11-25.137, de 28/01/2008, improcedente por unanimidade de votos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

A falta ou insuficiência de recolhimento da COFINS constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

Não é permitida a exclusão do ICMS, cobrado na condição de contribuinte, da base de cálculo da Cofins por falta de previsão legal. O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pela contribuição em tela.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS

A falta ou insuficiência de recolhimento do PIS constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/20

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Afastado o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, por inconstitucional, o prazo decadencial rege-se pelo disposto no art.150 § 4 do Código Tributário Nacional. Havendo pagamento do imposto e/ou contribuição, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Nos casos, porém, em que o contribuinte deixa de declarar os rendimentos e de proceder ao recolhimento do tributo correspondente, sendo tais irregularidades identificadas pelo

Fisco, não há que se falar em lançamento por homologação e sim, em lançamento ex officio cujo termo inicial da contagem do prazo de decadência é aquele definido pelo artigo 173 do Código Tributário Nacional, ou seja; o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhe execução.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. LEGALIDADE. TAXA SELIC.

Legítima a aplicação da taxa Selic; para a cobrança dos juros de mora, a partir de 1º de abril de 1995 (art. 13, da Lei nº 9.065/95)

TRIBUTOS E MULTA - CONFISCO.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório dos tributos, se refere aos tributos e não às multas e se dirige ao legislador, e não ao aplicador da lei.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

A extensão dos efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva, do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio e, ainda assim, desde que seja editado ato específico do Sr. Secretário da Receita Federal nesse sentido. Não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando este deixar de conter os requisitos estabelecidos pelo art.16, inciso IV, do decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e quando o processo contiver os elementos necessários para a formação livre convicção do julgador.

JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS.

No processo administrativo fiscal, a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro Momento processual, a menos que ocorra um dos fatos previstos no § 4 do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Regularmente cientificada a empresa apresentou Recurso Voluntário, onde alega, resumidamente:

- A autuação é decorrente da operação “Pista livre” na esfera penal, de onde provieram os dados que deflagraram vários procedimentos fiscais. Entretanto as provas foram judicialmente declaradas ilícitas;

- dos documentos apreendidos pela Polícia Federal redundou nas seguintes autuações:

- 19647-003.383/2007-85 – PIS e Cofins ano 2001;
- 19647-011.373/2006-32 – IRPJ ano 2001;
- 19647-010.692/2007-10 – anos 2002 a 2004;
- a separação dos processos explica-se porque a RFB quis tratar o ano de 2001 de forma independente, para desvinculá-lo das provas obtidas ilicitamente;
- as autuações dos anos 2002 a 2004 usaram diretamente as provas obtidas para calcular supostas bases de cálculo dos tributos;
- para o ano de 2001 a suposta base de cálculo teria sido encontrada nos livros fiscais do contribuinte, contínua decorrência das provas ilícitas indiretamente;
- as provas foram declaradas ilícitas pelo judiciário, e mesmo que utilizadas indiretamente contaminaram o presente processo, por isso deve ser declarada a nulidade;
- os créditos de 2001 encontram-se decaídos, já que a empresa teve ciência da autuação em 19/12/2006, conforme art. 150 CTN;
- impossibilidade de incidir as contribuições sobre a base de cálculo inflada pelo ICMS, vide RE 240.785 no STF;
- junta certidão sobre o trânsito em julgado do HC nº57.624/RJ, em 28/09/2007, efl. 694.

Em 02/05/2012 o processo foi sobrestado por a matéria estar em repercussão geral no STF, conforme estipulava a Portaria CARF nº 01/2012.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mara Cristina Sifuentes, Relatora.

O presente recurso é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade por isso dele tomo conhecimento.

Em sede preliminar, a recorrente alega que haveria **decadência** do direito de o Fisco lançar tributos referentes aos períodos de janeiro a novembro de 2001, a teor do disciplinado no § 4º do artigo 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha

pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A questão da decadência foi objeto de decisão do STJ, na sistemática de recursos repetitivos, no REsp nº 973.733-SC, com a relatoria do Ministro Luiz Fux, com seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). (*grifei*)

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).

3. O *dies a quo* do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

(...)7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733 SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Assim é que restou decidido:

a. Se houver pagamento (ou declaração): data da ocorrência do fato gerador (artigo 150, § 4º, do CTN)

b. Se não houver pagamento (ou declaração): primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (artigo 173, I, do CTN)

Então, para que se configure a hipótese do item "a", basta que o contribuinte efetue o pagamento de qualquer parcela do tributo no correspondente período de apuração. Porém, não se admite que o valor pago (decorrente da apuração efetuada pelo próprio contribuinte) seja objeto de conduta maculada por dolo, fraude ou simulação.

O entendimento foi confirmado em súmula do STJ:

Súmula 555 do STJ:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

De forma semelhante, aquele tribunal afirma que a hipótese do item "b" acima (artigo 173, I) deve ser aplicada nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa (ou seja, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação).

E o § 2º do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, dispõe que as decisões proferidas pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos, devem ser reproduzidas nos julgamentos do CARF:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

No presente caso, é possível constatar que a recorrente não realizou recolhimentos de PIS e Cofins para os períodos de apuração no ano de 2001, conforme foi apurado pela DRJ em acesso ao sistema Sinal04, fls. 527 a 528, e não contestados pela recorrente.

Assim é que a contagem do prazo efetua-se conforme a regra prevista no art. 173 I do CTN, o que transporta o prazo final para lançamento dos fatos geradores ocorridos em 2001 para o dia 31/12/2007. Com a ciência dos autos de infração ocorreu em 19/12/2006, dentro do prazo possível.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Fica afastada a preliminar de decadência.

Quanto às alegação de nulidade por utilização de provas declaradas ilícitas pelo judiciário, ela é nova em sede recursal.

Em impugnação, fls. 371 a 400, a recorrente traz alegações a respeito de:

- decadência;
- lançamento indevido do IRPJ;
- irregular arbitramento do lucro, onde informa que sofreu operação da Polícia Federal no ano de 2005 relativa a “operação cevada” e foram apreendidos vários documentos e discos rígidos onde estavam seus livros contábeis;
- indevida inclusão do ICMS na base de cálculo;
- inexigibilidade da taxa Selic.

Ou seja, não apresenta nenhuma argumentação a respeito da impossibilidade da utilização das provas judiciais.

O momento oportuno para a apresentação de matéria de defesa é na impugnação artigo 17 do Decreto nº 70.235/1972, sob pena de preclusão.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Poderia se alegar que a matéria é de ordem pública, transcendendo o interesse das partes, antecedendo ou impedindo a análise do conflito de interesses em juízo.

Entretanto, mesmo que se acatasse a alegação de impossibilidade da utilização das provas judiciais analisando se é cabível, a argumentação não prosperaria.

No termo de encerramento da ação fiscal, efls. 29 e sgs., não encontramos alusões a utilização de provas trazidas da ação policial, que foram impossibilitadas de uso pelo trânsito em julgado do HC nº 57.624/RJ, em 28/09/2007.

Consta no termo os seguintes trechos que poderiam ser contestados:

Consta do documento de folha 239 apreendido pela Polícia Federal na Operação “Pista Livre”, e remetido a esta fiscalização através da SAPAC, o TERMO DE RESOLUÇÃO E DISTRIBUTO CONTRATUAL, assinado pelo Sr. Marinaldo Rosendo de Albuquerque, na qualidade de sócio administrador, em 13 de maio de 2004, com firma reconhecida do representante da empresa SUBEAL – SURUBIM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA. e o Grupo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S/A, onde as partes resolvem distratar a partir desta data o Contrato de Distribuição de Produtos Schincariol de nº 2001-18-0128-00 (nº 011/2001-D-NE), que teve início em 08.06.2001.

No entanto esse documento apenas trata de informação a respeito da relação contratual entre a recorrente e o Grupo Schincariol, que foi desfeito.

A seguir a fiscalização descreve os procedimentos que efetuou para fiscalização da empresa. Informa que foi emitido MPF para verificar cálculos do IRPJ no confronto entre os valores declarados pelo sujeito passivo e os valores apurados em escrituração contábil e fiscal, relativos a impostos e contribuições administrados pela RFB em 2001 e 2002.

As informações sobre o IRPJ estão nos bancos de dados da RFB e a escrituração contábil e fiscal foi solicitada a empresa, conforme termo de intimação respondido em 27/09/2006 com a apresentação de livros fiscais de entrada, saída e apuração do ICMS. Apresentou ainda Declaração de Informações econômico e fiscais, com opção pelo lucro presumido, e DCTFs, sem apresentar os recolhimentos. Não apresentou os livros Caixa nem os livros contábeis.

O Auditor-fiscal fez diligência na empresa, onde constatou que o estabelecimento encontrava-se com portas cerradas, e a seguir apurou que na cidade de Surubim havia um distribuidor da marca Schincariol, com filial de distribuidora de bebidas cuja matriz funcionava na cidade de Timbaúba, onde também estava situada a sede do grupo de empresas do Sr. Marinaldo Rosendo. A família Rosendo segundo documentos que constam no processo são os responsáveis pela empresa Subeal. Após as diligências e entrevistas o Auditor-fiscal apurou haver indícios que as atividades desenvolvidas pela empresa Subeal passaram a ser desenvolvidas pela PR Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda, levando também a conclusão que essa faz parte do grupo empresarial do Sr. Marinaldo Rosendo.

Por fim a fiscalização informa que a partir dos valores registrados no livro Registro de Apuração do ICMS elaborou o Demonstrativo das Receitas auferidas, que foi base para a apuração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins no ano de 2001. E que os valores declarados em DCTF, ano 2001, para os tributos, foram aproveitados como confissão de dívidas.

Portanto, conforme demonstrado, a fiscalização não utilizou de elementos colhidos na ação policial, mas sim, como todo procedimento de fiscalização, partiu de declarações da empresa e documentos contábeis e fiscais obrigatórios que foram apresentados pela empresa.

Como último pleito a recorrente solicita a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

Constata-se que o presente processo já foi sobrestado, em 02/05/2012 por a matéria estar em repercussão geral no STF, conforme estipulava a Portaria CARF nº 01/2012, por meio de despacho, efl. 831.

As alegações da Recorrente foram objeto de apreciação pelo STF RE 574.706/PR, afetado pela repercussão geral, grafado com o tema 69, no qual foi firmada a tese “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

Em decisão de embargos declaratórios apresentados pela Fazenda Nacional, o Plenário do STF assentou que, para o cômputo da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins deve ser aquele destacado em nota fiscal.

No que diz respeito ao presente Recurso Voluntário, identifica-se que a alegação de recolhimento indevido ou a maior foi amparada por decisão do STF, afetada por repercussão geral, que por força regimental vincula este Conselho, conforme o art. 62, §2º do RICARF.

Pela análise da situação concreta posta em julgamento, destaca-se que a Recorrente trouxe o Registro de Apuração de ICMS.

Tratando-se de apuração de crédito tributário, compete a unidade de origem da RFB proceder e analisar a documentação dos autos e aferir o valor a ser excluído da autuação.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para excluir ICMS destacado nas Notas Fiscais da base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins.

(documento assinado digitalmente)

Mara Cristina Sifuentes