



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

Processo nº 19647.012715/2005-51
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1202-000.148 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 7 de novembro de 2012
Assunto ICMS na base de cálculo PIS e Cofins
Recorrente J. B. DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em determinar o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Marcus Vinicius Barros Ottoni, Orlando José Gonçalves Bueno e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face de decisão de primeira instância, que apreciou impugnação apresentada em face de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, referente ao ano calendário de 2002.

De acordo com o relatório fiscal, foram constatadas as seguintes infrações:

1 – OMISSÃO DE RECEITA – SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO: caracterizada pela não comprovação da origem e da efetiva entrega dos valores referentes ao aumento de capital efetuado pela empresa.

2 – OMISSÃO DE RECEITA – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS: caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários, a partir da confrontação dos valores escriturados pela contribuinte em seus livros contábeis (Diário e Razão) e os extratos bancários da conta 01-00302131, agência 0012, do Banco 0641, apresentados pela própria pessoa jurídica.

3 – RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS: diferenças não declaradas em DCTF, apuradas em relação ao montante do lucro operacional informado na Declaração de Informação da Pessoa Jurídica.

Em decorrência da autuação principal (IRPJ), foram apuradas infrações reflexas às legislações de CSLL (itens 1, 2 e 3), PIS e Cofins (itens 1 e 2).

Na impugnação, o contribuinte, em síntese, requereu a nulidade dos autos de infração do presente processo, por não proceder a alegação de exclusão do Simples em 01/04/1999, já que desse ato não fora intimada. Afirmou, ainda, que estava sendo cobrada de valores já recolhidos no Simples (código de arrecadação 6106).

Quanto à omissão de receitas com base nos depósitos bancários, aduziu que a movimentação bancária constitui apenas indício, mas não efetiva comprovação de renda ou lucro, e desta forma não poderia ser considerado como fato gerador do imposto de renda e da CSLL, fazendo referência a decisões do Conselho de Contribuintes. Acerca da impossibilidade de autuação com base puramente em depósitos bancários, cita às fls. 691/692 a Súmula 182 do Poder Judiciário, transcrevendo às fls. 326/327 e 377/378 o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Processos 1998010000622456, Rel. Des. Olindo Menezes, DJU de 29/06/2001.

Quanto às bases de cálculo do PIS e da Cofins, alegou que deveria ser deduzido não apenas o ICMS substituto, como todo o ICMS incidente e que a base de cálculo adotada pela fiscalização estaria em descompasso com o entendimento jurisprudencial acerca da Lei n.º 9.718/98, violando o disposto no art. 110 do CTN.

Contestou, ainda, a aplicação da Taxa Selic como juros de mora em matéria tributária e apontou o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 75%.

A 4ª Turma da DRJ/Recife julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada em face da autuação, registrando a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA - OMISSÃO DE RECEITA - SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO E RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS, CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL, E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.

A tributação reflexa é matéria consagrada na jurisprudência administrativa e amparada pela legislação de regência, devendo o entendimento adotado em relação aos respectivos Autos de Infração acompanharem o do principal em virtude da íntima relação de causa e efeito.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS - A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, compõe a base de cálculo da COFINS.

JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - MULTA DE OFÍCIO - LEI Nº 9.718/1998 - INCONSTITUCIONALIDADES.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Em suma, a turma julgadora decidiu: (i) rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas pela impugnante; (ii) considerar não impugnadas contestou as apurações de omissão de receita relativas à presunção calcada em suprimento de numerário e aos valores informados em DIPJ, mas não declarados em DCTF; (iii) alterar os valores devidos do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, tendo em vista a consideração dos valores pagos espontaneamente no Simples (código 6106); (iv) manter sobre os valores devidos a multa de ofício no percentual de 75% e os juros de mora com base na Taxa SELIC.

O contribuinte, inconformado, interpôs recurso voluntário ao CARF, em 12/04/2007 (fls. 769 a 808) em que, preliminarmente, requer a nulidade do auto de infração em razão da falta de ciência do ato de exclusão do Simples. Quanto ao mérito, reitera as razões da impugnação relativamente (i) à indevida presunção de omissão de receita calcada em depósitos bancários, (ii) à dedução do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, (iii) à inconstitucionalidade das bases de cálculo do PIS e da Cofins estipuladas na Lei nº 9.718/98,

Processo nº 19647.012715/2005-51
Resolução nº **1202-000.148**

S1-C2T2
Fl. 5

(iv) à inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa Selic de juros e (v) ao caráter confiscatório da multa.

Através da Resolução nº 103-01.871, de 22 de janeiro de 2008 (fls. 823-830), a Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu converter o julgamento em diligência para que a autoridade local juntasse ao processo cópia do aviso de recebimento ou de qualquer outro documento apto a provar a realização de notificação postal ou pessoal do ato de exclusão do Simples.

Em resposta, a autoridade diligenciante apresentou o Aviso de Recebimento — AR, obtido através do SUCOP — Sistema Único de Controle de Postagem (doc. fls. 837), onde consta que o sujeito passivo tomou ciência da exclusão do Simples em 20/01/1999 (doc. fls. 838).

Após retornar ao CARF, o processo foi redistribuído, mediante novo sorteio, em razão do desligamento do relator original.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, inclusive o temporal, o recurso merece ser conhecido.

Preliminarmente, a recorrente aponta a nulidade dos autos de infração por cerceamento do direito de defesa, em razão de não ter sido intimada do ato de exclusão do Simples.

A diligência solicitada pela Terceira Câmara do antigo Conselho de Contribuintes pretendeu esclarecer a questão. E esclareceu. Como resposta, a unidade de origem juntou aos autos a comprovação do efetivo recebimento da correspondência destinada ao endereço da recorrente, através do Aviso de Recebimento (AR) devidamente assinado.

Assim, fica superada a preliminar arguida pela recorrente.

Passando à análise do mérito, contudo, depara-se com uma questão prejudicial ao julgamento, pois, dentre as matérias litigiosas, encontra-se a dedução do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, com a alegação de que sua inclusão é ilegítima e inconstitucional.

A discussão sobre a exclusão do ICMS nos mesmos moldes da do IPI, considerando-se que esta tem previsão legal e aquela, não, chegou ao STF com o início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, após ter sido pacificada no âmbito do STJ, com a edição das Súmulas 68 (“A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS”) e 94 (“A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL”).

Após iniciado o julgamento, pelo STF, do RE mencionado, a União ajuizou uma ação direta de constitucionalidade (ADC 18), pretendendo legitimar a inclusão do ICMS na composição base de cálculo do PIS e da Cofins, com pedido de declaração de constitucionalidade do inciso I do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em face do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, assim como de adoção de efeitos prospectivos (ex nunc), em caso da eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em tela.

Considerando que a decisão na ADC produziria efeitos sobre a totalidade dos processos envolvendo o mesmo tema, o STF decidiu que, apesar de iniciado o julgamento do tema no RE 240.785, a análise da mencionada ADC deveria ter precedência, e deferiu, por maioria, medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolvessem a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF. O prazo dessa decisão liminar foi prorrogado até setembro de 2010, não tendo sido julgado o mérito até a data de hoje.

Todavia, a repercussão geral sobre o tema “inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS” (tema 69) foi reconhecida pelo Plenário Virtual, em 25/04/2008, no Recurso Extraordinário nº 574.706.

O Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 e alterações posteriores, determina:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C

da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes."(AC)

Visando regulamentar aquele dispositivo, a Portaria CARF nº 1, de 03/01/2012, determina que o procedimento de sobrestamento “somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso” (art. 1º, parágrafo único), cabendo ao relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, se o caso concreto se enquadra, em tese, na hipótese de sobrestamento (art. 2º).

Após pesquisa, verificou-se que, seguindo a orientação consubstanciada no julgamento de questão de ordem no RE 540.410, foram proferidos despachos monocráticos em diversos processos que tratam do tema de interesse para este julgamento, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para os fins previstos no art. 543-B do CPC, tais como no RE 582.713, RE 404.887, RE 570.203, RE 611.698, dentre outros.

Por todos, colaciona-se o despacho proferido no Recurso Extraordinário nº 682.886, publicado em 30.05.2012, cuja decisão restou assim ementada:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE 540.410-QO, rel. min. Cezar Peluso, acolheu questão de ordem no sentido de "determinar a devolução dos autos, e de todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria, ao Tribunal de origem, para os fins do art. 543-B do CPC" (Informativo 516, de 27.08.2008). Decidiu-se, então, que o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil também se aplica aos recursos interpostos de acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 cujo conteúdo verse sobre tema em que a repercussão geral tenha sido reconhecida. No presente caso, o recurso extraordinário versa sobre tema (tema 69) cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 RG, rel. min. Cármen Lúcia, assim do: "Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785." Do exposto, nos termos do art. 328 do RISTF (na redação dada pela Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no art. 543-B e parágrafos

Processo nº 19647.012715/2005-51
Resolução nº **1202-000.148**

S1-C2T2
Fl. 8

do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 18 de maio de 2012. Ministro JOAQUIM BARBOSA - Relator

Diante dessas considerações, verificando a prejudicialidade entre a matéria tratada nestes autos e aquela reconhecida como de repercussão geral, voto por sobrestar o julgamento do presente recurso, até que seja proferida decisão definitiva nos autos do Recurso Extraordinário-RE nº 574.706 RG, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner