

DF CARF MF



Fl. 1113

S3-C413
Fl. 1

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

Processo nº 10120.004743/2005-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-001.362 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2012
Matéria COFINS - ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
Recorrente CELG DISTRIBUIDORA S/A (NOVA DENOMINAÇÃO DE COMPANHIA ENERGÉTICA DE GOIÁS S/A)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 30/01/2000 a 31/12/2003

Ementa: DISCUSSÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF Nº 1. A existência de discussão judicial em andamento impede a análise da mesma questão jurídica no âmbito administrativo.

Recurso voluntário não conhecido

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não tomar conhecimento do recurso.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Ivan Allegretti – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Marcos Tranchesi Ortiz, Domingos de Sá Filho, Ivan Allegretti, Mônica Monteiro Garcia de los Rios e Mara Cristina Sifuentes.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para a exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação aos fatos geradores ocorridos entre 30/01/2000 e 31/12/2003 (fls. 176/189).

A notificação aconteceu em 02/08/2005 (fl. 176).

Os fatos que ensejaram o lançamento podem ser resumidos nos seguintes trechos da fundamentação do auto de infração:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI. Assinado digitalmente em 29/02/2012 por

Documento assinado digitalmente em 29/02/2012 por ANTONIO CARLOS ATULIM. //cav.recex.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx
pelo código de localização: FP19.1119.11013.3X.U. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Impresso em 19/03/2012 por TAINÉ ALICE ANDRADE TIMA - VERSO EM BRANCO

No dia 22/03/2004, antes do início da ação fiscal, a CELG retificou as DIPJ (Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica), exercícios de 2001 a 2003, anos calendários de 2000 a 2002, conforme cópias às folhas 107 a 144, modificando as bases de cálculo do PIS e da COFINS. No mesmo dia foram retificadas as DCTF, fls. 99 a 106, gerando divergências com os pagamentos até então efetuados. Desta forma, foram apresentadas Declarações de Compensação (PER/DCOMP), conforme planilhas de fls. 166 a 175, adequando os valores recolhidos de PIS e COFINS às Declarações retificadoras.

A DIPJ exercício 2004, ano-calendário 2003, fls. 145 a 158, não foi retificada, mas a CELG apresentou a planilha de cálculo para o PIS e a COFINS, fl. 159, divergente da DIPJ nos meses de janeiro a junho, e de acordo com as DCTF retificadoras.

As receitas da CELG nos anos de 2000 a 2003, escrituradas em livros contábeis, estão de acordo com as planilhas de fls. 25 a 39, e coincidem com os valores declarados em DIPJ. No entanto, nas DIPJ retificadoras, foram feitas EXCLUSÕES nas bases de cálculo destes anos excluindo valores na linha correspondente ao IPI e ICMS/Substituto Tributário.

Foram anexadas a este processo, cópias da DPI (Declaração Periódica de Informações), com a informação prestada pela CELG à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, do valor mensal de ICMS devido no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2003, fls. 40 a 87.

Intimada e reintimada a detalhar as exclusões de IPI e ICMS/Substituto Tributário, fls. 88 e 89, a CELG respondeu, fls. 90 a 92, que se trata de ICMS/Substituição Tributária nas vendas de energia elétrica para consumidores finais.

Constatamos, ainda, de acordo com resposta apresentada pela CELG, fls. 94 a 96, que não incide ICMS na compra e venda de energia elétrica entre a CELG e outras concessionárias, permissionárias ou agentes comercializadores.

O Parecer Normativo CST número 77, de 23/10/86, definiu que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), referente às operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento, devendo fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A venda de energia elétrica para consumidores finais é operação própria da CELG, e portanto, o ICMS sobre esta operação não poderá ser deduzido do faturamento, pois não se trata de ICMS Substituição Tributária. Assim, estamos constituindo de ofício o presente crédito tributário, por meio deste auto de infração, os valores abaixo, que foram excluídos indevidamente da base de cálculo da COFINS nos anos de 2000 a 2003.

(fls. 177/178, sublinhado editado)

A contribuinte apresentou impugnação (fl. 202/214), alegando em síntese o

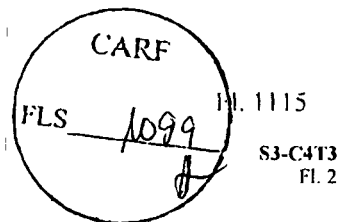
seguinte:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2 200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI. Assinado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI. Documento de 20 páginas(s) confirmado digitalmente. Pode ser consultado no endereço <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de localização LP19-1119-5XJF. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Impresso em 19/03/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA - VERSO FM BRANCO

DF CARF MF

Processo nº 10120.004743/2005-69
Acórdão n.º 3403-001.362



(i) "que a fiscalização mencionada diz que além das exclusões dos valores relativos ao ICMS Substituição Tributária, haveria sido promovida a exclusão do valor do IPI, tal como mencionado às fls., em verdade não houve qualquer exclusão de valores relativos ao IPI, sendo este procedimento absolutamente estranho ao presente feito" (fl. 204).

(ii) "que a legislação vigente reconhece a não inclusão do ICMS substituição tributária na base de cálculo da COFINS", fazendo remissão ao texto do art. 23, IV da IN SRF 247/2002, cujo teor é o seguinte:

Art. 23. Para efeito de apuração da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre o faturamento, observado o disposto no art. 24, podem ser excluídos ou deduzidos da receita bruta, quando a tenham integrado, os valores:

IV - do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), quando destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

Cita, ainda, o seguinte trecho do Parecer Normativo CST nº 7, de 23/10/1986:

"O ICM referente à operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento. Sendo um imposto incidente sobre vendas, deve compor a receita bruta para efeito de base de cálculo das Contribuições ao PIS/PASEP e FINSOCIAL.

Entretanto, o ICM referente à substituição tributária não integra a base de cálculo do contribuinte substituto no tocante às suas Contribuições para o PIS/PASEP e FINSOCIAL, por constituir uma mera antecipação do devido pelo contribuinte substituído."

Argumenta, então, que a sua condição de substituto tributário foi estabelecida, na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, pelo art. 52 da Lei Estadual nº 11.651/1991, do Estado de Goiás, cujos textos são, sucessivamente, os seguintes:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/07/2012 por IVAN ALLEGRETTI Assinado digitalmente em 29/07/2012 por

Documento assinado digitalmente em 29/07/2012 por ANTONIO CARLOS ATILIO M/cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP19.1119.110133XJL. Consulte a página de autenticação no final deste documento.

Impresso em 09/03/2012 por FIANE ALICE ANDRADE LIMA - VPRS-EM-BRANCO

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

Art. 52. A empresa distribuidora de energia elétrica fica nomeada substituta tributária relativamente à obrigação de pagar o imposto devido nas operações anteriores e subseqüentes, desde a produção ou importação até o consumo.

§ 1º O imposto a que se refere o caput deste artigo será pago na ocasião da saída do produto do estabelecimento da distribuidora e calculado sobre o preço então praticado na operação final.

§ 2º É assegurado o pagamento do imposto ao Estado de Goiás quando nele ocorrer a operação de saída mencionada no parágrafo anterior.

Explicou, também, que tal condição de substituto tributário foi regulamentada pelo Decreto nº 4.852, de 19 de dezembro de 1997, nos seguintes termos:

"Art. 30. É substituta tributária, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação anterior e subseqüente, desde a produção ou importação até o consumo, a empresa distribuidora de energia elétrica (Lei nº 11.651/91, art. 52).

1º O imposto a que se refere o caput deste artigo deve ser pago na ocasião do fornecimento de energia elétrica e calculado sobre o preço então praticado na operação final.

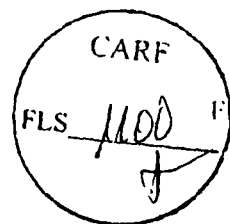
2º É assegurado o pagamento do imposto ao Estado de Goiás, quando nele ocorrer a operação de saída mencionada no parágrafo anterior.

§ 3º A apuração e o pagamento do imposto, incidente sobre a operação descrita no caput deste artigo, devem ser feita conforme o previsto na legislação tributária. (acrescido o § 4º ao art. 30 pelo art. 2º do decreto nº 5.416 de 26.04.01 - vigência: 27.04.01.)

§ 4º São ainda substitutos tributários os estabelecimentos gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação que promoverem relativa à entrada, em território goiano, de energia elétrica não destinada à

DF CARF MF

Processo nº 10120.004743/2005-69
Acórdão n.º 3403-001.362



S3-C4T3
Fl. 3

comercialização ou à industrialização, observado o seguinte (Convênio ICMS 83/00):

I - o valor do imposto a ser retido é resultante da aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação de que decorrer a entrada da energia elétrica em território goiano, conforme base de cálculo definida na alínea "b" do inciso XIII do art. 19 da Lei n.º 11.651, de 26 de dezembro de 1991, CTE;

II - o imposto retido deve ser recolhido até o 9º (nono) dia subsequente ao término do período de apuração em que tiver ocorrido a retenção;

Explicou, ainda, que "A Impugnante pratica os valores de tarifas estabelecidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, Lei nº 9.427/95. Tarifas as quais mediante mecanismos contratuais podem ser revistas, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro, conforme disposto no § 2º, do art. 9º da Lei n.º 8.987/1995" (fl. 212).

Concluiu sua impugnação alegando, pois, que sendo uma contribuinte submetida à substituição tributária do ICMS, deve ser reconhecido que os valores que recolhe a título de ICMS não integram o preço, não podendo ser computado como receita.

Cita, ademais, a seguinte Solução de Consulta:

MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL 4ª REGIÃO FISCAL

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 23 de 13 de junho de 2003

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins.

EMENTA: BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO - Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituto do ICMS, nos termos do Parágrafo único da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 46, de 2000, pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS-Substituição Tributária pago na aquisição de trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, importados do exterior ou de Estado não signatário do aludido Protocolo, desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituto. A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária da base de cálculo da Cofins é prevista somente para o contribuinte substituto do referido imposto. Reforma da Solução de Consulta SRRF04/Disit nº 42, de 3 de dezembro de 2001, publicada no Diário Oficial da União - DOU de 21 de dezembro de 2001."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília/DF (DRJ), por meio do Acórdão nº 15.168, de 30 de setembro de 2005 (fls. 222/225), manteve o lançamento em sua integralidade, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

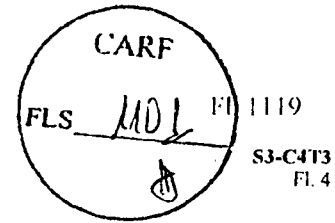
Autenticado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI Assinado digitalmente em 29/02/2012 por

Documento de 20 páginas confirmado digitalmente. Para ser consultado online, clique no link <http://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de localização EP19.1119.11013.3X-II. Consulte a página de autenticação no final deste documento.

Impresso em 29/03/2012 por FIANE ATÍCF ANDRADE LIMA - VERSO EM BRANCO

DF CARF MF

Processo nº 10120.004743/2005-69
Acórdão n.º 3403-001.362



O ICMS incidente sobre a energia elétrica leva em conta todas as fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, a qual tem por sujeito passivo o consumidor final.

A Recorrente, na acepção do art. 121, parágrafo único, inc. I, do Código Tributário Nacional, não é contribuinte do ICMS, pois, de rigor, não pratica nenhuma operação mercantil, mas apenas, a viabiliza.

Eis que do comando do § 9º do art. 34 do ADCT, se verifica que as distribuidoras, tal como a Recorrente, "...serão as responsáveis..." pelo pagamento do único ICMS devido, pela operação praticada, qual seja, a que levou energia elétrica da fonte geradora ao consumidor final.

A esta altura, emerge cristalina a concepção de que, em face das peculiaridades que orientam as atividades da Recorrente, só é juridicamente possível a tributação pelo ICMS no momento em que a energia elétrica é consumida.

A Recorrente coloca a energia elétrica à disposição do consumidor final, assumindo por força de lei, a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Vale dizer, a Recorrente paga o imposto a título alheio, ou seja, por conta do consumidor final, sendo este o contribuinte do ICMS, em ambas as circunstâncias: como contribuinte de direito e de fato. A uma porque integra o pólo passivo da obrigação, a duas porque suporta o impacto econômico do tributo.

(...)

Em verdade, por força do art. 52 do Código Tributário do Estado de Goiás, a Recorrente nada mais exerce que o ônus jurídico de substituta tributária de duplo viés. Quando? nas operações anteriores (aquisição de energia, substituindo a geradora) e nas operações subseqüentes (no efetivo consumo da energia pelo consumidor final) nos exatos termos da legislação.

O contribuinte protocolou posteriormente uma petição incidental (fls. 953/958), por meio da qual

(i) informa a correlação entre o lançamento discutido nestes autos e as compensações que foram homologadas anteriormente;

(ii) cita um precedente deste Conselho que alega corroborar sua tese:

COFINS. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Na substituição tributária a relação jurídica tributária ocorre entre o substituto legal tributário e o sujeito ativo. Não havendo relação jurídica tributária entre o substituto e o Estado, por inexistência de direito material positivo que o obrigue àquela prestação, incabível a este excluir do faturamento, para fins de apuração da base de cálculo das contribuições, parcelas que a seu juízo referem-se a tributo do qual considera-se mero depositário, sob

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI Assinado digitalmente em 29/02/2012 por

Documento de 20 páginas (1) assinado digitalmente em 28/02/2012 por ANTONIO CARLOS COSTA JUNIOR //cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP19.1119.11013.3X.II. Consulte a página de autenticação no final deste documento.

Impresso em 29/03/2012 por ETIANE APICE ANDRADE LIMA - VERSO EM BRANCO

alegação de ser distribuidor e, portanto, substituto tributário do comerciante varejista. (...)

(Processo nº 11075.001934/2003-62, Acórdão nº 203-11.525, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Relator Cons. Valdemar Ludvig, j. 08/11/2006)

(iii) informa a existência de processo judicial de sua autoria, no qual recebera decisão favorável, nos seguintes termos:

"(...) a recorrente pede vênia ainda, para transcrever a ementa do recentíssimo julgamento proferido pela Oitava Turma do E. Tribunal Regional Federal, nos autos do Recurso de Apelação nº 2003.35.00.011071-7, em que figuram também como partes a CELG e a Fazenda Nacional, e, cujo mérito é idêntico ao mérito destes autos sob a relatoria de V.Sa.. Naqueles autos, cuja ementa segue abaixo transcrita, a recorrente pleiteou a declaração de inexistência de relação jurídica que autorizasse a recorrida exigir-lhe as contribuições para o COFINS/PIS, incluindo em suas bases de cálculos o valor do ICMS.

"TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. NÃO CABIMENTO. PRESCRIÇÃO, IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 118/05, COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC E JUROS DE MORA. 1. No julgamento iniciado e não concluído do Recurso Extraordinário 240.785-2/MG (informativo 437, do STF), o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso, por entender violado o art. 195, I da CF, por estar incluído na base de cálculo da COFINS, como faturamento, o ICMS. 2. Tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o prazo prescricional da ação de repetição de indébito, ou que vise a compensação, como regra geral, ocorrerá após o transcurso de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador (prazo decadencial), acrescido de mais cinco anos, contados da homologação tácita. 3. Independentemente da natureza da Lei Complementar n.º 118/05, se interpretativa ou não, ela não pode retroagir em atenção ao princípio da segurança jurídica, evitando-se, dessa forma, a denominada surpresa fiscal. 4. está autorizada a compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido a título de PIS e COFINS, com qualquer tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, ainda que o destino das arrecadações seja outro. 5. (...). 6. Apelação a que se dá provimento." (DOU, de 15/06/2007)

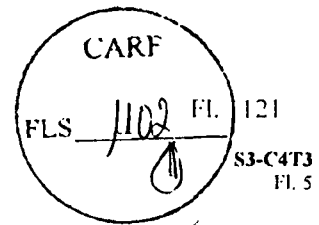
Notadamente restou decidido que a recorrente tem o direito de excluir o valor do ICMS da base de cálculo das contribuições para o COFINS/PIS, para o período anterior a vigência da Lei nº 9.718/98, alcançando período de 10 anos, tendo em vista o prazo decadencial aplicável para tributos lançados por homologação, além de autorizar a compensação de tais valores.

O contribuinte apresentou cópia do acórdão judicial (fls. 1072/1084).

Em razão desta manifestação incidental, a Procuradoria da Fazenda apresentou petição (fls. 1087/1095) argumentando,

DF CARF MF

Processo nº 10120.004743/2005-69
Acórdão n.º 3403-001.362



(i) a preclusão do direito do contribuinte de apresentar alegações e documentos, pois apenas poderia fazê-lo no ato da interposição do recurso, inclusive em razão do disposto no art. 16, § 4º do Decreto nº 70.235/72, citando precedentes deste Conselho e

(ii) que em relação ao mérito, “a lide circunscreve em saber se a condição do contribuinte é ser ou não substituto tributário. Apesar de haver previsão legal, em legislação estadual, do contribuinte poder ostentar a qualidade substituto tributário se faz necessário analisar o instituto da substituição tributária”, argumentando então o seguinte:

A substituição tributária é um instituto que visa antecipar o recolhimento antecipado do tributo incidentes sobre o valor final do produto, pelo substituto, retirando do substituído a responsabilidade tributária, sendo este quem praticará, presumivelmente, essa operação futura.

Nota-se que é uma obrigação de pagar surgida antes mesmo da ocorrência do fato gerador, tendo que a exigência fiscal se apoiar na ficção jurídica do fato gerador presumido.

Essa forma de responsabilização tributária visa atender as exigências da sociedade moderna, visando dar aplicação ao princípio da praticabilidade da tributação, princípio este prelecionado pelo Sacha Calmon. O referido doutrinador afirma que esse instituto se apóia em dois valores básico: necessidade de evitara evasão fiscal (segurança fiscal) e necessidade de assegurar recursos com alto grau de previsão e praticabilidade (certeza fiscal).

Logo, tal instituto se visualiza nas operações comerciais, nas quais as cadeias de produção-circulação há inúmeras capilaridades na ponta final. Isso é muito comum na produção e distribuição de combustíveis nas refinarias, sendo esta tributada, por ser de mais fácil controle, do que nos postos varejistas, ou seja os postos de combustíveis.

A referida transação comercial acima não se visualiza no caso do contribuinte em questão, situação esta que foi bem delineada pela DRJ- Brasília/DF, conforme trecho de fls. 230:

“(…) Tal não ocorre, entretanto, nas operações próprias de venda de energia elétrica pela CELG aos consumidores, nas quais o ICMS devido é incluído no preço de venda e tem seu ônus suportado integralmente pelo consumidor, inexistindo, em concreto, o fato gerador presumido típico do mecanismo da substituição tributária. As próprias faturas emitidas pela impugnante às unidades consumidoras, pela prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica, das quais se anexa a título exemplificativo um exemplar (fl. 235), deixam claro que o ICMS cobrado compõe o preço de venda, e, portanto, o faturamento sujeito incidência da contribuição, nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, inexistindo a figura do contribuinte substituto, não cabendo, por consectário, a exclusão pretendida pelo sujeito passivo. (...)”

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI. Assinado digitalmente em 29/02/2012 por

Documento assinado digitalmente em 29/02/2012 por ANTONIO CARLOS DE SOUZA. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
pelo código de localização EP19.1119.110133XH. Consulte a página de autenticação no final deste documento.

Ademais, cumpre salientar que a previsão de sua condição substituto tributário na legislação estadual ocorre devido a exigência constitucional de prévia autorização legal e se dará nas operações comerciais que comporte tal instituto e não na venda direta com o consumidor final, que paga pela prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Diante disso, não comporta atribuir procedência à tese trazida pela recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo (fls. 247 e 248).

Verifica-se, das informações e documentos apresentados pela recorrente, que existe ação judicial discutindo o mesmo tema em debate neste processo administrativo.

Embora a recorrente apenas tenha apresentado cópia do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos da Apelação Cível 2003.35.00.011071-7, o relatório de tal decisão evidencia de maneira clara que se trata de “*pedido de declaração de inexistência de relação jurídica que autorizasse a ré a exigir o pagamento do PIS e da COFINS, incluindo-se em sua base de cálculo o ICMS*” (fl. 1073).

O acórdão proferido no caso concreto da mesma contribuinte entende de que, “*com o julgamento do RE 346.084, a Suprema Corte estabeleceu, em definitivo, o conceito de receita como sendo as entradas que se incorporam à esfera patrimonial do contribuinte, valores esses que ingressam em seu patrimônio em decorrência única e direta do resultado das vendas de bens ou serviços, não quaisquer outros fatores*” (fl. 1676), em seguida aderindo ao mesmo entendimento adotado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, ainda em andamento, mas que pode ser resumido no seguinte trecho:

O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação de serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da COFINS faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem competência para cobrá-lo.

(...)

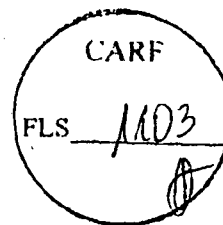
Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que medíata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não se revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea 'b' do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. (fls. 1677/1678)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI. Assinado digitalmente em 29/02/2012 por IVAN ALLEGRETTI. Documento de 20 página(s) confirmado digitalmente. Pode ser consultado no endereço <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx> pelo código de localização EP19.1119.11013.3XJ1. Constitui a página de autenticação no final deste documento.
Impresso em 19/03/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA - VERSO EM BRANCO

DF CARF MF

Processo nº 10120.004743/2005-69
Acórdão n.º 3403-001.362



Fl. 1123

S3-C4T3
Fl. 6

Ressalvada a possibilidade de o contribuinte provar o contrário, a informação acima evidencia que a ação judicial proposta pelo contribuinte trata da mesma matéria em discussão no presente processo administrativo.

Com efeito, não há como diferenciar entre a discussão judicial e a discussão administrativa, pois ambas giram em torno da definição da natureza do ICMS enquanto parcela do preço que compõe a receita ou faturamento.

Ora, é entendimento consolidado deste Conselho que a discussão pela via judicial prejudica o debate administrativo, conforme categoricamente previsto na Súmula CARF nº 1:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Ou seja, não é possível a concomitância da discussão pelas duas vias, de modo que a existência de uma ação judicial torna prejudicada a discussão do mesmo tema pela via administrativa.

Nestas situações, não se pode conhecer do recurso voluntário que pretenda discutir matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Ante o exposto, voto no sentido de negar conhecimento ao recurso quanto à matéria de fundo, porquanto submetida ao judiciário.

Ivan Allegretti