

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

Processo nº 10183.005313/2003-68
Recurso nº 240.177 De Ofício
Acórdão nº 3402-00.269 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria COFINS/PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO
Recorrente DRJ CAMPO GRANDE - MS
Interessado SIMARELLI DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/05/1998 a 30/09/2003

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS RETIDO EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO LEGÍTIMA. ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 9718/98. ARTS. 97 INC. IV, 121 e 128 DO CTN.

É legítima a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/05/1998 a 30/09/2003

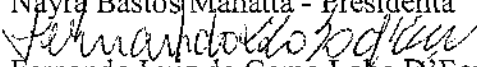
PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS RETIDO EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO LEGÍTIMA. ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 9718/98. ARTS. 97 INC. IV, 121 e 128 DO CTN.

É legítima a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária.

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termo do voto do Relator.


Nayra Bastos Maranhão - Presidenta

Fernando Luiz da Gama Lobo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio Cesar Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Fernando Luiz da gama D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício Voluntário (fls. 545 Vol. III) interposto pela instância “a quo” contra o v. Acórdão/DRJ/CGE nº 04-11.262, exarado em 12/01/07 (fls. 544/550 vol. III) pela 2ª Turma da DRJ de Campo Grande - MS que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar improcedentes”, “nos termos do relatório e voto os seguintes lançamentos originais:

a) Contribuição para o PIS (MPF nº 0130100/00220/03 fls. 253/271 vol. II), notificado em 29/01/04 (fls. 337 vol. II), no valor total de R\$ 195.474,56 (PIS R\$ 83.475,62; Multa R\$ 62.606,48; e Juros R\$ 49.392,46), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 31/05/98 a 30/09/03 em razão de “diferença apuradas entre o valor escriturado e declarado” pela exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas contabilizadas decorrentes de incentivos fiscais de ICMS; em razão do que a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. Capitulados no AI, e devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96;

b) COFINS (MPF nº 0130100/00220/03 fls. 03/21), notificado em 29/01/04 (fls. 88), no valor total de R\$ 782.339,88 (COFINS R\$ 340.383,69; Multa R\$ 255.287,54; e Juros R\$ 186.668,65), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do COFINS nos períodos de 31/05/98 a 30/09/03 em razão de “diferença apuradas entre o valor escriturado e declarado” pela exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas contabilizadas decorrentes de incentivos fiscais de ICMS; em razão dos fatos relatados, a d. Fiscalização considerou infringidos os capitulados no AI, e devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. decisão de fls. 544/550 (vol. III) da 2ª Turma da DRJ de Campo Grande - MS, houve por bem “julgar improcedentes” os lançamentos originais, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS é de dez anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte em

que o crédito poderia ter sido constituído, entendimento esse consolidado no art. 95 do Regulamento do PIS/PASEP e da COFINS, Decreto nº 4.524, de 2002.



NULIDADE.

São nulos apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Deve ser considerado não formulado o pedido de perícia que não atender aos requisitos legais e indeferido, quando for prescindível para o deslinde da questão a ser apreciada ou se o processo contiver todos os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

APRESENTAÇÃO DE PROVA.

Prova documental deve ser apresentada juntamente com a impugnação, salvo nos casos expressamente admitidos em lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - OFINS

Ano-calendário: 1998, 2000, 2001, 2002; 2003

DIFERENÇA ENTRE RECEITA ESCRITURADA DECLARADA.

Provado, pela escrituração da contribuinte, que a empresa ofereceu à tributação a totalidade das receitas de venda de mercadorias, não deve ser mantido o lançamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002

DIFERENÇA ENTRE RECEITA ESCRITURADA E DECLARADA.

Provado, pela escrituração da contribuinte, que a empresa ofereceu à tributação a totalidade das receitas de venda de mercadorias, não deve ser mantido o lançamento.

Lançamento Improcedente"

Embora regularmente notificada da r. decisão em 26/02/07 (fls. 575) a Recorrida deixou de apresentar contra-razões ao recurso de Ofício.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Relator

O recurso de Ofício preenche os requisitos de admissibilidade eis que o débito exonerado pela r. decisão ultrapassa o limite de alçada, mas no mérito não merece provimento.

No mérito a r. decisão recorrida esclarece que :

"Contesta, dentre outras coisas, as planilhas feitas pela fiscalização (fls. 25/45), principalmente por estar embutido na base de cálculo os valores do ICMS, da própria COFINS e do PIS, em desacordo com a Lei nº 9.718/1998, assim como as rubricas de recuperação de Despesas, apresentando as planilhas de fls. 125/147.

Esta DRJ determinou a realização da Diligência (fl. 173) cujas conclusões exaradas no Termo de Encerramento de Diligência (fl. 237/238), adotamos para decidir.

Desta forma acatamos o concluído pela fiscalização que foi:

"O contribuinte demonstrou todos os fatos e atos que foram intimados pela fiscalização no que se refere ao Termo de Diligência Fiscal/Solicitação de Documentos não devendo, portanto, subsistir o auto de infração e neste ato sugerimos o seu cancelamento."

De todo o exposto, voto no sentido de (...), no mérito, julgar improcedente o lançamento, recorrendo, de ofício, ao Conselho de Contribuintes, em face do valor exonerado."

Nesse sentido, essa C. Câmara já assentou

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins Período de apuração: 30/01/1999 a 30/06/2000

Ementa: COFINS. BASE DE CÁLCULO. IMPORTÂNCIAS RETIDAS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO LEGÍTIMA. ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 9.718/98. ARTS. 97, INCISO IV, 121 e 128, DO CTN. As importâncias recebidas e recolhidas pelo substituto tributário, por conta dos substituídos na cadeia de comercialização, como mero "portador" do tributo por estes últimos devido no regime de substituição tributária, não compõem a sua receita bruta de vendas, uma vez que não se referem às suas próprias vendas, nem tampouco constituem receita própria, independentemente da forma como sejam contabilizadas, sendo que a pretensão fiscal de inclusão das referidas importâncias, por aumentar artificialmente as receitas brutas de vendas do substituto tributário, sem que se consubstanciem efetiva receita própria, refoge à base de cálculo inerente à hipótese de incidência expressamente prevista na lei ("seu faturamento" e "receitas

auferidas pela pessoa jurídica" - cf. arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98), em violação ao art. 97, inciso IV, do CTN. Recurso provido." (cf. ACÓRDÃO nº 201-80515, Rec. nº 132290, Proc. nº 15374.004011/2001-87, em sessão de 15/08/2007, Rel. Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, publ. in D.O.U. de 28/11/2007, Seção 1, pág. 85)

No mesmo sentido, a Jurisprudência do E. STJ recentemente proclamou a **legitimidade exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária**, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A natureza jurídica da substituição tributária é uma técnica de arrecadação. Nessa modalidade, em que o Fisco e o contribuinte mantêm a relação jurídica, o contribuinte do ICMS faz seu lançamento por homologação e recolhe diretamente o tributo.

2. Na substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assume o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar o tributo por determinação legal, ou seja, no momento em que o recolhe assume a responsabilidade de responder ao tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituto. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negocial, entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.

3. Todas as vezes em que o Fisco começa a exigir do substituto recolhimento fora das regras fixadas pelo princípio da legalidade, o substituto pode insurgir-se em juízo, pois é parte legítima para discutir tal exigência; se não cumprir a exigência, passa a ser o responsável direto pelo não-cumprimento.

4. Não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária como receita bruta de vendas ou faturamento, daí decorrendo que a incidência de PIS e Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal, já que se faz sobre base não prevista no texto da Constituição nem das leis que regem a matéria. O ICMS não compõe a receita da contribuinte substituída, uma vez que não se refere às suas próprias vendas, tampouco constitui receita independente da forma como seja contabilizada.

5. Quando o contribuinte vende a mercadoria, está embutido o ICMS, imposto indireto que foi por ele pago. Sua receita bruta é o total do preço da venda e do ICMS pago, pois já está incluído no preço da mercadoria. No caso da substituição tributária, quando efetua a venda, o substituto tributário recolhe o ICMS

Rel. 7

antecipadamente, e, já com o ICMS que será pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa uma espécie de pauta sobre o valor a incidir, presume-se que a venda será efetuada, e nesta presunção já está incluído o ICMS, que, conseqüentemente, será colocado pelo vendedor, pelo substituído.

6. Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituto do ICMS pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS - substituição tributária paga na aquisição das mercadorias - trigo e seus derivados - 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 (art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98).

7. Recurso parcialmente provido." (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no REsp. nº 601.741-CE, reg. nº 2003/0191554-6, em sessão de 26/04/2005, rel. Min. JOSÉ DELGADO, publ. in DJU de 24/10/2005 p. 178)

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO INTEGRAL** ao Recurso de Ofício, por entender que no mérito a r. decisão recorrida deve ser mantida vez que se conforma com a jurisprudência citada.

É como voto.


Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça