



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

Processo nº 10410.006059/2007-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-005.182 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2018
Matéria TRIBUTAÇÃO DO ÁLCOOL PARA FINS CARBURANTES
Recorrente COMPANHIA AÇUCAREIRA USINA DO CAPRICHIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2004 a 30/04/2004

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SÚMULA Nº 1 DO CARF.

A matéria objeto do processo administrativo submetida à apreciação do Poder Judiciário não pode ser conhecida, por imperativo da Súmula CARF nº 1.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A validade do lançamento é pautada pela observância dos requisitos do art. 142 do CTN c/c art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. ATO DE CONTROLE. OMISSÕES OU INCORREÇÕES. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal é elemento de controle interno da administração tributária e não influi na validade do lançamento, que é pautado pelos requisitos do art. 142 do CTN c/c art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

CIDE. COMPENSAÇÃO. ART. 8º DA LEI Nº 10.336/01. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação da CIDE com PIS só é possível no caso de efetivo pagamento daquela contribuição. A dedução prevista no art. 8º da Lei nº 10.336/01 é para valores efetivamente pagos e não compensados.

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. PRECEDENTE DA TURMA, ACÓRDÃO 3301-004.355.

Matéria decidida no acórdão nº 3301-004.355, no sentido de que transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial nº 1144469/PR, sob a sistemática de recurso repetitivo, que deu pela inclusão do ICMS na base de

cálculo do PIS/Pasep, de observância obrigatória por este Conselho, nos termos do seu Regimento Interno. Já o STF, entendeu pela não inclusão, no Recurso Extraordinário nº 574.706, que tramita sob a sistemática da repercussão geral, mas de caráter não definitivo, pois pende de decisão embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional, elemento necessário à vinculação deste CARF.

MULTA DE OFÍCIO. LEGITIMIDADE. LEGALIDADE.

A multa de ofício de 75% sobre o imposto devido e não recolhido é prescrita pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, atendendo ao princípio da legalidade, nos termos dos art. 5º, II e 37, *caput* da Constituição e art. 97 do CTN. Constatada a ausência de recolhimento, a autoridade fiscal não só está autorizada como, por dever funcional, está obrigada a proceder ao lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. SÚMULA CARF Nº 2.

A análise da caracterização da multa de ofício com efeito confiscatório implica em análise de constitucionalidade, o que encontra óbice na Súmula CARF nº 2.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2004 a 30/04/2004

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SÚMULA Nº 1 DO CARF.

A matéria objeto do processo administrativo submetida à apreciação do Poder Judiciário não pode ser conhecida, por imperativo da Súmula CARF nº 1.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A validade do lançamento é pautada pela observância dos requisitos do art. 142 do CTN c/c art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. ATO DE CONTROLE. OMISSÕES OU INCORREÇÕES. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal é elemento de controle interno da administração tributária e não influi na validade do lançamento, que é pautado pelos requisitos do art. 142 do CTN c/c art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

CIDE. COMPENSAÇÃO. ART. 8º DA LEI Nº 10.336/01. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação da CIDE com COFINS só é possível no caso de efetivo pagamento daquela contribuição. A dedução prevista no art. 8º da Lei nº 10.336/01 é para valores efetivamente pagos e não compensados.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. PRECEDENTE DA TURMA, ACÓRDÃO 3301-004.355.

Matéria decidida no acórdão nº 3301-004.355, no sentido de que transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial nº 1144469/PR, sob a sistemática de recurso repetitivo, que deu pela inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, de observância obrigatória por este Conselho, nos termos do seu Regimento Interno. Já o STF, entendeu pela não inclusão, no Recurso Extraordinário nº 574.706, que tramita sob a sistemática da repercussão geral, mas de caráter não definitivo, pois pende de decisão embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional, elemento necessário à vinculação deste CARF.

MULTA DE OFÍCIO. LEGITIMIDADE. LEGALIDADE.

A multa de ofício de 75% sobre o imposto devido e não recolhido é prescrita pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, atendendo ao princípio da legalidade, nos termos dos art. 5º, II e 37, *caput* da Constituição e art. 97 do CTN. Constatada a ausência de recolhimento, a autoridade fiscal não só está autorizada como, por dever funcional, está obrigada a proceder ao lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. SÚMULA CARF Nº 2.

A análise da caracterização da multa de ofício com efeito confiscatório implica em análise de constitucionalidade, o que encontra óbice na Súmula CARF nº 2.

Recurso Voluntário conhecido em Parte, e na parte conhecida, Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte o recurso voluntário, e na parte conhecida, negar provimento.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Winderley Moraes Pereira (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, por bem descrever os fatos:

1. Contra a empresa já identificada foram lavrados os Autos de Infração, de fls.05/06 e 14/15, do presente processo, para exigência dos

créditos tributários, adiante especificados, referente aos períodos de apuração constantes dos mencionados autos de infração do PIS e da COFINS:

2. De acordo com o autuante, os referidos autos são decorrentes da falta/insuficiência de recolhimento das contribuições e apurados nos demonstrativos, em função dos seguintes fatos:

2.1 - o contribuinte considerou a tributação do PIS e Cofins, incidentes sobre as receitas de venda de álcool para fins carburante, no período de dezembro/02 a julho/04 para o PIS e de fevereiro/04 a julho/04 para Cofins, de forma não cumulativa;

2.2 - dedução dos valores da CIDE sobre combustíveis, compensada com créditos de IPI, dos valores a recolher a título de PIS e Cofins;

2.3 - o procedimento adotado relativo ao item 1, contraria o art 1º, parágrafo 3º, inciso IV, art. 8º, inciso VII, “a”, da Lei 10.637/02; art. 1º, parágrafo 3º, inciso IV, art. 10, inciso VII, “a”, da Lei 10.833/03 e ADI nº 1, de 12/01/05. As receitas provenientes da venda de álcool para fins carburantes sempre estiveram na sistemática cumulativa, não lhes sendo aplicado o regime não cumulativo;

2.4 - quanto ao item 2, a Cooperativa Reg. de Açúcar e Alcool, CNPJ 12.277.646/0001-08, na forma do art. 22 da Lei nº 10.833/03 e art. 66 da Lei n. 9.430/96, sendo responsável pelo recolhimento da CIDE, PIS e Cofins de suas cooperadas (o contribuinte é uma de suas cooperadas), efetuou os recolhimentos da CIDE sobre combustíveis de suas cooperadas com créditos de IPI e deduziu dos valores do PIS e da Cofins a pagar.

Este procedimento não tem previsão legal, visto que a dedução prevista no art. 8º da Lei nº 10.336/01 é para os valores efetivamente pagos. Não há amparo legal para dedução da compensação, embora compensação e pagamento sejam formas de extinção de créditos tributários, são procedimentos distintos. Entendimento corroborado pelas Delegacias de Julgamento, Acórdão nº 4.197 da DRJ/IRPO, mantido pelo 2º Conselho de Contribuintes pelo Acórdão 203-10527 Recurso 126835 e Acórdão nº 11-15286 da DRJ/REC;

2.5 - o Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas, CNPJ 12.316.337/0001- 91, do qual o contribuinte é associado, através do processo AGTR68538-PE, 2006.05.00.024854-3 (processo originário 2006.83.00.003903-4) obteve em 07/11/06, liminar em mandado de Segurança, junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para que o PIS e a Cofins incidentes sobre as receitas de álcool para fins carburante fosse tributado de forma não cumulativa, no período de dez/02 a abr/04 para o PIS e fev/04 a abr/04 para Cofins. Em 20/10/06, o juiz da 6ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, proferiu sentença julgando improcedente o pedido e denegando a segurança. Em 19/03/07 o juiz da 6ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco inadmitiu os embargos apresentados pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas. Em 27/04/07 o Agravo de Instrumento AGTR 68538-PE foi julgado perecido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por perda de objeto em função da sentença existente. A apelação em

Mandado de Segurança AMS 98901-PE, junto ao TRF da 5ª Região, ainda não apreciada até a presente data.

3. Inconformada com as autuações, a contribuinte, por seu representante legal, apresentou as impugnações, de fls. 56/73 e 871106, anexou cópias de documentos, alegando, em síntese, que:

3.1 - como se observa do Termo de Encerramento, o regime de recolhimento cumulativo e não cumulativo do PIS e da Cofins incidente sobre o álcool carburante, no período de 02/2004 a julho/2004, é alvo de controvérsia judicial entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas - SINDAÇUCARIAL ao qual a Defendente é filiada;

3.2 - o mencionado litígio e travado em mandado de segurança que tramita atualmente no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, estando aguardando julgamento a Apelação em Mandado de Segurança nº 98.901/PE interposta pelo Sindicato;

3.3 - o segundo motivo do lançamento foi o fato de a empresa ter deduzido a CIDE compensada dos valores devidos a título de PIS e Cofins, na forma do art. 8º da Lei nº 10.336 de 2001, o que, na perspectiva da auditoria fiscal, não poderia ser possível;

3.4 - entretanto, por meio da presente defesa, a empresa demonstrará que os autos de infração não procedem, sendo nulos de pleno direito;

3.5 - note-se de antemão que, *in casu*, não há que se falar em renúncia as instâncias administrativas, quanto à discussão acerca do regime PIS e Cofins incidente sobre o álcool carburante, no período de 02/2004 a julho/2004. Isso porque entre o presente processo administrativo e o referido mandado de segurança não há identidade de partes, em virtude do mandamus ter sido impetrado pelo SINDAÇUCARIAL e não pela empresa ora defendente, como bem relatou a fiscalização no seu Termo de Encerramento. Assim, devem ser conhecidas todas as matérias ora ventiladas, inclusive aquela alusiva ao regime de tributação do álcool carburante, no período objeto de autuação;

3.6 - o princípio constitucional da ampla defesa e o art. 10, III, do PAF, exigem que autoridade administrativa detalhe com precisão a infração supostamente cometida pelo contribuinte e o *quantum* ela representa, de modo a permitir que o cidadão faça o contraponto das afirmações e apurações empreendidas pela fiscalização;

3.7 - apesar da fiscalização ter sido clara quanto às duas pretensas infrações cometidas pela empresa, o auto de infração não destacou, separadamente, o *quantum* representava cada um dos assuntos tratados e o método de cálculo, no Termo de Encerramento, impedindo dessa forma, que a empresa possa examinar a correção ou não da apuração realizada pela auditoria fiscal, no que diz respeito aos temas que envolvem a presente controvérsia administrativa;

3.8 - outro vício formal do auto de infração é a ausência, nos autos do processo administrativo, das eventuais prorrogações do Mandado de Procedimento Fiscal que dariam legitimidade à fiscalização tributária;

3.9 - consoante Portaria que regula o MPF, o sujeito passivo deve ser cientificado da prorrogação do MPF, mesmo na hipótese de que a prorrogação tenha sido procedida via internet, mesmo assim, a fim de convalidar o procedimento, no primeiro ato de ofício praticado pela autoridade o sujeito passivo deverá ser cientificado;

3.10 - também são inválidos os autos de infração ora impugnados, nos termos do art. 59, I, do PAF, pois, ausente a intimação da contribuinte da prorrogação do MPF, a fiscalização autuante não possui legitimidade para efetuar o lançamento;

3.11 - não assiste razão ao fiscal autuante quando sanciona a empresa pelo fato de ter submetido suas vendas de álcool carburante ao regime não-cumulativo do PIS no período de dezembro/02 a junho/04 e da Cofins, no período entre 1º.02.2004 e 31.07.2004. A prova inequívoca do direito da Defendente reside no fato de que, somente após a vigência dos artigos 21 e 37 da Lei nº 10.865, de 30.04.2004 (os quais alteraram a redação do art 1º da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003), é que todas as receitas decorrentes de vendas de álcool carburante passaram a ser excluídas da não-cumulatividade;

3.12 - só depois da vigência da Lei nº 10865/2004 é que o faturamento de álcool carburante vendido pelas usinas passou a se submeter ao antigo regime cumulativo de recolhimento do PIS e da Cofins, tendo, ainda, o art. 46, I e IV, da mesma lei, submetido ao prazo nonagesimal por se tratar de inovação na legislação tributária;

3.13 - não bastasse a fiscalização ter incluído as vendas de álcool carburante no regime cumulativo do PIS, no período de dezembro/02 a julho/04 e da Cofins, no período entre 1º.02.2004 a 31.07.2004, a planilha anexa ao auto de infração assinala que o álcool outros fins foi incluído também nesse antigo regime de recolhimento dessas contribuições, sem que fosse apontada sequer o motivo tático ou a base legal para tanto;

3.14 - o auto de infração a pretexto de aplicar o art 8º da Lei nº 10.836 de 2001, findou por violá-lo, padecendo de ilegalidade o ato ora criticado também sob esse ponto de vista. A empresa quitou a CIDE devida na comercialização de álcool, mediante compensação tributária. Em seguida, utilizou esse montante, que adimpliu a CIDE, para deduzir os valores devidos a título de contribuição para o PIS e d e Cofins, nos termos do art. 8 da Lei nº 10.336 de 2001;

3.15 - outra impropriedade do auto de infração consiste na inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, a despeito desse imposto estadual não se enquadrar no conceito de faturamento. Nesse sentido seis ministros do Supremo Tribunal Federal já se pronunciaram pela impossibilidade jurídica de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, cujo julgamento foi interrompido por um pedido de vistas do

Ministro Gilmar Mendes, sendo certo que foi firmada a maioria em prol dos contribuintes;

3.16 - não obstante o termo de encerramento fiscal tenha sido omissivo, a planilha anexa ao auto de infração demonstra que a fiscalização fez incidir PIS e Cofins sobre vendas canceladas, sem apresentar justificativa nenhuma para tanto. Nada justifica a incidência do PIS e Cofins sobre vendas canceladas, diante do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, alínea “b”, da LC 70/91; art. 31, parágrafo único da Lei 8.981/95; art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98; art. 1º, V, “a”, das Leis nº 10.637 de 2002 e 10.833 de 2003. Todos esses dispositivos excluem as vendas canceladas do conceito de faturamento e de receita bruta;

3.17 - no que diz respeito à cominação de multa de ofício no percentual de 75%, sua aplicação ao caso dos autos viola o art 44, I, da Lei nº 9.430 de 1996 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 2007. E que a mencionada norma condiciona a aplicação da multa de 75% na hipótese de declaração inexata do tributo. No presente caso a empresa não apresentou declaração inexata dos elementos fáticos necessários à apuração do PIS e da Cofins. Os autos de infração foram lavrados porque a empresa classificou seu faturamento de álcool carburante como não-cumulativo e deduziu valores da base de cálculo valores relativos à compensação de CIDE;

3.18 - ainda que fosse aplicável ao caso o art. 44, I, da Lei nº 9.430 de 1996, esse dispositivo legal deve ser modulado nos casos dos autos para reduzir o percentual da multa em respeito ao art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784 de 1999 e aos princípios do não confisco, proporcionalidade e razoabilidade;

3.19 - requer que seja julgado improcedente o lançamento e anulados os autos de infração, porque viola:

3.19.1 - o art 10, III, do PAF, ao não individualizar o montante do suposto crédito tributário de acordo com os dois fundamentos trazidos pela fiscalização, preterindo, assim o direito de defesa da contribuinte autuada;

3.19.2 - o art. 59, I, do PAF, ao não fazer prova da intimação da autuada da prorrogação do MPF, retirando a legitimidade da auditoria fiscal;

3.19.3 - os arts. 21, 37, 46, I e IV, da Lei nº 10.865, de 30.04.2004, que alteraram a redação do art. 1º da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003, ao dizer que antes de sua vigência o álcool para fins carburantes fabricado pela usina autuada já seria cumulativo;

3.19.4 - as Leis nº 10.637 de 2002 e 10.833 de 2003, ao incluir no regime cumulativo o álcool para outros fins fabricado pela usina autuada;

3.19.5 - o art 8º da Lei nº 10.336 de 2001, ao não permitir a dedução da CIDE, adimplida por meio de compensação, na apuração do PIS e da Cofins;

3.196 - o art. 2º, parágrafo único, alínea “b”, da LC 70/91; art 31, parágrafo único da Lei nº 8.981; art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98; art. 1º, V,

“a”, das Leis nº 10.637 de 2002 e 10.833 de 2003, ao incluir as vendas canceladas na base de cálculo do PIS e da Cofins;

3.197 - o conceito de faturamento ao incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins;

3.19.8 - a alíquota aplicável ao caso, ao fazer incidir o percentual de 3% sobre a base de cálculo julgada inconstitucional pelo STF;

319.9 - o art. 44, I, da Lei 9.430 de 1996, com redação dada pela Lei 11.488 de 2007, ao fazer incidir a multa de ofício de 75%, apesar não existir declaração inexata quanto aos elementos fáticos necessários à apuração da contribuição exigida;

3.19.10 - o art 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784 de 1999 e os princípios do não confisco, proporcionalidade e razoabilidade, ao não modular o percentual da multa de ofício nas circunstâncias dos autos.

A 2ª Turma da DRJ/REC, acórdão nº 11-27.412, conheceu em parte a impugnação e, na parte conhecida, negou provimento. A decisão restou assim ementada:

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2004 a 30/04/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS

A opção, por parte da interessada, pela discussão de determinada matéria junto ao Poder Judiciário, importa renúncia tácita às instâncias administrativas.

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

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

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.

CIDE. COMPENSAÇÃO. A compensação da CIDE com PIS só é possível no caso de efetivo pagamento daquela contribuição.

Assumo: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

(...)

A decisão de piso conheceu em parte a impugnação (em virtude de concomitância) para rejeitar as preliminares e julgar improcedentes as outras matérias que não foram discutidas na esfera judicial.

Em recurso voluntário, a Recorrente ratifica os termos da impugnação e, em especial, afirma que não houve renúncia à esfera administrativa, tendo em vista que não é parte do mandado de segurança coletivo, que foi movido pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos legais de interposição, contudo, deve ser conhecido apenas em parte, como se exporá a seguir.

Concomitância entre o presente processo administrativo e o mandado de segurança coletivo ajuizado pelo Sindicato

A DRJ entendeu pela existência de concomitância, declarando a definitividade dos créditos tributários dos autos de infração de e-fls. 05/07 e 17/18, em virtude da ação movida pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas. Veja-se:

O Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas, CNPJ nº 12.316.337/0001-91, conforme consta do agravo de instrumento, fls. 38/50, representando as empresas, pessoas jurídicas, agroindustriais, produtoras de açúcar e álcool, entre as quais se encontra CIA. AÇUCAREIRA USINA CAPRICHIO, CNPJ nº 12.213.922100001-66, fl.29, que impetrou Mandado de Segurança, preventivo, perante a 6ª Vara Federal/PE, processo originário nº 2006.83.00.003903-4, em razão do justo receio provocado por ato assinado pelo Chefe da Superintendência Regional da Receita Federal- SRRF da 4ª Região Fiscal, que exclui do regime não-cumulativo do PIS/PASEP e Cofins as

vendas de álcool carburante, produzidos pelas empresas representadas pelo impetrante, no período entre 1º.12.2002 e 31.07.2004, violando, dessa forma, o direito líquido e certo das citadas contribuintes a tal regime fiscal.

(...)

6. Pelo exposto, resta claro que a discussão na seara judicial versa exatamente sobre a exclusão do regime não-cumulativo do PIS/PASEP e Cofins, no período entre 1º.12.2002 e 31.07.2004, as vendas de álcool carburante produzido pela empresa, configurando notória identidade de objeto discutido no processo judicial e neste processo administrativo.

7. Assim, com a propositura de ação judicial contra a Fazenda, a contribuinte manifestou renúncia tácita às instâncias administrativas no que se refere às questões postas em discussão na via judiciária, afastando, a partir de então, o pronunciamento dos órgãos julgadores administrativos sobre as referidas matérias, em face da unicidade de jurisdição prevista na Constituição Federal.

De fato, observa-se que o Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas, ao qual a contribuinte é filiada, através do processo AGTR68538-PE, 2006.05.00.024854-3 (processo originário 2006.83.00.003903-4) obteve em 07/11/06, liminar em mandado de segurança, junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª região, para que o PIS e a COFINS incidentes sobre as receitas de álcool para fins carburantes fossem tributados de forma não cumulativa, no período de 12/02 a 04/04 para o PIS e 02/04 a 04/04 para a COFINS.

O TRF da 5ª Região, na AMS 98901-PE 2006.83.00.003903-4, decidiu que:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO DA INDÚSTRIA DO AÇÚCAR E DO ALCOOL DE ALAGOAS. PIS E COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. EXCLUSÃO DA NÃO CUMULATIVIDADE DA RECEITA PROVENIENTE DA VENDA DE ALCOOL PARA FINS CARBURANTES TÃO-SÓ NOS TERMOS DA LEI 9.990/00 SOB REGIME MONOFÁSICO DE TRIBUTAÇÃO. CONSULTA QUE CONCLUIU PELA NÃO SUJEIÇÃO DAS USINAS AO REGIME MONOFÁSICO. MODIFICAÇÃO PELA LEI 10.865/2004. RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS USINAS AO REGIME NÃO-CUMULATIVO ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI 10.865/2004 CONFORME SEU ART. 46. APELAÇÃO PROVIDA. 1 - Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas que visa o reconhecimento do direito líquido e certo das Usinas do Estado de Alagoas ao recolhimento do PIS e da COFINS sobre as vendas de álcool para fins carburantes sob regime não- cumulativo no período de vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 até a edição da Lei 10.865/2004 (1º.08.2004). 2 – A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002, trata do PIS à luz do regime não-cumulativo de incidência, e a Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, trata da COFINS quanto ao mesmo aspecto. 3 – A redação original dos art. 1º, §3º, IV da Lei 10.637/2002, reproduzido na Lei 10.833/2003, dispõe que

somente as pessoas jurídicas que auferiam receita nos moldes das Leis nº 9.990, de 21 de julho de 2000, nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, e nº 10.485, de 3 de julho de 2002 todos estes produtos submetidos ao regime monofásico, ou quaisquer outros submetidos à incidência monofásica da contribuição, estavam excluídas do regime não-cumulativo do PIS e COFINS. 4 - Ressalte-se que a Lei 9.990/2000 alterou, dentre outros, dispositivos da Lei 9.718/98 e a redação atual de seu art. 3º trata especificamente da tributação monofásica do PIS e da COFINS, estabelecendo que devem se submeter àquela sistemática de cobrança as refinarias de petróleo, as distribuidoras de álcool para fins carburantes, os importadores de álcool carburante e os importadores ou produtores de gasolina, óleo diesel e gás liquefeito. 5 - No tocante à Lei 9.990/00, que trata da incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas provenientes da venda de álcool para fins carburantes, havia controvérsias, no âmbito da Administração Fiscal, no tocante às Usinas que vendiam álcool para fins carburantes. 6 - Em face da consulta realizada a Administração Fiscal, restou esclarecido pelo Fisco que as empresas produtoras de álcool para fins carburantes não estavam sob o regime da não- cumulatividade do PIS e da COFINS e que as receitas auferidas pelas Usinas provenientes das vendas do álcool para fins carburante nunca estiveram sujeitas ao regime monofásico. 7 - Observe-se que as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 excluem da incidência do PIS e da COFINS, de forma expressa, às receitas provenientes da venda de álcool para fins carburantes. 8 - É necessária uma interpretação combinada entre os artigos 1º, 3º, IV com o art. 8º da Lei 10.637/2002 e dos artigos 1º, 3º, IV com o art. 10º da Lei 10.833/2003, para concluir que as receitas provenientes de vendas de álcool, para fins carburantes, que ensejam a exclusão do regime da não- cumulatividade do e da COFINS são aquelas provenientes das vendas de álcool, para fins carburantes, mas desde que sujeitas à tributação monofásica, e repita-se que a própria Consulta feita à Administração reconheceu que as receitas auferidas pelas Usinas provenientes das vendas do álcool para fins carburante nunca estiveram sujeitas ao regime monofásico. 9 - Somente a partir da vigência da Lei 10.865/2004, conforme prevê seu art. 53, a partir de 1º de maio de 2004 é que foi excluída, expressamente, a receita de venda de álcool para fins carburantes do regime não-cumulativo de incidência do PIS e da COFINS. 10 - Tendo em vista que a legislação aplicável à obrigação tributária é aquela vigente à época da ocorrência do fato gerador, as receitas obtidas pelas Usinas, ora substituídas, provenientes da venda de álcool para fins carburantes no período entre 1º.12.2002 até 30.04.2004 estavam sujeitas ao regime da não-cumulatividade do PIS e da COFINS nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, no período entre 1º.12.2002 e 31.07.2004, em observância ao art. 46 da Lei 10.865/2004. 11 - Apelação provida.

A Recorrente alega que não é parte do Mandado de Segurança, já que foi movido pelo Sindicato.

Em sentido contrário, entendo correta a decisão recorrida, porquanto configurada a concomitância.

O mandado de segurança coletivo foi impetrado pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas com o fim de reconhecimento do direito líquido e certo das usinas do Estado de Alagoas (incluída a Recorrente) ao recolhimento do PIS e da COFINS sobre as vendas de álcool para fins carburantes sob regime não-cumulativo no período de vigência das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 até a edição da Lei nº 10.865/2004 (01/08/2004). Claro, por conseguinte, que há a identidade de matéria.

Os art. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009, dispõem:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

O Sindicato impetrou mandado de segurança em defesa dos direitos individuais homogêneos de suas filiadas, ligados às atividades finalísticas delas, configurando-

se como substituto processual. E, nos termos do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, a defesa dos direitos das filiadas pelo Sindicato independe de autorização.

Ademais, a coisa julgada lhe atinge, conforme art. 22 da Lei nº 12.016/2009.

A renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência do recurso eventualmente interposto refere-se às medidas judiciais interpostas pelo sujeito passivo ou seu substituto processual.

Logo, a concomitância alcança as medidas de caráter coletivo ajuizadas pelo Sindicato no interesse de seus associados.

Em suma, a matéria referente à inclusão no regime não-cumulativo do PIS/PASEP e COFINS, no período entre 01/12/2002 e 31/07/2004, das vendas de álcool carburante, está submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Por isso, o recurso voluntário não deve ser conhecido na parte III-A, e-fls. 146-151.

Cerceamento de defesa por violação ao art. 10, III, do Decreto nº 70.235/72

Afasto a pretensão de declaração de nulidade do auto de infração, porquanto entendo terem sido observados os requisitos fixados no art. 142 do CTN, combinado com os art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972, *verbis*:

CTN Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto nº 70.235/72

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I a qualificação do autuado;

II o local, a data e a hora da lavratura.

III a descrição do fato;

IV a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 59. São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (...)

Outrossim, a autuação está fundamentada nos dispositivos legais que a regem e a descrição dos fatos já conduz às situações jurídicas que desencadearam o lançamento, pois a narração é clara, não deixando qualquer dúvida quanto ao fato imputado, o que permitiu à empresa identificar o fundamento da exigência fiscal.

Comprovou-se que a Recorrente foi intimada de todos os atos, bem como foi exercido o amplo direito de defesa mediante contraditório regularmente instaurado, tendo sido ofertada a impugnação ao lançamento e apresentado o presente recurso voluntário.

Logo, restando o enquadramento legal e a descrição dos fatos aptos a permitir a identificação da infração imputada ao sujeito passivo, e estando presentes nos autos todos os documentos que serviram de base para a autuação sob exame, não há que se falar em nulidade.

Nulidade por ausência de notificação da prorrogação do MPF

A Recorrente alega a nulidade dos autos de infração sob a alegação de que a autoridade fiscal não apresentou o demonstrativo de prorrogação do MPF.

Não há razão no argumento, porquanto a falta de notificações de prorrogações de MPF, ainda que configurada, não implica em nulidade do auto de infração. Explico.

O MPF e suas prorrogações são meros instrumentos de gerenciamento da atividade fiscal. Assim, eventual descumprimento do MPF caracteriza infração administrativa, que deve ser apurada em procedimento administrativo interno da RFB, sendo que o resultado desse procedimento não interfere no lançamento tributário legalmente formalizado.

Apenas após a lavratura do auto de infração, é que se aplicam as disposições do Decreto nº 70.235/1972.

Afasto a pretensão de nulidade, porquanto foram observados na lavratura dos autos de infração os requisitos fixados no art. 142 do CTN, combinado com os art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972, como já mencionado acima.

Art. 8º da Lei nº 10.336/2001

Alega a Recorrente que a extinção da CIDE por quaisquer modalidades previstas no art. 156 do CTN garante a possibilidade de dedução do PIS/COFINS, prevista no 8º da Lei 10.336/2001.

Prescreve o art. 8º da Lei nº 10.336/2001:

O contribuinte poderá, ainda, deduzir o valor da CIDE, pago na importação ou na comercialização, no mercado interno, dos valores da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos na comercialização, no mercado interno, dos produtos referidos no art. 59, até o limite de, respectivamente:(.....)

A Cooperativa de Açúcar e Alcool de Alagoas, que, na forma do art. 22 da Lei nº 10.833/03 e art. 66 da Lei nº 9.430/96 é responsável pelo recolhimento da CIDE, PIS e COFINS de suas cooperadas (incluída a Recorrente), efetuou compensação da CIDE sobre combustíveis de suas cooperadas com créditos de IPI e deduziu dos valores do PIS e da COFINS a pagar.

A acusação fiscal volta-se a apontar a ausência de previsão legal para tal conduta, visto que a dedução prevista no art. 8º da Lei nº 10.336/2001 é para valores efetivamente PAGOS e não COMPENSADOS.

A compensação e o pagamento são formas de extinção do crédito tributário nos termos do art. 156 do CTN, todavia têm procedimentos distintos. Entendo que a decisão de piso andou bem ao não equiparar compensação a pagamento para fins de subsunção ao art. 8º da Lei nº 10.336/2001:

Aqui não se trata de extinção do crédito tributário, mas sim de deduzir do PIS e da Cofins o valor da Cide, pago na importação ou na comercialização. Ora, se houve compensação da CIDE na importação ou na comercialização no mercado interno, o que houve foi uma extinção do crédito tributário da Cide, pela compensação. Assim, é de se manter o lançamento, por não se tratar de valores pagos, como previu a Lei nº 10.336 de 2001, inviabilizando sua dedução da contribuição devida.

Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS

A despeito de entendimento pessoal, curvo-me ao decidido por esta 1ª Turma Ordinária, no acórdão nº 3301-004.355, de 20 de março de 2018, no sentido da impossibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS antes do trânsito em julgado do RE nº 574.706.

Transcrevo o voto vencedor lá proferido, como razões de decidir:

Sobre o tema da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS, o STJ decidiu, em recurso especial sob a sistemática de recurso repetitivo, pela inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, já com trânsito em julgado. Já o STF entendeu pela sua não inclusão, em recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, mas em caráter não definitivo, pois pende de decisão sobre embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional. É o que detalha decisão recente deste Conselho:

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARF. REGIMENTO INTERNO.

Decisão STJ, no Recurso Especial nº 1144469/PR, sob a sistemática do recurso repetitivo, art. 543-C do CPC/73, que firmou a seguinte tese: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações", a qual deve ser reproduzida nos julgamentos do CARF a teor do seu Regimento Interno.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido em sentido contrário no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, como ainda não se trata da "decisão definitiva" a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não é o caso de aplicação obrigatória desse precedente ao caso concreto.

Recurso Voluntário Negado

(CARF, 3º Seção, 4º Câmara, 2º Turma Ordinária, Ac. 3402-004.742, de 24/10/2017, rel. Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire).

Assim, transitada em julgado decisão do STJ, em recurso especial, sob a sistemática de recurso repetitivo, pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS, deve este Conselho observá-la, nos termos do seu Regimento Interno, descabendo analisar argumentos trazidos aos autos sobre o tema. A decisão do STF, em sentido contrário, em recurso extraordinário de repercussão geral, mas de caráter não definitivo, não tem o mesmo efeito.

Nos ditos embargos, a Fazenda Nacional requer a modulação dos efeitos da decisão embargada, para que produza efeitos ex nunc, apenas após o julgamento dos embargos. Ora, se há pedido de modulação dos efeitos, trata-se de atividade satisfativa, incluindo-se na solução de mérito nos termos do art. 487 do atual CPC. E se assim é, pode-se afirmar que não houve ainda decisão definitiva de mérito, independentemente do trânsito em julgado.

A embargante ainda suscita, entre outras questões, haver erro material ou omissão, por ter a corrente vencedora prestado ao art. 187 da Lei 6.404/76 efeito que ele não possui: estabelecer conceito de receita bruta:

7. Observe-se que, no caso dos autos, alguns votos da corrente vencedora [...] concederam grande relevância ao fundamento de que "receita bruta", expressão a que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo de inúmeros julgados, equiparou ao vocábulo "faturamento" (art. 195, I, b, da Constituição), possui um sentido próprio no direito privado, definido no art. 187, I, da Lei 6.404/76.

8. No entanto, cumpre destacar que há um equívoco evidente em tal linha de argumentação: o mencionado dispositivo legal não

estabelece qualquer conceito para receita bruta. Apenas disciplina que, na demonstração do resultado do exercício, deverá estar descrita a “receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos”. A assertiva, simplesmente, permite concluir que tais expressões se referem a grandezas diferentes, mas não afirma que uma não esteja contida na outra.

Levanta também, na mesma toada que os votos vencedores "deixaram de considerar o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77, reiteradamente citado pelos votos vencidos", que dá pela inclusão dos tributos na receita bruta:

art. 12. A receita bruta compreende:

- I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
- II - o preço da prestação de serviços em geral;
- III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e
- IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

(...)

III - tributos sobre ela incidentes; e

(...)

§ 4º Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, **do comprador** ou contratante **pelo vendedor** dos bens ou pelo prestador dos serviços **na condição de mero depositário.**

§ 5º **Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes** e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

(Grifos do original).

Ainda que sejam três os pilares da argumentação da corrente vencedora, apenas um deles tratando do conceito de receita, trata-se evidentemente de questão meritória.

Inadequação da multa de ofício e confiscatoriedade

Todos os traços da multa aplicada estão previstos em lei, atendendo ao princípio da legalidade, nos termos dos art. 5º, II e 37, *caput* da Constituição e art. 97 do CTN.

Cumpre salientar ainda que, de acordo com o parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Dessa forma, constatada a insuficiência de pagamento do PIS e da COFINS, a autoridade fiscal não só está autorizada como, por dever funcional, está obrigada a proceder ao lançamento de ofício da multa pertinente, que neste caso foi de 75%, de acordo com o art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996.

A caracterização da multa como efeito confiscatório implica em análise de constitucionalidade, o que encontra óbice na Súmula CARF nº 02, a qual dispõe que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

Por essas razões, voto por conhecer em parte o recurso voluntário, e na parte conhecida, negar provimento.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora