



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

Processo nº 10410.006064/2007-21
Recurso nº 10.410.006064200721 Voluntário
Acórdão nº **3402-003.259 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de setembro de 2014
Matéria PIS - COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente INDUSTRIAL PORTO RICO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2004

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PRESCINDIBILIDADE. LANÇAMENTO. VALIDADE.

O Mandado de Procedimento fiscal - MPF não é requisito de validade do auto de infração, funcionando como simples instrumento de controle administrativo, de modo que sua ausência ou defeito em sua emissão/prorrogação não importa em nulidade do ato administrativo de lançamento correspondente.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2004

CONCORRÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. CONFIGURAÇÃO.

A propositura por associação da qual o contribuinte é associado de ação judicial onde se alterca a mesma matéria veiculada em processo administrativo, a qualquer tempo, antes ou após a inauguração da fase litigiosa administrativa, conforme o caso, importa em renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso interposto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2004

DEDUÇÃO DO VALOR DEVIDO. CIDE-COMBUSTÍVEIS. VALOR PAGO.

Somente o valor da Cide - Combustíveis pago na importação ou na comercialização no mercado interno pode ser deduzido do valor devido da Contribuição. Não existe autorização legal para deduzir o valor da Cide-Combustíveis compensado pelo contribuinte e declarado à RFB.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração da base de cálculo da Contribuição, não se pode excluir o valor do ICMS pago pela contribuinte. O valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito à incidência de contribuição social, de modo que, ainda que o recolhimento do ICMS aconteça em momento concomitante à operação de venda, isto não altera o valor da operação de compra e venda e, conseqüentemente, do faturamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2004

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE APLICÁVEL. MODULAÇÃO DO PERCENTUAL. IMPOSSIBILIDADE.

A multa a ser aplicada em procedimento exofficio é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, não conhecer do recurso quanto à matéria submetida à tutela do Poder Judiciário, e, na parte conhecida, pelo voto de qualidade, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os conselheiros Domingos de Sá Filho, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti, quanto à possibilidade de dedução da CIDE-Combustíveis compensada da base de cálculo das contribuições. O Conselheiro Ivan Allegretti fez declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Paulo Roberto Stocco Portes (suplente convocado), Domingos de Sá Filho, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Industrial Porto Rico teve lavrados contra si os Autos de Infração, de fls. 10 a 14 e 34 a 36, para formalização da constituição e exigência de créditos tributários relativos à Contribuição para o Plano de Integração Social - PIS e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referentes aos períodos de apuração de janeiro de 2003 a julho de 2004, no valor total de R\$ 925.653,08.

De acordo com o Termo de Encerramento (fls. 24 a 30 e 42 a 48), o lançamento decorreu das diferenças constatadas em função de o contribuinte ter tributado as receitas de venda de álcool para fins carburante, no período de dezembro de 2002 a julho de 2004 para o PIS e de fevereiro a julho de 2004 para a Cofins, de forma não cumulativa e, ainda,

ter deduzido os valores da CIDE sobre combustíveis, compensada com créditos de IPI, dos valores a recolher a título de PIS e Cofins. A Fiscalização ainda dá conta de que o Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas, do qual o contribuinte é associado, no processo AGTR68538-PE, 2006.05.00.024854-3 (processo originário 2006.83.00.003903-4) obteve em 07/11/06, medida liminar em mandado de segurança, junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que autorizou que as contribuições sociais incidentes sobre as receitas de álcool para fins carburante fossem tributadas de forma não cumulativa, no período de dez/02 a abr/04 para o PIS e fev/04 a abr/04 para a Cofins; em 20/10/2006, o Juízo da 6ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, proferiu sentença julgando improcedente o pedido e denegando a segurança. Em 19/03/07, inadmitiu os embargos apresentados pelo Impetrante, e; em 27/04/07, o Agravo de Instrumento AGTR 68538-PE foi julgado perda de objeto 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, pendia de apreciação na data do lançamento.

Em impugnação de fls. 665 a 706, o autuado requer que se julguem improcedentes os lançamentos e anulados os autos de infração, porque violam:

- a) *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 ora Recorrente;*
- b) *o art. 59, I, do PAF, ao não fazer prova da intimação da Recorrente da prorrogação do MPF, retirando a legitimidade da auditoria fiscal;*
- c) *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 destilaria recorrida já seria cumulativo;*
- d) *o art. 8º da Lei 10.336 de 2001, ao não permitir a dedução da CIDE, adimplida por meio de compensação, na apuração do PIS e da COFINS;*
- e) *o conceito de faturamento, ao incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;*
- f) *a alíquota aplicável ao caso, ao fazer incidir o percentual de 3% sobre base de cálculo julgada inconstitucional pelo STF;*
- g) *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;*
- h) *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 julgou o lançamento procedente. O Acórdão nº 11-25.203, de 4 de fevereiro de 2009, fls 772 a 798, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

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

DESISTÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Para o procedimento fiscal, consta nos autos emissão e ciência de MPF-F e MPF-C, além de que a autorização específica por MPF para a fiscalização não é razão suficiente para a declaração de nulidade do lançamento.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS E DA COFINS

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

CIDE. DEDUÇÃO.

A dedução da CIDE, para apurar a COFINS e o PIS devidos, só é possível no caso de efetivo pagamento daquela contribuição.

TRIBUTOS e MULTA - CONFISCO.

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

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO.

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/02/2004 a 31/07/2004

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.

PRELIMINAR - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E AO CONTRADITÓRIO-

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa e ao contraditório, quando o contribuinte tem acesso detalhada descrição dos fatos e a todos os elementos e provas que embasaram o Auto de Infração.

DESISTÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Para o procedimento fiscal, consta nos autos emissão e ciência de MPF-F e MPF-C, além de que a autorização específica por MPF para a fiscalização não é razão suficiente para a declaração de nulidade do lançamento.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS E DA COFINS

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

CIDE. DEDUÇÃO.

A dedução da CIDE, para apurar a COFINS e o PIS devidos, só é possível no caso de efetivo pagamento daquela contribuição.

TRIBUTOS e MULTA - CONFISCO.

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

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO.

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Lançamento Procedente

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 2ª Turma da DRJ/REC. O arrazoado de fls. 812 a 856, após síntese dos fatos relacionados com a lide, em preliminar, rechaça a ocorrência de concomitância entre processos administrativo e judicial e, por conseguinte, de desistência do primeiro, e retoma todas as arguições já manifestadas na impugnação.

A numeração de folhas reporta-se à atribuída pelo processo eletrônico.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 812 a 856 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-REC-2ª Turma nº 11-25.203, de 4 de fevereiro de 2009.

PRELIMINARES

Nulidade por cerceamento do direito de defesa

A recorrente infirma o procedimento, alegando que, apesar de a Fiscalização ter sido clara quanto às duas pretensas infrações cometidas, os autos de infração não destacaram separadamente quanto representava cada um dos assuntos tratados e o método de cálculo, impedindo o exame da correção da apuração realizada pela auditoria fiscal.

Nos termos da Fiscalização, a partir do razão contábil e informações obtidas junto a Cooperativa Regional de Açúcar e Alcool de Alagoas, pessoa jurídica que comercializa os produtos do contribuinte, elaborou-se o DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO PIS/COFINS SOBRE O ÁLCOOL RARA FINS CARBURANTE, de fls. 50, que evidenciam suficientemente as receitas de venda de álcool, bem como os valores das Contribuições apuradas segundo o regime cumulativo.

O fato de o referido demonstrativo não discriminar o valor da CIDE indevidamente deduzido não implica cerceamento de defesa, haja vista que a possibilidade de dedução é matéria exclusivamente de direito.

Portanto, a demonstração em separado do valor de cada infração é desnecessária até porque a planilha de fls. 50 apura o valor das exações a que se refere à primeira infração e do valor apurado a Fiscalização não excluiu o valor da Cide compensada, qualquer que seja ele, a que se refere a segunda infração. Portanto, estão perfeitamente demonstrados os efeitos fiscais das infrações cometidas pela recorrente.

Ratifico e adoto os fundamentos da decisão recorrida porque também entendo que não há necessidade dessa segregação expressa, até porque os valores das bases de cálculo das exações estão perfeitamente demonstrados na planilha de fl. 50 e do valor apurado pela Fiscalização não foi deduzido o valor da Cide que a própria recorrente deduziu.

Rejeito a preliminar

Nulidade do procedimento por falta de intimação das prorrogações do MPF

É entendimento consolidado neste Colegiado o de que o Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da Fiscalização, não implicando nulidade dos procedimentos as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Acórdão nº 3403-00.380, de 25 de maio de 2010, Rel. Cons. Ivan Allegretti, unânime).

Aliás, trata-se de entendimento pacificado na instância recursal administrativa federal, como se pode observar no ementário dos seguintes julgados:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta. Recurso de ofício provido." (Acórdão 102-46676, Rel. Cons. JOSÉ OLESKOVICZ, j. 16/03/2005)

"NULIDADE, MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). NÃO OCORRÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da Fiscalização, não implicando nulidade dos procedimentos as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. Recurso de ofício provido," (Acórdão 201-79.617, Rel. Cons. WALBER JOSE DA SILVA, 21/09/2006)

"(.)MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O MPF - Mandado de Procedimento Fiscal constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal, mormente quando foram emitidos MPF Complementares antes da lavratura do Auto de Infração, (,)":(Acórdão 302-36264, Rel Cons. MARIA HELENA COTTA CARDOZO, j. 08/07/2004)

Rejeito a preliminar.

Desistência do processo administrativo: concomitância entre os processos administrativo e judicial

Conforme relatado, discute-se na esfera judicial, em Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool de Alagoas, o regime de tributação pelas contribuições sociais das receitas de venda de álcool carburante. Na data do lançamento, em 05/10/2007, o impetrante SINDAÇÚCAR/AL e, por conseguinte, o seu associado, ora recorrente, não dispunham de qualquer medida judicial que autorizasse a tributação das contribuições pelo regime não cumulativo. A AMS 98901-PE 2006.83.00.003903-4 foi julgada em 16/09/2010, e obteve provimento. Transcrevo a respectiva

ementa:

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

Autenticado digitalmente em 23/09/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 08/10/2014 por A

NTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 23/09/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente

em 29/09/2014 por IVAN ALLEGRETTI

Impresso em 08/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

AMS 98901-PE 2006.83.00.003903-4

Des. Fed. Rogério Fialho Moreira

APTE : SINDICATO DA INDÚSTRIA DO AÇÚCAR E DO
ÁLCOOL DE ALAGOAS

ADV/PROC : THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES E
OUTROS

APDO : FAZENDA NACIONAL

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO
FIALHO MOREIRA

ORIGEM: 6ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO

JUIZ FEDERAL HELIO SILVIO OUREM CAMPOS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO DA INDÚSTRIA DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL 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 ÁLCOOL 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.

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

Autenticado digitalmente em 23/09/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 08/10/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 23/09/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 29/09/2014 por IVAN ALLEGRETTI

Impresso em 08/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16.09.2010

Des. Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Relator

O processo pende de julgamento do Recurso Especial interposto pela União desde 23-02-2012.

Embora o recorrente discorde, o fato é que, em face dos princípios da unidade da jurisdição e da economia processual, o provimento judicial que transitar em julgado nesse processo é hegemônico e sobrepor-se-ia sobre qualquer decisão administrativa que viesse a ser prolatada no curso do presente processo administrativo, pró ou contra o interesse do contribuinte. Consequência disso é a inutilidade do processo administrativo, pois ao final prevalecerá a decisão judicial.

Incide, no caso, a Súmula CARF nº 1 (DOU nº 244, de 22 de dezembro de 2009):

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.

Assim, deixo de conhecer a discussão a respeito do regime de tributação das receitas provenientes da venda de álcool carburante, devendo-se observar neste processo a decisão que transitar em julgado nos autos do MS nº 2006.83.00.003903-4.

MÉRITO

Dedução do valor da contribuição devida do valor da CIDE compensada

Quanto à possibilidade de dedução do valor da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico do valor das contribuições devidas no mês, o art. 8º da Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, assim dispõe:

"Art. 8º - O contribuinte pode, 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. 5º, até o limite de, respectivamente: (...)"

A pretensão recursal é a de poder utilizar a CIDE devida na comercialização de álcool, extinta por compensação tributária, na dedução dos valores devidos a título de contribuição para o PIS e de COFINS, nos termos do art. 8º da Lei nº 10.336, de 2001.

Subcrevo integralmente o entendimento da autoridade lançadora e da decisão recorrida de que o art. 8º da Lei nº 10.336, de 2001, autoriza somente a dedução dos valores da CIDE **pagos** e não dos valores compensados (homologados ou não). Pagamento e compensação são institutos completamente diferentes, embora sejam meios de extinção do crédito tributário. Quando a referida norma fala em valores pagos, obviamente não está se referindo a valores compensados ou a valores transacionados ou a valores remidos ou a valores prescritos ou decadentes, todos eventos extintivos do crédito tributário, previstos no art. 156 do CTN.

Quisesse o legislador estender a dedução a outras formas de extinção, além da por pagamento, tê-lo-ia feito expressamente. Restringindo a possibilidade de dedução à CIDE **paga**, não pode o aplicador, irresponsavelmente, estendê-la a valores compensados.

Inclusão de "álcool outros fins" na cumulatividade da Lei nº 9.718, de 1998

Sobre a alegação de inclusão, na base de cálculo do PIS lançado, da receita de venda de "álcool outros fins", engana-se a recorrente.

Tal inclusão não aconteceu, conforme se constata na base de cálculo apurada na planilha de fls. 50.

Portanto, infundada a alegação da recorrente, nesta parte.

Inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais

A propósito da impossibilidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, em sessão de julgamento realizada em 27/11/2013, em que se analisou caso idêntico, relatado pelo ínclito Conselheiro Ivan Allegretti, este Colegiado defendeu entendimento diametralmente oposto, isto é, não se pode excluir o valor do ICMS pago pelo contribuinte.

Assim disse o Conselheiro Ivan no voto condutor dos acórdãos nºs 3403-002.651 e 3403-002.653 (com os grifos do original):

O recorrente sustenta a impossibilidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS, por violação ao conceito de faturamento contido no art. 195, I, da Constituição e ao art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

No plano em que o enfrentamento das razões de recurso impõe o pronunciamento sobre a constitucionalidade de dispositivos das leis, cumpre esclarecer que refoge à competência deste órgão julgador administrativo pronunciarse a este respeito, conforme disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF.

Com efeito, dispõe o art. 62 do RICARF que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”.

Sob o aspecto da interpretação da lei, este Conselho já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de exclusão do ICMS na base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se verifica, exemplificativamente, nas seguintes ementas:

COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91. Recurso ao qual se nega provimento. (Acórdão nº 203-08745, Relatora Maria Teresa Martínez López, j. 18/03/2003 – grifo editado)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

MATÉRIA CONSTITUCIONAL - É vedado aos tribunais administrativos apreciar a constitucionalidade ou legalidade dos atos legais regularmente editados pelo Poder Legislativo.

ENCARGOS LEGAIS - Não há como contestar sua cobrança, quando constituídos de acordo com as normas legais que regem a matéria. Recurso negado (Acórdão nº 203-09618, Relator Valdemar Ludvig, j. 15/06/2004 – grifo editado)

COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. O ICMS compõe o faturamento da empresa, não existindo previsão legal que possibilite sua exclusão legal da base de cálculo para a Cofins, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº REsp 152.736/SP, com acórdão publicado no DJU, Seção I, de 16/02/98.

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não há previsão legal para excluir da base de cálculo da Cofins a parcela do ICMS cobrada pelo intermediário (contribuinte substituído) da cadeia de substituição tributária do comerciante varejista. O ICMS integra o preço da venda da mercadoria, e, estando agregado ao mesmo, inclui-se na receita bruta ou faturamento. Recurso negado. (Acórdão nº 202-16994, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, j. 28/03/2006)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2 da Lei Complementar nº. 07/70.

MULTA - Reduz-se a penalidade aplicada, por força do art. 106, inciso II, do CTN, c/c o art. 44, inciso I, da Lei nº. 9.430/96. Recurso provido em parte. (Acórdão nº 201-71269, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho, j. 09/12/1997)

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais. Recurso negado. (Acórdão nº 204-01837, Relator Jorge Freire, j. 18/10/2006)

Também no âmbito do judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo seu papel de uniformização da jurisprudência, consolidou o seu entendimento no mesmo sentido, de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se confere, exemplificativamente, nos seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.

2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 501626/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2003, DJ 15.09.2003 p. 301)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento em face de acórdão a quo segundo o qual não são possíveis de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a outras pessoas jurídicas. Asseverou, também, com base nas Súmulas nºs 68 e 94 do STJ, estar pacificado o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS.

(...)

4. Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas nºs 68 e 94/STJ, respectivamente: “a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS” e “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.”

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Agravo regimental não-provido.

Documento assinado digitalmente por (AgRg nº Ag 750.493/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ 08.06.2006)

Autenticado digitalmente em 08/10/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 23/09/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 29/09/2014 por IVAN ALLEGRETTI

Impresso em 08/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI nº 9.718/98. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1991-18/2000. REVOGAÇÃO. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SÚMULA 83 DO STJ.

1. A jurisprudência firmada na 1ª Seção desta Corte é a de que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94/STJ (AG 520431, Rel. Ministro João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ 24.05.04; AGResp 463.629/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 06/01/03).

2. "A exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, visto que condicionada a regulamento do Poder Executivo, o qual não veio a ser editado até o advento da Medida Provisória nº 1.991-18/2000, que, por sua vez, a revogou (cf. REsp 502.263/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.10.03; REsp 512.232/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 20.10.03)". (RESP 641377, Rel. Min. Franciulli Neto, 29/11/2004) 3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 667.170/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 224)

Sabe-se que a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins ganhou novo fôlego com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, ainda em andamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

E ficou ainda mais aquecida com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18.

Ocorre que ainda não houve desfecho do julgamento de nenhuma destas ações, não se podendo ainda dizer que exista decisão final do STF quanto à inconstitucionalidade do cômputo do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS.

De outro lado, conforme ilustrado acima, é entendimento consolidado das Câmaras deste Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça que não há respaldo legal para a exclusão do ICMS.

Some-se a isto, conforme esclarecido no início do voto, que este tribunal administrativo não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Deve, por tais razões, prevalecer o entendimento sedimentado na jurisprudência, de que o ICMS integra o preço do produto, de sorte que o valor total da nota fiscal deve ser tomado como faturamento, sofrendo a incidência de PIS/Cofins.

Nada obstante o ICMS componha parte do valor que se recebe pela venda do produto, isto não implica em redução do preço de venda, e é este preço de venda que compõe o faturamento sobre o qual incide PIS/Cofins.

Voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Ivan Allegretti

Reiterando, a base de cálculo da CS é o faturamento, compreendido como tal o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de denominação ou classificação contábil, compreendendo a receita bruta de prestação de serviços de transporte de cargas e todas as demais receitas auferidas pela PJ.

Não estando abrangidos pelos *numerus clausus* do § 3º do art. 1º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, os valores correspondentes ao ICMS ou ao ISSQN não podem ser excluídos da base de cálculo da Contribuição.

Inclusão, na base de cálculo das Contribuições, do valor das vendas canceladas

Nas razões do recurso a interessada alega que a Fiscalização incluiu na base de cálculo das exações o valor das vendas cancelas, sem que para isso apresentasse justificativa.

Aqui também a recorrente está completamente equivocada porque, como disse a decisão recorrida, todos os valores de vendas canceladas, apurados pela Fiscalização, foram excluídos da base de cálculo do PIS e da Cofins lançados, conforme demonstrativo de fls. 50. Se há valores de vendas canceladas incluídos na base de cálculo, a recorrente sequer apontou a sua existência, nem na impugnação, nem no recurso voluntário.

Modulação do percentual da multa de lançamento de ofício

Com relação ao percentual da multa de ofício lançada, não cabe à autoridade administrativa, por absoluta falta de competência, conhecer as alegações relativas ao seu caráter confiscatório, a teor dos arts. 97 e 102 da CF/88. Os juízos quanto ao princípio do não confisco tributário e da proporcionalidade da reprimenda em relação à falta têm como destinatário imediato o legislador ordinário e não autoridade administrativa. Estando o percentual da multa fixado em lei, cabe à Administração apenas velar pelo seu fiel cumprimento. No caso em tela, a multa de ofício aplicada foi a cominada no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em face da apuração, de ofício, de diferença de contribuições não pagas. Não foi a falta de declaração ou a apresentação de declaração inexata que ensejou o lançamento, como quer entender a recorrente. Se o fosse, também, incidiria a multa de ofício.

Portanto, tendo a Administração Tributária observado os estritos ditames legais não há que se falar em violação dos critérios relacionados no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, a que se refere a recorrente.

Conclusões

No mais, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, adoto e ratifico os fundamentos do acórdão de primeira instância, para rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, não conhecer do recurso quanto à matéria submetida à tutela do Poder Judiciário, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Sala de sessões, em 17 de setembro de 2014



Alexandre Kern

Declaração de Voto

Conselheiro Ivan Allegretti

Divirgo especificamente quanto à questão da “Dedução do valor da contribuição devida do valor da CIDE compensada”.

Dispõe o art. 8º da Lei nº 10.336/2001 que “O contribuinte pode, 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. 5º, até o limite de, respectivamente: (...)”.

O texto da lei não permite fazer a distinção entre recolhimento e compensação para o efeito da configuração do “valor pago” da CIDE.

Se a legislação permite a utilização do instrumento da compensação para realizar o pagamento de tributos, não pode recusar-lhe o efeito legal que lhe é próprio, de extinção do crédito tributário, que lhe é expressamente atribuído pelo mesmo dispositivo do CTN que reconhece o mesmo efeito ao pagamento por meio de recolhimento.

Ora, a compensação surte o mesmo efeito prático e jurídico do recolhimento: ambos surtem o efeito imediato de extinção do crédito tributário e estão sujeitos, igualmente, à homologação pela autoridade fiscal.

Para o Superior Tribunal de Justiça é indiferente o fato de o pagamento acontecer por meio de recolhimento por guia DARF ou por compensação via DCOMP para a caracterização da denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN, cofnforme se pode extrair do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA OU PUNITIVA. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. Fundada a decisão na jurisprudência dominante do Tribunal, não há falar em óbice para que o relator julgue o recurso especial com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil.

2. Caracterizada a denúncia espontânea, quando efetuado o pagamento do tributo em guias DARF e com a compensação de vários créditos, mediante declaração à Receita Federal, antes da entrega das DCTFs e de qualquer procedimento fiscal, as multas moratórias ou punitivas devem ser excluídas.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1136372/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 18/05/2010)

E não poderia ser diferente, pois a única diferença entre o recolhimento e a compensação está em que, na compensação, o contribuinte usa um excesso de um recolhimento que realizou anteriormente em valor maior que o devido, ou seja, utiliza parte de um recolhimento que já existe, mas que fez indevidamente ou em valor maior do que deveria.

Ora, isto significa que, nesta situação, o Fisco detém em seus cofres valores que foram recolhidos a maior pelo contribuinte.

O contribuinte, portanto, por meio da compensação, utiliza valores que lhe pertencem, mas que já estão nos cofres públicos, em poder do Fisco, sendo por isso de rigor que se prestigie a possibilidade de utilizá-los para o pagamento, não havendo qualquer razão para que se impeça tal possibilidade, condicionando obtusamente o direito do contribuinte ao recolhimento por meio de guia DARF!

Deve-se aplicar, pois, o brocardo de que onde o legislador não criou a distinção, não pode o intérprete criá-la.

Ademais, cumpre observar que no caso de a compensação apresentada vir a ser negada, o Fisco diligentemente cobrará do contribuinte o pagamento do débito confessado, e assim o fará por valores atualizados, de maneira que, ao fim e ao cabo, ficará suprido o pagamento do valor compensado, sem qualquer prejuízo para o Fisco.

Voto, por esta razão, por divergir do relator para reconhecer o direito do contribuinte à dedução do art. 8º da Lei nº 10.336/2001, independente de a Cide ter sido paga por recolhimento via DARF ou por compensação via DCOMP.

Ivan Allegretti