



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

Processo nº 13502.000459/2005-17
Recurso nº 01 Voluntário
Acórdão nº 3301-001.641 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente ELEKEIROZ S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/07/2004, 01/09/2004 a 30/09/2004

BASE DE CÁLCULO. REGIME NÃO CUMULATIVO. RECEITAS. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI.

As receitas decorrentes de ressarcimento do crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) integram a base de cálculo da Cofins com incidência não cumulativa.

RECEITAS FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ZERO. DECRETO Nº 5.164/2004. NÃO-CUMULATIVIDADE.

No regime da não-cumulatividade, a partir de 02/08/2004, a alíquota da Cofins, sobre as receitas financeiras, foi reduzida a 0 (zero), por força do Decreto nº 5.164/2004.

MULTA DE OFÍCIO (75%). DIFERENÇAS APURADAS.

De acordo com o art. 44, da Lei 9.430, de 1996, é devida a multa de ofício de 75%, “sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Antônio Lisboa Cardoso (relator), Andréa Medrado Darzé e Maria Teresa

Martínez López, que proviam o recurso em maior extensão. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Adão Vitorino de Moraes.

[assinado digitalmente]

Rodrigo da Costa Pôssas

Presidente

[assinado digitalmente]

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

[assinado digitalmente]

José Adão Vitorino de Moraes

Redator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Paulo Guilherme Déroulède, Andréa Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face de acórdão da DRJ/SALVADOR(BA), que julgou parcialmente procedente o auto de infração de Cofins, relativo à diferenças apuradas entre os valores escriturados pela empresa e os valores declarados ou pagos nos períodos de 01/01/2000 a 31/07/2004, de acordo com os demonstrativos de fls. 92/108, cientificado à empresa em 22/06/2005 (fl. 84), conforme sintetiza a ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/07/2004, 01/09/2004 a 30/09/2004

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES.

A Cofins incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. As exclusões permitidas da base de cálculo são apenas as listadas de forma taxativa na legislação de regência.

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI.

O crédito presumido de IPI deverá ser computado na base de cálculo da Cofins no mês em que a receita a ele correspondente for auferida, ou seja, no próprio mês em que a empresa passa a fazer jus ao crédito, que se dá com a efetivação da exportação ou venda, com fim específico de exportação, para empresa comercial exportadora.

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

Autenticado digitalmente em 23/11/2012 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 25/03/20

13 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 23/11/2012 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assi

nado digitalmente em 30/11/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS

Impresso em 09/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

VARIAÇÃO CAMBIAL.

As variações cambiais ativas de direitos e obrigações em moeda estrangeira compõem a base de cálculo da Cofins, e, se tributadas pelo regime de competência, devem ser reconhecidas a cada mês, independentemente da efetiva liquidação das operações correspondentes.

DESCONTOS INCONDICIONAIS.

Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos. Descontos incondicionais são exclusões permitidas da base de cálculo da Cofins.

IMPUGNAÇÃO. PROVAS.

A impugnação deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta e os pontos de discordância, e apresentar as razões e provas que possuir.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela administração em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente.

Lançamento Procedente em Parte

Cientificada em 11/11/2008 (AR – fl. 718), interpôs em 11/12/2008, o recurso voluntário de fls. 719 e seguintes, onde, em síntese, argumenta ser fabricante de produtos químicos, e por ser uma empresa legalista, sempre cumpriu com suas obrigações inclusive de ordem tributária, aduzindo que o auto de infração de Cofins foi constituído em face de divergências apontadas pela Fiscalização sobre as seguintes rubricas:

- a) A base de cálculo da contribuição prevista na Lei nº 9.718, de 1998, ampliou o conceito de faturamento, abrangendo todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica; Mas essa pretensão é ilegal, uma vez que apenas as receitas operacionais que trazem lucro efetivo podem ser objeto de tributação, pois o art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, deve ser interpretado considerando-se a restrição contida no art. 110 do Código Tributário Nacional; Nesse sentido já se manifestou o STJ em recentes julgamentos;
- b) Assim, diversas rubricas contábeis consideradas pelo autuante para apurar a base de cálculo da contribuição, por não decorrerem da atividade produtiva da empresa, não poderiam ter sido utilizadas;
- c) O crédito presumido de IPI é tão somente um regresso de um ônus suportado pelo contribuinte nas cadeias produtivas anteriores, não podendo servir de base de cálculo da contribuição; Há ainda a considerar que de fevereiro a maio de 2004 a autoridade fiscalizadora incorreu em erro ao considerar como nova receita a efetiva compensação do crédito presumido do IPI acumulado em meses anteriores;

- d) A recorrente contribuiu para a aquisição de um imóvel para a instalação do Sindicato das Indústrias — Simpec, ao qual é associada; Considerando que o valor do imóvel adquirido foi menor que o previsto, o saldo sobejante foi rateado entre os associados, sendo o valor de R\$ 20.357,14, devolvido à recorrente; Este valor não se configura, em nenhuma hipótese, em receita financeira, tratando-se de mera restituição;
- c) Valores recebidos a título de restituição de despesas decorrentes da fusão administrativa realizada entre a recorrente e a empresa Polianden são receitas não-operacionais, não integrando a base de cálculo da contribuição;
- d) Receitas decorrentes de variações cambiais somente deveriam ser incluídas na base de cálculo se representassem receita efetiva ao final da operação; No curso da operação a taxa cambial tem variações para mais ou para menos, não podendo a recorrente ser tributada por lucro fictício;
- e) Considerar como base de cálculo os descontos obtidos pela recorrente na aquisição de matérias-primas é flagrantemente ilegal, pois, ao contrário do que alega a autoridade fiscal, os descontos se operam em caráter incondicional;
- f) É ilegal a multa de 75% lançada nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, visto que em momento algum a recorrente omitiu as receitas objeto do auto de infração;
- g) Requer que sejam realizadas perícias técnicas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais condições legalmente estabelecidas, devendo o mesmo ser conhecido.

Conforme relatado, empresa, deixou de incluir na base de cálculo do PIS e Cofins, as rubricas relacionadas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 89/91, a seguir discriminados.

Para o ano de 2000, apurou-se que a empresa não ofereceu à tributação as receitas escrituradas nas seguintes contas:

- a) conta 344101 — Juros sobre empréstimos e financiamentos no país - Esta conta está classificada no grupo de despesas financeiras, porém, a empresa lançou créditos de valores referente a equalização de vendedor e provisão de juros, tendo como contrapartida contas de ativo, o que demonstra uma aquisição de direitos. Em relação à equalização de vendedor, a empresa foi intimada e esclareceu que a conta se refere a uma operação financeira entre ela e o banco, na qual a empresa apura ganho ou perda;

- b) conta 3471 - Outras receitas operacionais - nesta conta consta lançamentos de valores a título de rateio de despesas, juros, indenizações, crédito presumido do IPI, descontos e comissões. O lançamento de rateio de despesas é feito tendo como contrapartida um débito no ativo, gerando um direito contra uma outra empresa;
- c) conta 3479 — Recuperação de despesas/custos — Os lançamentos de rateio de despesas, antes feitos na conta 3471, passaram, a partir de abril, a ser feitos nesta conta. Também outros lançamento de recuperação de despesas e recuperação de depósitos judiciais.

Nos anos de 2001 e 2002, apurou-se que o contribuinte não ofereceu à tributação as receitas escrituradas nas contas descritas no item anterior, além de parte das receitas lançadas nas contas nº 361101, 362101, 362102, 362104, 362202 e 362203, que se referem, no caso da primeira, à correção monetária passiva sobre empréstimos e financiamentos, e, no caso das demais, às variações monetárias ativas e passivas sobre empréstimos e financiamentos, fornecedores e exportações;

Em relação ao ano de 2003, verificou-se que o fiscalizado não ofereceu à tributação as receitas escrituradas nas seguintes contas:

a) conta nº 1130400020008 — crédito presumido do IPI — a conta se refere ao lançamento dos valores de crédito presumido do IPI apurados pela empresa;

b) conta nº 1150400022000 - desconto propeno/ortoxileno - este desconto, segundo informação da empresa, é decorrente de acordo comercial com a Braskem S/A, no qual a mesma concede um desconto na compra de matérias-primas. Este desconto é baseado no volume consumido na compra e o total de mercadorias produzidas pela fiscalizada que se destinam ao exterior, sendo lançado pela empresa no próprio mês da exportação e concedido nas notas fiscais do mês seguinte da Braskem S/A. Como o desconto é condicionado a um evento prévio, ou seja, a ocorrência da exportação, além do volume exportado, tal desconto deve ser considerado como receita tributável;

c) contas nº 5140550000050, 5140550000070 e 5140550000100, - Variações cambiais sobre financiamento e importações — Tais contas, apesar de classificadas no grupo de despesas, registram ganhos decorrentes de variação cambial;

No período de janeiro a setembro de 2004 a empresa não reconheceu as receitas escrituradas nas contas nº 113040002008 e 115040002200, detalhadas no item anterior.

Em relação ao PIS de janeiro a setembro de 2004 (não é objeto do presente processo), além do não oferecimento à tributação das receitas detalhadas acima, a empresa efetuou a retificação do valor declarado de PIS referente a agosto de 2003. Tal retificação foi feita em 23/05/2005, ND 0000.100.2005.22083819, dentro, portanto, do período de fiscalização, o que a torna sem efeito. A fiscalização considerou o valor declarado na DCTF de

ND 0000.100.2004.61775681, entregue em 16/02/2004, vigente à época do início de fiscalização, conforme dispõe o artigo 7º, §1º do decreto nº 70.235/72.

Assim sendo, basicamente o auto de infração se refere à divergências de apuração sobre as parcelas de receitas que a empresa deixou de oferecer à tributação, por considerá-las não integrantes da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, parte no período da cumulatividade, com base na Lei nº 9.718/98, e a partir de 1º de fevereiro de 2004, até 30 de setembro de 2004, de acordo com a sistemática da não-cumulatividade, regulada pela Lei nº 10.833, de 29/12/2003, resultante da conversão da Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003.

Relativamente às exigências sob a regra da cumulatividade, com base na Lei nº 9.718, de 1998, compreendendo os períodos de apuração de 01/01/2000 até 31/01/2004, não deve compor a base de cálculo da Cofins, as receitas financeiras, ou seja, juros sobre empréstimos e financiamentos e variações cambiais, tendo em vista que em julgamento realizado em 09/11/2005, o Pleno do STF nos RE nºs 357.950 e 358.273, o § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 (acórdão publicado em 15/08/2006 e o trânsito em julgado em 05/09/2006), julgou improcedente o alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, nos seguintes termos:

***Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.*

***Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.*

***Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005. (grifei)*

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou

implicitamente. Sobreposição ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. (grifei)

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, juntando-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (grifei)

Assim sendo, tendo em vista o STF já haver se pronunciado definitivamente através de seu Pleno acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com fulcro no art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/09, há que se reconhecer o direito de a contribuinte ter excluído do presente lançamento a exigência decorrente de receitas estranhas ao faturamento (“outras receitas”), no período compreendido entre 01/01/2000 a 31/01/2004.

Ainda em relação às receitas financeiras, sob o regime da não-cumulatividade, com base na Lei nº 10.833, de 329/12/2003, decorrente da conversão da MP nº 135, de 30/10/2003, deve ser mantida a exigência para o período compreendido entre 01/02/2004 até 01/08/2004, visto que a **partir de 02.08.2004**, por força do [Decreto 5.164/2004](#), ficaram reduzidas a zero as alíquotas do PIS e COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativo das referidas contribuições.

Em relação ao crédito presumido de IPI, os mesmos não devem compor a base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, no regime cumulativo, por se tratar de alargamento da base de cálculo, vedado pelo STF, e também não-cumulativo, por não se tratar de receita ou faturamento.

Nesse sentido, analisando recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, denota-se que o mesmo admite a possibilidade de ingressos que não são nem receita e nem faturamento, são aquelas que a empresa recebe com fim específico, como é o caso do crédito presumido do IPI, concedido pelo Poder Público para uma finalidade de interesse público, que, se tributada, retiraria-lhe a capacidade de alcançar os objetivos almejados pelo ente público.

Nesse sentido, peço vênica para transcrever algumas importantes ementas do STJ, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NULIDADE. AUSÊNCIA. NATUREZA ESSENCIALMENTE INFRINGENTE. DESCABIMENTO. OFENSA AO ART. 97 DA CF/88 E À SÚMULA VINCULANTE Nº 10 AFASTADA.

1. Se as duas Turmas de Direito Público têm precedentes desfavoráveis à tese da embargante, dúvida não há de que o recurso especial preenche os requisitos do art. 557, § 1º, do CPC, para ser julgado monocraticamente.

2. Ademais, eventual ofensa ao art. 557 do CPC, fica prejudicada pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes.

3. São impróprios embargos de declaração que revelam feição nitidamente infringente, ou seja, quando pretende o embargante rediscutir as conclusões de mérito adotadas pelo aresto impugnado.

4. No caso, não há violação à regra do art. 97 da CF/88 nem à Súmula Vinculante n.º 10/STF, porque o aresto embargado não declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos das Leis 10.637/02 e 10.833/03 que cuidam da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, mas apenas concluiu que o crédito presumido de ICMS, concedido como incentivo à exportação, não configura receita ou faturamento, razão pela qual está fora do alcance das duas contribuições.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1171492/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012) (grifado).

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DE ICMS PARA TERCEIROS. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A transferência de crédito de ICMS para terceiros não dá ensejo à incidência de PIS e COFINS, por não configurar receita, mas sim tributo. Precedentes: Ag 1.352.512, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 10/11/10, REsp 1.205.072/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 14/2/12.

2. Agravo regimental não provido.

(Processo AgRg no REsp 1318196 / RSAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2012/0070803-8 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do julgamento 16/08/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 24/08/2012)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS SOBRE OS CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, que externou o entendimento de que "os créditos presumidos de ICMS concedidos pelo Estado constituem retificadores de custos, não configurando, de forma alguma, receita passível de incidência de PIS e da COFINS" (fl. 1.660).

2. O Tribunal de origem não decidiu a questão mediante análise dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, § 3º, da Lei n.

10.637/2002 e do art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003, que tratam da base de cálculo das referidas contribuições), mas ponderando a respeito da natureza jurídica do crédito presumido de ICMS. Nesse contexto, forçoso reconhecer que não houve o prequestionamento desses dispositivos, o que atrai a incidência da Súmula n. 211 do STJ.

3. Se não o bastante, a pretensão também encontra óbice no entendimento da Súmula n. 83 do STJ, porquanto o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "o crédito presumido de ICMS configura incentivo à exportação voltado à redução de custos, com vistas a proporcionar maior competitividade no mercado para as empresas de um determinado Estado-membro, não assumindo natureza de receita ou faturamento, razão por que não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS" (AgRg no REsp 1159562/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/03/2012). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1165316/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/11/2011; AgRg no REsp 1229134/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011; REsp 1025833/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1282211/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012) (grifado).

Ainda:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. NÃO INCLUSÃO. NATUREZA JURÍDICA QUE NÃO SE CONFUNDE COM RECEITA OU FATURAMENTO.

PRECEDENTES.

1. O crédito presumido de ICMS configura incentivo à exportação voltado à redução de custos, com vistas a proporcionar maior competitividade no mercado para as empresas de um determinado Estado-membro, não assumindo natureza de receita ou faturamento, razão por que não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

2. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1159562/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 16/03/2012) (grifado).

Mais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO RELATIVA À INCLUSÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que o crédito presumido do ICMS configura incentivo voltado à redução de custos, com vistas a proporcionar maior competitividade no mercado para as empresas de um determinado Estado-membro, e, portanto, não assume a natureza de receita ou faturamento, pelo que está fora da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Precedentes: 1a. Turma, AgRg no REsp. 1.229.134/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 03.05.2011; 2a. Turma, REsp. 1.025.833/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 17.11.2008.

2. Por outro lado, mostra-se despropositada a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do STF, pois, na decisão recorrida, não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o seu afastamento.

3. *Agravo Regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 1165316/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 14/11/2011) (grifado).

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL. RESSARCIMENTO DE CUSTOS.

1. A controvérsia dos autos diz respeito à inexigibilidade do PIS e da COFINS sobre o crédito presumido do ICMS decorrente do Decreto n.2.810/01.

2. O crédito presumido do ICMS consubstancia-se em parcelas relativas à redução de custos, e não à obtenção de receita nova oriunda do exercício da atividade empresarial como, verbi gratia, venda de mercadorias ou de serviços.

3. "Não se tratando de receita, não há que se falar em incidência dos aludidos créditos-presumidos do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS." (REsp 1.025.833/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 6.11.2008, DJe 17.11.2008.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1229134/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 03/05/2011)

Portanto, o crédito presumido de IPI não deve compor a base de cálculo das Contribuições PIS/Pasep e da Cofins, por não se tratar de receita ou faturamento.

Outras Exclusões

Apesar da Recorrente alegar que diversos valores que, no seu entender, configurariam exclusões da base de cálculo da contribuição, como devoluções de vendas, indenizações de seguros, reembolsos de passagens aéreas, cancelamentos de frete, estornos, todavia, tanto na peça impugnatória quanto no recurso a contribuinte se limita a relacionar esses valores, não informando maiores detalhes que pudessem ajudar a encontrar, em sua contabilidade, os valores mencionados, devendo ser mantida a exigência.

Por fim, cumpre registrar que a decisão recorrida julgou parcialmente procedente a impugnação, excluindo do auto de infração parcela relativa ao crédito presumido de IPI, dos períodos de apuração de março, abril e maio de 2004, em razão de divergências apuradas, mantendo-se o restante do crédito tributário exigido.

Igualmente exonerou a empresa em relação aos descontos incondicionais concedidos, pois o desconto era baseado no volume consumido na compra e no total de mercadorias destinadas ao exterior (ver ponto 9.2 do Termo de Verificação Fiscal, fl. 90). Todavia, note-se que o próprio autuante reconhece que o desconto está condicionado a um evento prévio, e não um evento posterior.

Assim, considerando que no presente caso os descontos se operavam na nota fiscal, e não estavam condicionados a um evento posterior, concluiu a decisão recorrida que se tratam de descontos incondicionais, não integrando a base de cálculo da Cofins, excluindo da base de cálculo apurada pelo autuante os valores referentes a esses descontos (conta 1150.4000.22000), exonerando os valores lançados de Cofins, conforme tabela ao final do voto condutor do acórdão recorrido.

A decisão recorrida não está sujeita ao recurso de ofício, em razão do valor exonerado ser inferior ao limite de alçada.

Multa de Ofício

A decisão recorrida manteve a multa de ofício de 75%, sobre as diferenças apuradas, por entender que restando comprovada a falta de recolhimento da contribuição, e estando a situação fática apresentada perfeitamente tipificada e enquadrada no art. 44 da Lei nº9.430, de 1996, que a insere no campo das infrações tributárias, outro não poderia ser o procedimento da Fiscalização, senão o de aplicar a penalidade a ela correspondente, definida e especificada na lei.

A Recorrente alega que a multa em referência somente é exigida na hipótese do contribuinte deixar de entregar as declarações obrigatórias, ou as omite de forma a dificultar a apuração do crédito fiscal, o que não se verifica no presente caso.

Todavia, de acordo com o art. 44, da Lei 9.430, de 1996, a penalidade é devida **sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de**

pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”, não havendo reparos a fazer sobre esse ponto, devendo ser mantida a penalidade aplicada sobre as diferenças mantidas.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, a fim de excluir do lançamento as receitas financeiras exigidas sobre a sistemática da cumulatividade (01/01/2000 a 31/01/2004) e, no regime da não-cumulatividade, a partir de agosto de 2004, inclusive, em razão do Decreto nº 5.164/2004, tê-las reduzido à alíquota zero, bem como quanto ao crédito presumido (na sistemática da cumulatividade e da não-cumulatividade), que não deve figurar como base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo mantidas as demais exigências.

Sala das Sessões, em 24 de outubro de 2012

Antônio Lisboa Cardoso

Voto Vencedor

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes, Relator-Designado

Discordo do Ilustre Relator quanto ao direito de a recorrente excluir da base de cálculo da Cofins com incidência não cumulativa as receitas decorrentes do crédito presumido do IPI.

A Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que instituiu o regime com incidência não-cumulativa para esta contribuição, assim dispõe:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de

créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeito).”

Do exame desse dispositivo, conclui-se que a opção do legislador foi a generalização do alcance da incidência da Cofins não cumulativa, excluindo de sua base de cálculo apenas as receitas e ingressos expressamente elencados no parágrafo 3º acima transcrito. As receitas e/ ou os ingressos decorrentes do ressarcimento do crédito presumido do IPI não foram contempladas.

O fato de o crédito presumido de IPI ter natureza jurídica de benefício fiscal e poder ser lançado na escrita fiscal contra o próprio IPI e, ainda, não transitar por conta de resultado não significa nem prova que não houve ingresso no patrimônio da pessoa jurídica. Independentemente da forma de escrituração, o ressarcimento do IPI implica ingresso em dinheiro no caixa da pessoa jurídica e/ ou extinção de obrigação tributária, mediante compensação, aumentando o seu patrimônio.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário, em relação à incidência da Cofins com incidência cumulativa sobre as receitas decorrentes de ressarcimento do crédito presumido do IPI, para manter sua exigência somente sobre os fatos geradores ocorridos a partir dos períodos de competência de fevereiro de 2004, inclusive, em diante.

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes