



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

Processo n° 13609.001011/2009-56
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-002.152 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 21 de outubro de 2014
Matéria DCOMP - PAGAMENTO INDEVIDO - ICMS
Recorrente SANTOS E DIAS TRANSPORTES E CARVOEJAMENTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Os valores correspondentes ao ICMS das empresas optantes do regime de tributação do lucro presumido não podem ser excluídos da base de cálculo do IRPJ, por falta de previsão legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

EXERCÍCIO: 2008

LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Os valores correspondentes ao ICMS das empresas optantes do regime de tributação do lucro presumido não podem ser excluídos da base de cálculo da CSLL, por falta de previsão legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2008

COMBUSTÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPENSAÇÃO.

Com o fim do instituto da substituição tributária nas operações com combustíveis, a partir de 1º de julho de 2000, é incabível, por falta de previsão legal, qualquer modalidade de ressarcimento ao consumidor final, pessoa jurídica, dos valores do PIS e da COFINS, na aquisição feita diretamente à distribuidora.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2008

COMBUSTÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPENSAÇÃO.

Com o fim do instituto da substituição tributária nas operações com combustíveis, a partir de 1º de julho de 2000, é incabível, por falta de previsão legal, qualquer modalidade de ressarcimento ao consumidor final, pessoa jurídica, dos valores do PIS e da COFINS, na aquisição feita diretamente à distribuidora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Ana de Barros Fernandes Wipprich – Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Fernando Daniel de Moura Fonseca, Neudson Cavalcante Albuquerque, Alexandre Fernandes Limiro, Rogério Aparecido Gil e Ana de Barros Fernandes Wipprich.

Relatório

SANTOS E DIAS TRANSPORTES E CARVOEJAMENTO LTDA., pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 02-29.146 (fl. 146), pela DRJ Belo Horizonte, interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

O processo trata de pedido de restituição (fl. 2) de IRPJ e CSLL de indébitos surgidos pela exclusão da base de cálculo desses tributos dos valores correspondentes ao ICMS devido. Também solicita restituição de PIS e Cofins relativos à aquisição de combustíveis. Em seguida, houve a apresentação de declaração de compensação de nº 08539.35740.280709.1.3.04-5417 (fl.52). O pedido de restituição foi indeferido e a DCOMP não foi homologada, nos termos do despacho decisório de fl. 60.

A autoridade julgadora *a quo* assim resumiu a lide (fl. 147):

O contribuinte acima identificado apresenta manifestação de inconformidade (fls. 67/81) contra o despacho decisório de fls 56/58, que indeferiu seu pedido de restituição de fls. 01, não homologando a compensação vinculada, nos termos resumidos a seguir.

Narrando os fatos considerados pela repartição na formalização do presente processo, no que tange à Cofins e ao PIS, defende o reconhecimento de seu direito à restituição uma vez que as leis editadas feriram o preceito contido no art. 150, § 7º da Constituição Federal, porquanto a extinção do regime de substituição tributária pelas distribuidoras e refinarias de petróleo e a criação do regime monofásico com a manutenção da mesma carga tributária prejudicaram o contribuinte, porque no preço dos combustíveis adquiridos diretamente das distribuidoras encontra-se embutido o mesmo encargo tributário, sem que haja a possibilidade de devolução ao contribuinte do dinheiro arrecadado mediante operação de venda inexistente.

Em relação ao IRPJ e À CSLL, propugna pela exclusão do ICMS da base de cálculo, em face de sua indevida e inconstitucional inclusão, por juridicamente não poder ser incluído em nenhum dos conceitos correspondentes ao faturamento ou à receita, uma vez que cora estes não guarda relação, a exemplo do entendimento exarado pelo STF, tratando-se de receita pertencente ao erário.

Requerendo a atualização do crédito tributário pela Selic, sustenta a procedência da manifestação de inconformidade.

A DRJ considerou a manifestação de inconformidade. A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 30/05/2008 a 31/12/2008

Normas Gerais de Direito

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 30/05/2008 a 31/12/2008

Normas Gerais de Direito

A argüição de inconstitucional idade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Período de apuração: 15/07/2004 a 20/03/2008

Base de cálculo

Os valores correspondentes ao ICMS das empresas optantes do regime de tributação do lucro presumido, por expressa falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo do imposto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LIQUIDO – CSLL

Período de apuração: 15/07/2004 a 20/03/2008

Base de cálculo

Os valores correspondentes ao ICMS, por expressa falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

Cientificado dessa decisão em 10/12/2010, por via postal (fl. 152), o contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário (fl. 154), em 06/01/2011, trazendo os argumentos sintetizados a seguir.

- i) O contribuinte formulou pedido administrativo visando à restituição dos valores pagos a título de PIS e de COFINS, atualizados, no período compreendido entre 30 de maio de 2008 e 31 de dezembro de 2008, que incidiram sobre as aquisições de combustíveis, no importe de R\$ 212.357,81;
- ii) as leis que extinguíram o regime de substituição tributária fizeram *tabula rasa* o preceito contido no art. 150, §7º da Constituição Federal¹;
- iii) a partir do momento em que se extinguiu o regime da substituição tributária do PIS e da COFINS pelas distribuidoras e refinarias de petróleo, e se manteve a mesma carga tributária cobrada pelas refinarias, torna-se óbvio que o único prejudicado foi o contribuinte porque no preço dos combustíveis adquiridos diretamente das distribuidoras se encontra embutido o mesmo encargo tributário que antes existia sob a roupagem da substituição tributária. Com isso, o contribuinte ficou impedido de obter a restituição dos valores de PIS e COFINS pagos, o que caracteriza o locupletamento sem causa;
- iv) também foi violado o preceito contido no art. 110, do CTN, porque o fisco tornou inaplicável, por via reflexa, a norma estatuída no citado §7º, do art. 150, do CTN;
- v) a extinção da substituição tributária por meio de medidas provisórias não encontra o menor amparo legal porque afronta o disposto no art. 246, da CF/88, que, por sua vez, impede que medidas provisórias regulamentem texto da Constituição cuja redação tenha sido alterada por emendas constitucionais datadas a partir de janeiro de 1995 até setembro de 2001;

¹ § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

- vi) o contribuinte pleiteou também a restituição de valores pagos a título de IRPJ e de CSLL decorrente da exclusão das bases de cálculo dos referidos tributos dos valores destinados ao ICMS. Tais valores correspondem a R\$ 3.817,30 de IRPJ e R\$ 3.435,54 de CSLL. O período de apuração dos referidos créditos é compreendido entre 15 de julho de 2004 e 20 de março de 2008;
- vii) somente é possível que exista a tributação através do IRPJ e da CSLL quando há lucro auferido;
- viii) mesmo no regime de apuração do lucro presumido, onde se lê que os tributos (IRPJ e CSLL) incidirão sobre a receita bruta de vendas, a base de cálculo não pode extravasar o valor do negócio;
- ix) cumpre ressaltar que o valor do ICMS não deve ser considerado como receita, pois sua arrecadação não gera resultado que possa aumentar o patrimônio das empresas. O ICMS configura uma entrada passageira na empresa, pois segue para o fisco estadual;
- x) o valor do ICMS, por equivalência à tese da sua exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, não pode ser incluído na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por não ser incluído no conceito de "faturamento".

É o relatório

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O recurso voluntário apresentado atende aos pressupostos de admissibilidade, sendo digno de conhecimento.

O contribuinte alega ter créditos de PIS e COFINS oriundos de compras de combustível realizadas junto a empresas distribuidoras no ano 2008 (gasolina e óleo diesel). Nessa época, o regime de substituição tributária das refinarias de petróleo, estabelecido no artigo 4º da Lei nº 9.718, de 1998, já havia sido extinto por força da Lei nº 9.990, de 2000. Conforme a nova redação desse dispositivo, as refinarias são exclusivamente contribuintes, não respondendo mais pelas contribuições devidas por outros participantes da cadeia produtiva.

Assim, cada elo da cadeia produtiva desses combustíveis passou a ser responsável pelo recolhimento de PIS e Cofins sobre seu próprio faturamento. Contudo, a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, reduziu a zero as alíquotas do PIS e da Cofins incidentes sobre a venda dos combustíveis, quando realizada por distribuidoras e comerciantes varejistas:

Art. 42. Ficam reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de:

I-gasolinas, exceto gasolina de aviação, óleo diesel e GLP, auferida por distribuidores e comerciantes varejistas;

Na espécie, o contribuinte adquiriu combustíveis de distribuidoras, ocasião em que houve a incidência de PIS e COFINS na alíquota zero. Portanto, o crédito do recorrente tem liquidação zero.

Ademais, tendo sido tributado pelo lucro presumido, o contribuinte não está sujeito ao regime não-cumulativo do PIS e da COFINS, em razão da vedação contida no artigo 10, II, da Lei nº 10.833, de 2003.

Em seu favor, o contribuinte traz argumentos de natureza econômica que, embora tenham relevância na avaliação e planejamento de uma política tributária, não são capazes de influenciar a análise jurídica da presente lide, baseada apenas em fontes do Direito.

Como se sabe, o julgador administrativo está impedido de deixar de aplicar a lei em razão de alegada inconstitucionalidade, conforme o artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Assim, entendo correta a decisão *a quo*, quando não reconheceu o direito creditório de PIS e Cofins.

O mesmo se diz da decisão que não reconheceu o direito creditório de IRPJ e CSLL, para o qual adoto as razões da decisão recorrida:

Quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tem-se que o art. 31 da Lei nº 8.981, de 1995, estabelece o conceito de receita bruta, para fins de apuração do lucro presumido, como sendo o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, deduzidas as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador.

Observe-se que a legislação referente ao IRPJ e à CSLL, para as empresas que optaram pelo lucro presumido, não apresenta qualquer embasamento legal permitindo a exclusão pretendida, porquanto o ICMS, por guardar proporcionalidade com o preço da venda ou dos serviços, é imposto incidente sobre a venda, constituindo, portanto, a receita bruta ou faturamento da empresa. Portanto, situados dentro do campo de incidência da exação, tais valores, por falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo.

Registre-se também que a previsão de exclusão do ICMS a que se refere o § único do art. 31 da referida lei é relativa a aquisições em que o vendedor atua na condição de substituto tributário do adquirente, não sendo este o caso do interessado.

Processo nº 13609.001011/2009-56
Acórdão n.º **1801-002.152**

S1-TE01
Fl. 190

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão de primeiro grau.

(ASSINADO DIGITALMENTE)
Neudson Cavalcante Albuquerque

CÓPIA