



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

Processo nº 13839.004297/2006-75
Recurso nº 271.389 Voluntário
Acórdão nº 3302-01.124 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2011
Matéria Restituição de PIS e COFINS
Recorrente AUTO POSTO BATE BOLA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/10/2001 a 30/06/2006

RESTITUIÇÃO. PIS E COFINS. REGIME MONOFÁSICO. COMBUSTÍVEL.

A partir de 01/07/2000, o PIS e Cofins referente às operações com combustíveis derivados de petróleo e álcool carburante passaram ao regime monofásico, incidindo apenas sobre a receita de venda das refinarias e distribuidoras, respectivamente. Nas revendas desses produtos as alíquotas do PIS e COFINS foram reduzidas para zero, não havendo que se falar em restituição.

Recurso Voluntário Negado.

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 da relatora. O conselheiro Alexandre Gomes acompanhou o relator pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Alan Fialho Gandra - Relator.

EDITADO EM: 08/07/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Alan Fialho Gandra, Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Por bem relatar os fatos até a manifestação de inconformidade, adoto e ratifico o relatório da decisão de primeiro grau.

“Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 1, protocolado em 31/10/2006, no valor de R\$ 782.687,43, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, no período de outubro/2001 a junho/2006, assim fundamentado:

No âmbito federal, embora sob alíquota zero em suas vendas, sujeita-se às incidências concentradas de PIS/Cofins a partir de 1º de julho de 2000 (MP 1991-15, de 10 de março de 2000, parcialmente convertida na Lei 9.990, de 21 de julho de 2000), cobradas pela Refinaria de Petróleo, sobre a Receita Bruta, incluindo, portanto o ICMS.

Desde o início de suas atividades, suas vendas vêm sendo indevidamente tributadas por valores maiores que o devido, considerando no faturamento de suas mercadorias, base de cálculo do PIS e da Cofins, o correspondente ICMS. No RE 240.781-2 MG, embora ainda em tramitação no plenário do STF, a maioria dos Ministros entendeu que o ICMS não faz parte do faturamento da empresa, não podendo assim servir à incidência das referidas contribuições. Advertindo, ainda que "a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas". Portanto, contribuição não pode incidir sobre o ICMS (imposto).

Assim sendo, a restituição pleiteada decorre da correta interpretação da Lei de regência, portanto, questão a ser decidida administrativamente.

A DRF em Jundiaí emitiu o Despacho Decisório de fls. 568/570, não reconhecendo o direito creditório e indeferindo o pedido de restituição, sob a fundamentação de que:

- o Recurso Especial citado pela interessada não teve trânsito em julgado e mesmo que seja decidido pelo Supremo Tribunal Federal que é inconstitucional considerar o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, a decisão somente terá efeito para as partes litigantes enquanto não houver Resolução do Senado Federal estendendo o efeito para todos;*
- na relação de exclusões da receita bruta prevista na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, não consta o valor devido a título de ICMS, a não ser quando cobrado na condição de substituto tributário, o que não é o caso.*

Cientificada desse despacho em 30/01/2007 (fl. 572), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 22/02/2007 (fls. 573/576), na qual alega:

- *o inciso I do §, 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, determina a exclusão do ICMS quando cobrado pelo vendedor do bem (no caso, refinaria de petróleo e distribuidora de combustíveis) na condição de substituto tributário;*
- *as contribuições PIS e Cofms cobradas antecipadamente de forma concentrada são calculadas sobre os faturamentos ou receitas dos vários elos que compõem a cadeia de comercialização de combustíveis, devendo deles serem excluídas as parcelas de ICMS, consideradas receitas do erário estadual;*
- *ao servidor público é defeso discordar da legislação existente, mas a norma legal deve ser corretamente interpretada.*

Ao final, a contribuinte requer a realização de exames periciais, com indicação do perito, para que, dada a complexidade do assunto, se busque a verdade material, o que é dever da Administração Fazendária.

Cientificada do acórdão, a interessada insurge-se contra seus termos interpondo recurso voluntário a este Eg. Conselho, afirmando, em suma: i) preclusão do direito de proferir decisão; ii) fazer jus a restituição de PIS e COFINS cobrado a maior em virtude da inclusão do ICMS na receita bruta da refinaria, da distribuidora de combustíveis e do revendedor varejista, quando cobrado pelo vendedor dos bens na condição de substituto tributário.

Ao final requer o provimento do recurso voluntário “... para fins de reformar a decisão recorrida e reconhecer o direito creditório da Recorrente, ou por acolher a preliminar de preclusão administrativa, acatando-se como verdadeiras as razões demonstradas no processo administrativo; ou em virtude do acolhimento das razões de mérito”.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este Relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alan Fialho Gandra, Relator

Admissibilidade

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Preclusão do direito de proferir decisão

Com supedâneo no art. 5º, LXXVIII¹, da Constituição Federal, c/c art. 24² da Lei nº 11.457/07, a Recorrente afirma que ocorreu a preclusão do direito da Fazenda Pública proferir a decisão administrativa, dado o transcurso do prazo de mais de 360 (trezentos e sessenta) dias e que, portanto, está extinto o processo, reputando-se verdadeiras as razões para obtenção da restituição pleiteada.

Sem razão a Recorrente.

O prazo insculpido no art. 24 da Lei nº 11.457/07 trata-se de prazo impróprio, o qual, na técnica processual, uma vez descumprido não produz uma consequência específica dentro da relação processual, ou seja, representa um limite cujo descumprimento importa, eventualmente, em sanções disciplinares, sem interferir no conteúdo da relação processual em si (na esfera judicial, são tidos como prazos impróprios aqueles atribuídos ao juiz, e impróprios, em regra, os atribuídos às partes). O prazo previsto no artigo 24 da Lei nº 11.457/07 é, assim, prazo impróprio, destinado que é não às partes da relação jurídico-processual, mas à autoridade local, para a prática dos atos de condução do processo.

Para a extrapolação desse prazo a legislação não prevê nenhuma sanção, portanto não há que se falar em preclusão do direito de proferir decisão.

Restituição

Concernente a restituição pleiteada, a Recorrente afirma que a incidência do PIS e COFINS sobre combustíveis é por substituição tributária e em vista disso, deve-se excluir o ICMS das receitas brutas da refinaria, da distribuidora de combustíveis e do revendedor varejista, conforme determina o art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98³.

Opostamente, a decisão recorrida sustenta que o regime de substituição tributária do PIS e da Cofins, no que diz respeito às operações com combustíveis, está extinto e que essas contribuições passaram ao regime monofásico, incidindo apenas sobre a receita de vendas das refinarias (no caso de combustíveis derivados de petróleo) e sobre a receita de vendas das distribuidoras (no caso de álcool carburante). Adiciona que a contribuinte é comerciante varejista de combustíveis e, nessa qualidade, está sujeita a alíquota zero de PIS e COFINS, não tendo portanto direito a restituição.

¹ Art. 5º (...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

² Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

³ Lei nº 9.718/98

Art.3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...)

§2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

O pleito da Recorrente não tem guarida na legislação, posto que, para o período pleiteado, o regime de substituição tributária relativo aos combustíveis já não vigorava mais. A propósito, vejamos os textos original e alterado da norma, os quais deixam claro que tal regime foi extinto.

Lei nº 9.718/98 (redação original)

*Art. 4º As refinarias de petróleo, relativamente às vendas que fizerem, ficam obrigadas a cobrar e a recolher, **na condição de contribuintes substitutos**, as contribuições a que se refere o art. 2º, devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo, inclusive gás.*

*Art. 5º As distribuidoras de álcool para fins carburantes ficam obrigadas a cobrar e a recolher, **na condição de contribuintes substitutos**, as contribuições referidas no art. 2º, devidas pelos comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhes fizerem.*

Lei nº 9.718/98 (texto alterado)

*Art. 4º As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, devidas pelas refinarias de petróleo serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: **(Redação dada pela Lei nº 9.990, de 21/07/2000)***

*Art. 4º As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS devidas pelos produtores e importadores de derivados de petróleo serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: **(Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)***

*Art. 5º As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins devidas pelas distribuidoras de álcool para fins carburantes serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: **(Redação dada pela Lei nº 9.990, de 21/07/2000)***

*Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive para fins carburantes, serão calculadas com base nas alíquotas, respectivamente, de: **(Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008).***

Da simples leitura dos excertos legais acima, verifica-se que o regime de substituição tributária em baila deixou de vigorar em virtude das alterações apontadas.

Destarte, considerando as alterações sofridas pela Lei nº 9.718/98 e que a Recorrente é comerciante varejista de combustíveis, sujeita a alíquota zero de PIS e Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de gasolina automotiva, óleo diesel e álcool para fins carburantes, entendo que a mesma não faz jus à restituição pleiteada.

Portanto, nenhum reparo a fazer na decisão de primeiro grau.

No mais, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, adoto e ratifico as razões e fundamentos do acórdão de primeira instância.

Pelas razões acima aduzidas e sendo o que basta para o deslinde processual, voto por **negar** provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Alan Fialho Gandra - Relator