



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

Processo n° 10830.000542/2007-48
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-003.045 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de maio de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA PIS/PASEP e CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Recorrente MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

Até que o Supremo Tribunal Federal venha a decidir definitivamente em Repercussão Geral o Recurso Extraordinário nº 574.706 e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 18, em que há medida liminar deferida pelo plenário do STF, quando, a partir de então, a decisão será oponível contra todos e à própria administração, sendo ela positiva ou negativa aos contribuintes, não há como dar guarida ao pedido da Recorrente.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente.

LUIZ ROGÉRIO SAWAYA BATISTA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan, Alexandre Kern, Ivan Allegretti, Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista (relator).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente contra a decisão que indeferiu o pedido de restituição do crédito de PIS e da COFINS referente à exclusão do ICMS de sua base de cálculo, relativo ao período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004.

Com efeito, a Recorrente fez pedido de Restituição, fl 01, protocolado em 31 de Janeiro de 2007, no valor de R\$ 45.628.780,72, correspondente a recolhimentos de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e de contribuição para a Programa de Integração Social – PIS, relativo ao período de apuração de Janeiro de 2002 a dezembro de 2004, conforme planilha de calculo fls 23.

Alega que o pedido de restituição se justifica em razão de novas diretrizes dada pelo Supremo Tribunal Federal que no montante recolhido a título de ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS (eis que não compõe nem a receita, nem o faturamento da Requerente), sendo os valores recolhidos indevidamente no passado representam inegável crédito da Requerente, a ser reconhecido e restituído.

O Supremo Tribunal Federal por intermédio de seu órgão plenário, nos autos do Recurso Extraordinário n 240.785/MG, reconheceu por maioria de votos (6 dos 11 Ministros já votaram a favor do provimento do recurso no sentido de reconhecer a proibição da inclusão do ICMS na base calculo do PIS e da COFINS), o direito dos contribuintes de não incluir na base de calculo do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ICMS recolhido ao Fisco Estadual.

A decisão indeferiu o pedido de restituição da Recorrente, não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, fundamentando que como inexiste pronunciamento oficial do Supremo Tribunal Federal não há como alegar inconstitucionalidade da lei e restituição dos tributos.

Cientificada do indeferimento de eu pedido em 21 de Maio de 2007, fl 143, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade em 20 de Junho de 2007, fls. 144/153, alegando que independentemente dos efeitos das decisões da Suprema Corte, a Constituição Federal e a legislação determinam a incidência do PIS e da COFINS sobre receita ou faturamento das pessoas jurídicas. Para tanto não se pode exigir que nenhum outro valor ou elemento possa ser incluído na base de cálculo dessas contribuições.

Aduz que em momento algum a lei tenta fazer as contribuições incidirem sobre o ICMS pago pelas pessoas jurídicas, que é receita do Estado e não da interessada e que em determinados casos o STF decidiu a favor do contribuinte, relativamente às base de cálculo do PIS e da COFINS, que o ICMS não a compõe.

Não há dispositivo legal que determina a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS do ICMS, sendo que, não havendo previsão legal, não há como sustentá-la. A incidência do PIS e da COFINS é o ingresso da riqueza nova para o contribuinte, e não contempla o ICMS nessa hipótese;

O conceito de receita e faturamento não pode ser interpretado de forma diferente a encontrada nos compêndios do Direito Comercial e Privado sob pena de ofender o disposto no artigo 110 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 do Código Tributário Nacional;

O PIS e a COFINS não se fala em transferência do encargo financeiro, como consta do artigo 166 do CTN, por se tratar de tributos direto e sua incidência se dá sobre a totalidade das receitas auferidas e não sobre operações de venda de mercadorias ou prestação de serviços.

A DRJ/CAMPINAS, por unanimidade, indeferiu a solicitação da Recorrente, sob o os seguintes fundamentos.

Quanto ao questionamento da legitimidade de pedir a repetição de indébitos com referencia ao PIS e COFINS, tem razão a Recorrente, visto que essas Contribuições não são tributos que comportem transferência jurídica do respectivo encargo financeiro. Por sua vez, no mérito, não tem fundamento o pedido da Recorrente.

A Lei 9.718 de 27 de Novembro de 1998, determina que a base de calculo do PIS e da COFINS seria o faturamento da receita bruta da pessoa jurídica, entende-se que é a totalidade da receita auferida, independentemente do tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada. No § 2º do artigo 2, desse mesmo dispositivo legal, fica estabelecido que e excluiria da base de calculo das citadas contribuições o IPI e o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. Partícipe desta mesma sistemática, podemos citar as Leis 10.637/2002 e a Lei nº 10.833/2003;

Diferentemente do que entende a contribuinte, ao permitir a exclusão apenas do ICMS-Substituição, a legislação é clara, contrario sensu, que o ICMS devido pela interessada compõe a base de calculo do PIS e da COFINS.

Assim, conclui a Decisão, que em conformidade com a legislação vigente, não resta dúvida que o valor do ICMS compõe a base de calculo do PIS e da COFINS. Por fim, a Decisão expressamente consigna que quanto ao Recurso Extraordinário nº 240.785-2 que tramita pelo Supremo Tribunal Federal pode-se afirmar que:

- 1- O artigo 135, § 2º, do Regimento Interno daquele órgão, afirma que somente quando a votação for encerrada é que o Presidente proclama a decisão, como ainda não se findou a votação, não há que se falar em decisão do STF;
- 2- A Recorrente não faz parte do Recurso Extraordinário, que tramita no STF, caso houvesse decisão ela não poderia ser fundamento para o pedido de restituição que ora se aprecia;
- 3- Quando o STF fixa entendimento sobre a inconstitucionalidade via controle difuso, os servidores da administração devem reorientar suas autuações somente após a publicação da **Resolução do Senado Federal**, como consta no

artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, nos termos do decreto nº 2.346 de 10 de Outubro de 2007;

Portanto, conclui o Relator, acompanhado pelos demais julgadores, pelo indeferimento do pedido de restituição, não reconhecendo o direito creditório.

Inconformada a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, reiterando, basicamente, o conteúdo de sua Manifestação de Inconformidade, cujo teor encontra-se devidamente resumido acima, sendo, aliás, tal discussão célebre no Poder Judiciário.

Importante ressaltar que os autos encontravam-se com o Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz, que havia determinado o sobrestamento do feito em razão da repercussão geral dada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706, em decorrência do disposto nos §§1º e 2º do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF.

Contudo, tendo em vista a revogação de tais parágrafos, o processo retornou ao seu trâmite para prosseguimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rogério Sawaya Batista, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Nego provimento ao Recurso Voluntário.

Até que o Supremo Tribunal Federal venha a decidir definitivamente em Repercussão Geral o Recurso Extraordinário nº 574.706 e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 18, em que há medida liminar deferida pelo plenário do STF, quando, a partir de então, a decisão será oponível contra todos e à própria administração, sendo ela positiva ou negativa aos contribuintes, não há como dar guarida ao pedido da Recorrente.

Como observado anteriormente, a discussão já se tornou, pela sua amplitude, célere, tendo sido bem colocada pela Recorrente e pela própria DRJ, em todos os seus contornos jurídicos, sendo que efetivamente, inclusive por disposição constitucional, o ICMS incide por dentro no cálculo de mercadorias e serviços.

E a venda de mercadorias e serviços (nesse caso, de comunicação, transporte intermunicipal e interestadual) cujas operações e prestações são oneradas pelo Imposto constituem economicamente a denominada receita bruta, base de cálculo das Contribuições ao PIS e COFINS no regime não-cumulativo.

No regime cumulativo, como é cediço, em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei nº 9.718/1998, a base de cálculo continua a ser o faturamento, que também envolve a venda de mercadorias e a prestação de serviços, sendo que a discussão acerca da inclusão ou não do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS alcança dos dois regimes de apuração das Contribuições.

Processo nº 10830.000542/2007-48
Acórdão n.º **3403-003.045**

S3-C4T3
Fl. 6.144

De qualquer forma, no âmbito deste Conselho, não há como declarar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de tal inclusão, sendo tal matéria reservada ao Poder Judiciário, razão pela qual a Recorrente não faz jus ao crédito por ela pleiteado, posto que as quantias por ela recolhidas o foram em observância à legislação, não havendo, pois, indébito nem crédito a qualquer título.

Apenas com o julgamento, pelo STF, da matéria favoravelmente aos contribuintes a Recorrente poderá determinar o valor a que faz jus e requiere a restituição ou, conforme o caso, a compensação de tais valores com outros tributos administrados pela Receita Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Rogério Sawaya Batista