



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

Processo nº 10830.001396/2007-78
Recurso nº 159.751 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.255 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO DE COFINS/PIS
Recorrente TEADIT JUNTAS LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/1997 a 31/10/2006

BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo da Cofins devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal correspondente à sua receita bruta, assim entendida, a totalidade das receitas auferidas por elas.

ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO

O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) por constituir parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços faturados integra a base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/1997 a 31/10/2006

BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo da contribuição para o PIS, devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal correspondente à receita bruta, assim entendida, a totalidade das receitas auferidas por elas.

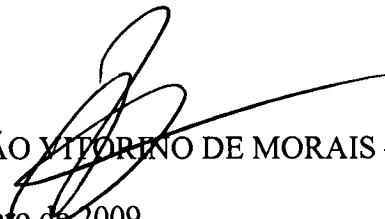
ICMS INCLUÍDO NO FATURAMENTO

O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) por constituir parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços faturados integra a base de cálculo da contribuição para o PIS.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª câmara / 1ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Relator.


JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS – Presidente e Relator

EDITADO EM: 06 de Outubro de 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maurício Taveira e Silva, Robson José Bayerl (Suplente), Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López. Ausente justificadamente o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela recorrente contra a decisão proferida pela DRJ em Campinas, SP, acórdão nº 05-19.976, às fls. 69/71, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta contra o despacho decisório às fls. 48/50 que indeferiu o seu pedido de restituição, no montante de R\$ 1.754.951,40 (um milhão setecentos e cinquenta e quatro mil novecentos e cinquenta e um reais e quarenta centavos), referente a pagamentos a maior da Cofins e do PIS, devidas no período de competência de março de 1997 a outubro de 2006, por ter não excluído das bases de cálculo dessas contribuições o valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) faturado.

Na manifestação de inconformidade interposta (fls. 53/65), alegou, em síntese, preliminarmente, a inocorrência da decadência do seu direito à repetição dos valores recolhidos há mais de 05 (cinco) anos, contados dos respectivos pagamentos indevidos, e, no mérito, que o ICMS faturado não compõe a base de cálculo daquelas contribuições. Assim, tem direito à restituição dos valores apurados e pagos sobre esse imposto, acrescidos de juros compensatórios à taxa Selic.

Analizada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a improcedente sob as seguintes ementas:

“RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

ICMS. BASE DE CÁLCULO

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins e do PIS.”

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso voluntário (fls. 74/87), requerendo a reforma da decisão de primeira instância a fim de que seja deferida a restituição pleiteada, alegando, em síntese, as mesmas razões expendidas na manifestação de inconformidade, ou seja, preliminarmente, a inocorrência da decadência de seu direito para os recolhimentos efetuados há mais de cinco anos contados da data de protocolo do presente pedido e, no mérito, que o ICMS faturado não integra as bases de cálculo do PIS e da Cofins e, ainda, que tem direito à restituição dos valores reclamados, acrescidos de juros compensatório à taxa Selic.

Para fundamentar seu recurso, expendeu, às fls. 75/87, extenso arrazoado sobre: a) decadência e natureza tributário do PIS e Cofins; b) conceito de faturamento; e, c) incidência da taxa Selic, concluindo, ao final, que: 1) o direito de pleitear indébitos decorrente de PIS e Cofins extingue-se com o prazo de 10 (dez) anos contados dos respectivos fatos geradores, ou seja, cinco anos para a extinção tácita dos respectivos créditos tributários e mais cinco para exercer o direito à repetição, tese dos “cinco mais cinco”; b) o ICMS não compõem o faturamento da pessoa jurídica e com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, o conceito de faturamento não mais consiste na entrada de quaisquer importância ou numerário na contabilidade da empresa e sim de valores recebidos em razão da atividade com a venda de mercadorias e prestação de serviços; e, c) que os valores apurados e pagos por ela indevidamente devem restituídos atualizados monetariamente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Preliminarmente, independentemente de mérito da certeza e liquidez dos valores reclamados como indébitos fiscais, na data de protocolo do presente pedido de restituição, em 27 de março de 2007, o direito de a recorrente pleitear a restituição de parte deles já havia decaído.

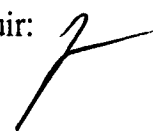
O direito de se pleitear a restituição de indébitos tributários decai com o decurso do prazo de cinco anos contados das datas dos respectivos recolhimentos indevidos, conforme estabelece o Código Tributário Nacional (CTN), art. 168, I, *in verbis*:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)."(grifos não-originais)

Em se tratando de lançamento por homologação, como no caso das contribuições em discussão, a extinção do crédito tributário, por previsão expressa do CTN, ocorre quando do pagamento e não em outro momento, conforme disposto a seguir:



“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

(...).

Art. 156. Extinguem o crédito Tributário:

(...).

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus parágrafos 1 e 4;

(...).(grifos não-originais)

Além destes dispositivos, para o presente caso, aplica-se também a Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, art. 3º, que assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.”

Dessa forma, na data de protocolo do presente pedido de repetição, o direito de a recorrente repetir possíveis valores reclamados como indébitos tributários decorrentes de recolhimentos efetuados em data anteriores a 27 de março de 2002 já havia decaído.

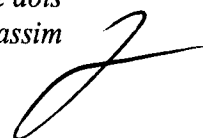
No mérito, tanto os valores atingidos pela decadência quanto os demais, ao contrário do entendimento da recorrente, não constituem indébitos tributários e sim valores devidos a título de PIS e Cofins nos termos da legislação tributária então vigente.

A legislação vigente no período de competência, objeto do pedido de restituição em discussão, assim dispunha quanto à bases de cálculo do PIS e da Cofins:

LC nº 70, de 30/12/1991:

“Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim



considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente."*

Lei nº 9.718, de 27/11/1998:

"Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

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

§1º Entende-se por receita bruta 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.

§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;

II - as 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;

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

V - a receita decorrente da transferência onerosa, a outros contribuintes do 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 Medida Provisória nº 451, de 2008)

(...).

Art. 8º – Fica elevada para três por cento a alíquota da COFINS.”

Posteriormente foi instituído o regime não-cumulativo, para ambas as contribuições, com vigência, para o PIS, a partir de 01/12/2002, para a Cofins, a partir de 01/02/2004, assim dispondo:

Lei nº 10.637, de 30/12/2002:

“Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep 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 para o PIS/Pasep 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 - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

II - (VETADO)

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;

IV - de venda dos produtos de que tratam as 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, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

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 - não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado.

Art. 2º Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

(...)".

Lei nº 10.833, de 29/12/2003:

"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;

IV - de venda dos produtos de que tratam as Leis n.ºs. 9.990, de 21 de julho de 2000, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 10.485, de 3 de julho de 2002, e 10.560, de 13 de novembro de 2002, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

IV - de venda de álcool para fins carburantes;

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.

Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

(...)."

Ora, segundo todos os dispositivos legais transcritos, a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins é o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim entendida o total de suas receitas independentemente de suas naturezas e classificação contábil adotada, deduzidos os valores expressamente discriminados. O do ICMS faturado não foi contemplado.

O ICMS faturado incluso no preço das mercadorias vendidas e dos serviços prestados integra a receita operacional bruta das pessoas jurídicas. Não há dispositivo legal que permita a exclusão desse imposto da base de cálculo das contribuições do PIS/Pasep e da Cofins.

É pertinente registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmula nº 68).

Também, a título de esclarecimento, cabe informar que a constitucionalidade da Cofins sobre o faturamento foi expressamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADC nº 1, de 1º de dezembro de 1993, cuja ementa é a seguinte:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1, 2, 9. (EM PARTE), 10 E 13 (EM PARTE) DA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30.12.91. COFINS. - A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO SE ADSTRINGE AOS LIMITES DO OBJETO FIXADO PELO AUTOR, MAS ESTES ESTÃO SUJEITOS AOS LINDES DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL QUE O AUTOR TEM QUE DEMONSTRAR. - IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 (COFINS). AÇÃO QUE SE CONHECE EM PARTE, E NELA SE JULGA PROCEDENTE, PARA DECLARAR-SE, COM OS EFEITOS PREVISTOS NO PARÁGRAFO 2. DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 1993, A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1, 2. E 10, BEM COMO DAS EXPRESSÕES "A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O FATURAMENTO DE QUE TRATA ESTA LEI NÃO EXTINGUE AS ATUAIS FONTES DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL "CONTIDAS NO ARTIGO 9., E DAS EXPRESSÕES "ESTA LEI COMPLEMENTAR ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO, PRODUZINDO EFEITOS A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SEGUINTE NOS NOVENTA DIAS POSTERIORES, AQUELA PUBLICAÇÃO,..."CONSTANTES DO ARTIGO 13, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991."

Também, as decisões dos Tribunais Federais têm sido no sentido de acolher a exigência da Cofins com base na Lei nº 9.718, de 1998, conforme provam as ementas a seguir:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. (...) LEI Nº 9.718/98. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. MODIFICAÇÃO. EC N.º



20/98. CSLL. COMPENSAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ISONOMIA. QUEBRA. INEXISTÊNCIA.

...A modificação na base de cálculo da COFINS e do PIS imposta pela Lei nº 9.718/98 foi recepcionada pela EC nº 20/98, não havendo como questioná-la judicialmente na via de exceção anteriormente a esse momento ante a sua ausência de eficácia jurídica nesse período. A fórmula de compensação da COFINS com a CSLL estabelecida pela Lei nº 9.718/98 não representa quebra de isonomia no tratamento dos contribuintes. (AI nº 24.830-AL, TRF 5ª Região, 13/04/2000)

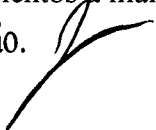
TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI Nº 9.718/98. CONSTITUCIONALIDADE – 1. A Lei Complementar 70/91 não necessita de outra lei complementar para que seja alterada, porque, ao disciplinar contribuição prevista na Constituição (art. 195), é, na verdade, materialmente lei ordinária. **2.** A Lei 9.718/98 não criou nova fonte de custeio, tendo em vista que, no entendimento do STF, faturamento e receita bruta se equivalem para efeitos fiscais (...). – (AMS nº 1999.01.00.095556-1/MG, TRF 1ª Região, 15/08/2000).

COFINS E PIS/PASEP, LEIS Nºs 9.715/98 E 9.718/98. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA

O Pleno desta Corte, em processo (Arguição de Inconstitucionalidade 1999.04.01.0802741) decidiu em 29-03-00, por maioria de votos, rejeitar a arguição de constitucionalidade (sic) do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. E as demais disposições da referida lei não são inconstitucionais, conforme tem entendido esta Turma, por estar a referida contribuição estabelecida no art. 195 da CF/88, devendo sua cobrança, no entanto, apenas observar prazo nonagesimal, a contar da Medida Provisória nº 1.724/98 que se converteu na Lei 9.718/98. Assim, a contribuição da COFINS é devida nos termos da Lei 9.718/98, estando sujeita, inclusive, à alteração das alíquotas, nos termos do art. 8º da referida lei, com a limitação imposta neste dispositivo legal.(AMS nº 2000.04.01.004196-5/SC, TRF 4ª Região, 02/5/2000)."

Ao contrário do entendimento da recorrente, o julgamento do STF que declarou inconstitucional o 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, não abrange o ICMS, mas tão somente as receitas não-operacionais. Aquele parágrafo trata da ampliação da base de cálculo, determinando a inclusão de receitas não operacionais e não de exclusão de custos e/ ou receitas operacionais.

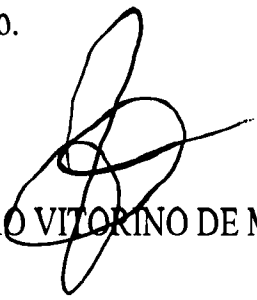
Demonstrado que os valores reclamados pela interessada resultaram exclusivamente de sua equivocada interpretação de que as contribuições para o PIS e Cofins seriam devidas e apuradas, deduzindo-se de suas bases de cálculo o valor do ICMS faturado, não há que se falar em recolhimentos a maior e muito menos em indêbitos tributários passíveis de restituição e/ ou compensação.



Quanto à restituição a pleiteada, conforme demonstrado, ao contrário do entendimento da recorrente, os valores reclamados por ela não constituem indébitos tributários e sim contribuições devidas nos termos da legislação tributária vigente.

Já em relação à atualização monetária de indébitos tributários, passíveis de restituição, à taxa Selic, na realidade, juros compensatórios, o seu pagamento está previsto na legislação. Caso a recorrente fizesse jus à restituição de qualquer valor, este seria acrescido de juros compensatórios. Contudo, no presente caso, nenhum indébito foi comprovado.

Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, nego provimento ao presente recurso voluntário.



JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS