



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

Processo nº 10830.006610/2006-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.549 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de março de 2014
Matéria PIS E COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente ASA ALUMÍNIO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/08/2006

BASE DE CÁLCULO. ICMS. ISS.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/08/2006

BASE DE CÁLCULO. ICMS. ISS.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS.

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 do Relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 31/03/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto e Mara Cristina Sifuentes.

Relatório

No dia 15/12/2006 a empresa ASA ALUMÍNIO S/A ingressou com o Pedido de Restituição de PIS e de Cofins, relativo a pagamentos efetuados dos período de apuração de dezembro de 2001 a agosto de 2006, alegando a inclusão indevida do ICMS na base de cálculo das exações.

A DRF em Campinas - SP indeferiu o pedido da recorrente, alegando a inexistência de previsão legal para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, integrante do faturamento da empresa, conforme Despacho Decisório de fls. 543/548.

Ciente da decisão, a empresa interessada ingressou com Manifestação de Inconformidade, cujas razões foram sintetizadas pela decisão recorrida nos seguintes termos:

- *a decisão hostilizada não enfrentou a questão como deveria. Ou seja, na venda das mercadorias que estão no regime normal de apuração do PIS e da Cofins, ou seja, alíquotas de 1,65% e 7,6% no regime não-cumulativo, e nas quais a Recorrente também no regime normal de apuração do ICMS, atribui pela sistemática adotada como incluso na base de cálculo o tributo estadual no tributo federal, em verdadeira bi-tributação, vedada pelo artigo 154 da Magna Carta, já que tanto o Decreto Lei 406/68, em seu artigo 2º, § 7º, que deu azo as Súmulas nºs 94 e 68 do STJ, autorizando a esdrúxula inclusão, não encontramos nenhuma lei que diga expressamente que está autorizada a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins;*
- *tanto as Leis Complementares 7/70, 70/91 nunca atribuíram que o ICMS deveria ser incluído na base de cálculo, já que apenas aludiam ao faturamento. Nem tão pouco as Leis Ordinárias 10.637/02 e 10.833/03 aludem que deva ser incluído expressamente o ICMS por entender ser uma receita derivada ou que componha o faturamento da Recorrente, sendo, como repetimos, uma construção jurisprudencial de décadas, que acabou se transformando num dogma difícil de ser entendido pelo empresariado, pois ninguém fatura ICMS;*
- *o simples fato de o Estado utilizar a estrutura contábil da Recorrente, ou da cadeia produtiva da qual é integrante, para que arrecade o ICMS, que é devido sempre pelo consumidor final, ao qual não se atribui a responsabilidade pela entrega 'as burras' estatais do valor arrecadado, que é feito pela Recorrente ou pelas empresas substitutas da exação, conforme legislação estadual de regência não pode levar ao disparate de se entender que PIS e Cofins incidem sobre esta 'receita' derivada;*

- em boa hora o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que conta já com a maioria dos Ilustres Ministros, votando pela inconstitucionalidade da referida inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins do ICMS, entendendo que não se pode compreender no conceito de faturamento o tributo estadual, que é arrecadado e ou suportado pela Recorrente, ou pago por substituição pela mesma, em favor do Estado Federado, não gerando qualquer riqueza que possa ser tributável;
- importante registrar que em momento algum o Despacho Decisório fez menção a dita decisão da Suprema Corte, demonstrando então a fragilidade de seu conteúdo;
- a decisão do Supremo Tribunal faz letra viva do princípio constitucional de não se utilizar o tributo com efeito de confisco, que seria sua cobrança sem causa jurídica válida, ou sobre bases impositivas que não representam riqueza, e dest'arte, atentando contra a capacidade contributiva da Impetrante, o que é vedado pelos artigos 150, IV, c/c 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (a contribuinte cita a íntegra do voto do Ministro Marco Aurélio no RE no 240.785-2 MG);
- nos variados serviços que presta, e sobre os quais incide o ISS de competência municipal, há de se estender à compreensão dada pelo STF quanto ao ICMS, para que o mesmo se trasladado ao consumidor final com destaque na Nota Fiscal de Serviços não seja incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins, pelos fundamentos acima declinados;
- tem legitimidade para pedir a restituição, conforme jurisprudência do STJ;
- tem direito à atualização monetária de seus créditos.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP indeferiu a solicitação da recorrente, nos termos do Acórdão nº 05-19.895, de 30/10/2007, cuja ementa segue abaixo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO • DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/08/2006

ICMS. BASE DE CALCULO.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/08/2006

ICMS. BASE DE CALCULO.

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

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 17/12/2007, conforme AR de fl. 586, e, discordando da mesma, ingressou, no dia 27/12/2007, com Recurso Voluntário, no qual reprisa os argumentos da manifestação de inconformidade.

Na forma regimental, o Recurso Voluntário foi distribuído para relatar e, por força da determinação contida no art. 62-A, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/09), o seu julgamento foi sobrestado, nos termos do Despacho nº 3302-067, de 23/07/2012. Com a revogação do referido dispositivo regimental (Portaria MF nº 545/13), o Recurso Voluntário foi sorteado para relatar e, agora, volta à pauta de julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece.

Como relatado, a empresa Recorrente está pleiteando a restituição de PIS e Cofins cujo pagamento considera indevido em face da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo das exações.

Quanto ao mérito, o ICMS e o ISS integram a base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins, conforme previsto na Lei Complementar nº 70/1991 e nas Leis Ordinárias nº 9.715/98, 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/03. A previsão legal de exclusão da receita bruta para fins de determinação da base de cálculo das contribuições contempla o ICMS apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário (art.3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/1998).

Assim sendo, a alegação da recorrente de que o valor do ICMS e do ISS não integram o conceito de faturamento, para fins de inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins, não tem respaldo na legislação, não existindo nenhuma determinação legal que autorize tal exclusão. Correto está o acórdão recorrido porque o ICMS (e o ISS), por ser um imposto indireto e com mecanismo de cálculo por dentro, contemplando o seu próprio montante em sua base de cálculo, agrega-se ao preço do produto, integrando também o faturamento. E como tal, há necessidade de expressa previsão legal para a sua exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Por obvio, as ações judiciais em curso no STF não podem ser aplicadas pelo CARF. Inexiste decisão do STF, cuja aplicação seja obrigatória por parte do CARF (art. 62-A do Regimento Interno), que contemple a pretensão da Recorrente.

Por fim, ratifico e, supletivamente, adoto os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999¹).

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Processo nº 10830.006610/2006-00
Acórdão n.º **3302-002.549**

S3-C3T2
Fl. 6

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator