

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

Processo nº 10830.720117/2007-79
Recurso nº 156.783 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.291 – 3ª Turma Especial
Sessão de 03 de dezembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente COMERCIAL KST LTDA
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2002 a 30/09/2005

ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALIDADE DAS LEIS DE REGÊNCIA.
O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo do PIS, nos termos das Leis que regem a matéria nos períodos de apuração sob exame. Inafastabilidade de lei sob argumentos de inconstitucionalidade, por força de normas regimental.

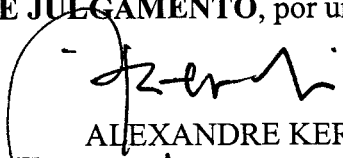
SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Impossibilidade de se conhecer do recurso quando a matéria atacada não foi resistida pelo acórdão recorrido.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª. TURMA ESPECIAL da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.


ALEXANDRE KERN - Presidente


BELCHIOR MELO DE SOUSA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Daniel Maurício Fedato, Hécio Lafetá Reis, Carlos Henrique Martins de Lima e Ivan Allegretti

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário contra o Acórdão de nº 05-21.262, de 22 de fevereiro de 2008, da DRJ/Campinas/SP, fls. 117 a 121, que não homologou as compensações declaradas em face da manifestação de inconformidade apresentada pela impugnante, fls. 89 a 115.

Entendendo a contribuinte ser indevida a inclusão e tendo levantado créditos de pagamentos indevidos, transmitiu declarações de compensação, para as quais foram expedidas intimações eletrônicas via sistema PerDComp, fls. 24 e 25, que, atendidas por meio dos esclarecimentos de fls. 07 a 10, fazendo-se acompanhar das cópias impressas das DComps a que referem as intimações, que derem início ao presente processo;

O despacho decisório negou integralmente o reconhecimento do direito creditório e não homologou as compensações da declarante, sob os argumentos de **ilegitimidade para pleitear, pela decadência** dos períodos anteriores a 27 de julho de 2002 e face ao mérito de ver **impossibilidade da exclusão do ICMS** da base de cálculo do PIS

A decisão recorrida rechaçou o fundamento da ilegitimidade para pleitear assentado elo despacho decisório, e abraçou integralmente os demais fundamentos daquela decisão.

Cientificada da decisão em 11 de abril de 2008 apresenta recurso voluntário, fls. 124 a 141, em 25 de abril de 2008, em que:

a) afirma a diferença que existe entre os conceitos de “faturamento” e “receita”, trazido ao ordenamento jurídico pátrio por meio da EC nº 20/98, alterando as disposições do art. 195, I, da CF/88;

b) não obstante a distinção, declara que o Fisco Federal entendeu que o ICMS deve ser incluso na base de cálculo do PIS, modificando o conceito que a Constituição Federal adotou para definir faturamento e receitas;

c) faz extenso arrazoado sobre o conceito de faturamento registrando que:

- este é a contrapartida econômica auferida como riqueza própria pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nessa contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de faturamento;
- a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS leva ao inaceitável entendimento de que o sujeito passivo desse tributo “fatura ICMS”. A toda evidência, ele não faz isto. Enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, o PIS apenas obtém ingresso de caixa, que não lhe pertence, isto é, não se incorpora a seu patrimônio, até porque destinado aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal;
- a integração do valor do ICMS na base de cálculo do PIS traz como inaceitável consequência que contribuintes passem a calcular a exação sobre receitas que não lhes pertencem. Isso levaria ao desvirtuamento do arquétipo constitucional do PIS, acarretando a

criação de adicional de outro tributo, diferentemente daqueles cuja competência a Carta Suprema, em seu art. 195, inciso I, reservou à União Federal;

- o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 240.785, se manifestou pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS;
- inadmissível a existência da única hipótese de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, constante do art. 3º, § 2º, I, in fine, *“quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.”*.

f) é de pleno direito também a contribuinte ver os supostos débitos com exigibilidade suspensa, tendo em vista o § 9º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com o art. 48 da Instrução Normativa nº 600, de 2005. É entendimento majoritário da doutrina que “impugnação”, “manifestação de inconformismo” e “recurso voluntário” são todas espécies dos gêneros “reclamações” e “recursos”, atendendo, pois, plenamente a prescrição do inciso III do art. 151 do CTN. Assim, estando suspenso o crédito, incabível se faz qualquer espécie de cobrança, por conta de ainda não haver uma decisão administrativa definitiva;

g) nos termos dos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a decisão deve ser feita no prazo de trinta dias e, ainda, com motivação explícita. No caso o pedido de compensação é de 15 de dezembro de 2005 e o indeferimento se deu em 24/08/2007 (data da ciência), não restando dúvida, portanto, que seu pedido fora antes deferido pela inércia da Administração.

Ao fim, requer o reconhecimento do direito creditório gerados pelo recolhimento a maior do PIS dentro do lapso temporal de 10 (dez) anos, mediante o reconhecimento da Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo d PIS.

É o relatório

Voto

Conselheiro BELCHIOR MELO DE SOUSA, Relator

O recurso é tempestivo.

 De pronto, não há interesse de agir quanto à suspensão da exigibilidade dos débitos objetos da compensação declarada, uma vez já suspensos no cumprimento de direito legalmente assegurado, conforme demonstra a tela do SIEF-cobrança, Extrato do Contribuinte, de fl. 74. Não conheço do recurso nesta parte.

Por atender os demais requisitos para sua admissibilidade, conheço o recurso quanto às demais matérias.



Inatacável a decisão recorrida no tocante ao deferimento tácito da declaração de compensação, como pretendeu a recorrente desde a impugnação, em razão da inércia da Administração. Reitero os termos do contraponto que assentou:

Primeiro, porque o prazo de trinta dias para decidir, previsto no art. 49 da Lei nº 9.784, de 1999, é daqueles denominados de impróprios, cujas consequências jurídicas não se dão dentro do processo, mas, se for o caso, no âmbito do controle da atividade administrativa. Depois, porque a Lei nº 9.784, de 1999, por expressa menção do seu art. 69, aplica-se apenas subsidiariamente ao processo administrativo tributário, máxime no caso de apreciação de compensações declaradas, para o que o § 5º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, na redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003, prevê prazo de cinco anos para manifestação, sob condição de, assim não o fazendo, ocorrer a homologação tácita.

A recorrente deixou de ferir o que foi decidido pela DRJ acerca da decadência do direito de pleitear a restituição dos valores de PIS que na sua consideração foram pagos a maior, anteriores a 27 de fevereiro de 2002.

No mérito da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, vejo que as razões de decidir, para o caso presente, prescindem de digressões em torno do conceito de faturamento, que defina sua composição exclusivamente pela venda de mercadorias e serviços, excluído, portanto, excluindo-se o ICMS de sua base de cálculo, na medida em que a resolução do presente conflito deve circunscrever-se dentro dos lindes da legalidade, no contexto da interpretação mais consentânea com o ordenamento tributário brasileiro.

Os argumentos da recorrente extrapolam este limite.

Considere-se, inicialmente, que os períodos de apuração abarcados pela origem dos créditos ora em discussão estão sob a incidência das disposições legais do art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98, até 30 de novembro de 2002, que permitiu a exclusão da base de cálculo do PIS do IPI e do ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; e a partir daí sob o diapasão da Lei nº 10.637/2002, que sequer determina esta exclusão.

Em ambas as leis, contrapondo-se ao entendimento vergastado pela recorrente, há, expressamente, equiparação entre as categorias faturamento e receita bruta, esta legalmente definida como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada e independente de sua denominação.

Note-se que, no passo em que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 foi declarado inconstitucional, nos RREE 357.950/RS e 346.084/PR, permaneceu incólume o § 2º do mesmo artigo. Do que permanece a presunção de validade de sua norma, até que venha a ser infirmada em nova interpretação pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, como também aduz a recorrente, está elevada à categoria constitucional, no RE 240.785, que, com efeito teve votação majoritária, porém não encerrada, em razão do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. No ínterim, o Chefe do Poder Executivo atravessou a ADC nº 18, que passou a ter precedência sobre o dito Recurso Extraordinário, em face do efeito vinculante que dela acarretará. Enquanto não for reconduzida a sua votação, prevalece o entendimento atual quanto ao fundamento constitucional de validade de ambas as retrocitadas leis que regem a matéria em

discussão, nos espectros temporais de suas vigências. E diante da nova composição daquela Corte, a decidir a ADC nº 18, nem se pode ter como certo o desfecho do *leading case*..

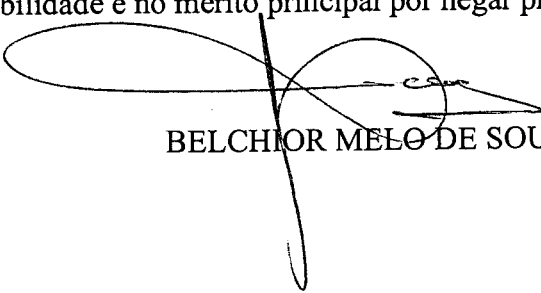
No sistema brasileiro, na lição de Hugo de Brito Machado, verifica-se que o ICMS, como tributo indireto, onera a circulação de mercadorias é devido pelo empresário que promove a saída do bem. O adquirente suporta o ônus tributário somente por meio do pagamento do preço, que ingressa totalmente no patrimônio do vendedor, inclusive a parcela correspondente ao ônus tributário. Assim, contrapõe-se à visão do Ministro Marco Aurélio, Relator, segundo a qual o comerciante vendedor seria somente um intermediário entre o comprador e o Estado, um mero agente arrecadador.

O debate é rico, com elevadas performances construtivas, e não se menospreze a lucidez da linha defendida pela exclusão do ICMS da base de cálculo de ambas as contribuições PIS e COFINS, mirando não se cobrar tributo em cascata, tributo sobre tributo. Mas não se pode deixar de ver que há o precedente constitucional do ICMS incidir sobre sua própria base, “por dentro”, enlaçando como um nó a questão em foco, cujo desate está posto para a Corte Suprema.

Por esse passo em que se encontra a matéria, não cabe antecipar o debate que ainda ocorrerá proximamente no STF e contrapor os argumentos de cunho constitucional conduzidos no presente recurso e, aqui, estabelecer a verdade, a amplitude ou os limites do conceito de faturamento, para decidir pela exclusão ou não do ICMS da base de cálculo do PIS. Cabe, tão-só, aplicar a norma regente, reconhecendo sua validade, porquanto ainda não formalmente inquinada de inconstitucional ao não exprimir em seu bojo a exclusão do imposto de circulação, e pela impossibilidade regimental de afastá-la pelos fundamentos expostos no recurso.

E como demonstrado pela decisão recorrida, com efeito, esta é a posição da jurisprudência nesta Corte Administrativa.

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso quanto à suspensão da exigibilidade e no mérito principal por negar provimento ao recurso.


BELCHIOR MELO DE SOUSA

