



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13829.000197/2008-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-005.678 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de setembro de 2019
Recorrente SUPERMERCADO LUZITANA DE LINS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de cálculo do PIS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do Recurso Voluntário, apenas quanto ao pedido de restituição, e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Luís Felipe de Barros Reche (suplente convocado), Tatiana Josefovitz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Hécio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior. Ausente, justificadamente, o conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, substituído pelo conselheiro Luís Felipe de Barros Reche (suplente convocado).

Relatório

Trata o presente processo de pedido de compensação de débitos próprios com crédito de PIS oriundo de pagamentos efetuados no período de janeiro a dezembro de 2006.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, passamos a transcrever o Relatório da decisão de primeira instância administrativa:

Trata o presente processo de pedido de restituição em papel (fl. 2) apresentado em 04/03/2008 e declarações de compensação em papel (fl. 232 e 239)

apresentadas em 23/06/2009 e 22/07/2009, com crédito de pagamento a maior de PIS em virtude da inclusão de ICMS na base de cálculo da contribuição, relativo ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2006. Alegou a requerente que a impossibilidade dessa inclusão vem sendo confirmada pelo STF no julgamento do RE nº 240.785.

A DRF ARAÇATUBA (SP) proferiu parecer SAORT Nº 10820/491/2009 (FL. 248/ indeferindo o Pedido de Restituição e considerando não declaradas as compensações sob os seguintes fundamentos:

- a lei só exclui o ICMS da base impositiva da contribuição quando for pago em regime de substituição tributária. Esse regime, por sua vez, é excepcional e depende de expressa previsão legal (artigo 150, § 7º, CF). Logo, em regra geral, não sendo o valor pago, a título de ICMS decorrente de substituição tributária, não deve ser ele deduzido da base de cálculo da Cofins e do PIS;

- a União ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 18- 5/DF) junto ao Supremo Tribunal Federal, em 10/10/2007, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto o artigo 32, § 2º, I, da Lei nº 9.718/1998. Em 13/08/2008, o Tribunal Pleno do STF, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deferiu a medida cautelar, suspendendo o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do artigo 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98;

- a autoridade administrativa deve aplicar as disposições expressas na lei, não havendo, até o presente momento, qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal que alcance a interessada, retirando a eficácia de tais dispositivos, ou ato emanado nos termos do artigo 42 do Decreto nº 2.346/97, que autorize no âmbito administrativo, a exclusão da base de cálculo do ICMS de obrigação própria da empresa. Lembro que é pacífica a jurisprudência sobre a incompetência dos órgãos julgadores administrativos para apreciar a inconstitucionalidade;

Diante do acima exposto o pedido de restituição foi indeferido e as compensações foram consideradas não declaradas com base no art. 74, §12 da Lei nº 9.430/96.

A interessada foi cientificada em 14/09/2009 (fl. 267) e apresentou manifestação de inconformidade (fl. 269/301) em 13/10/2009 alegando em síntese:

O conceito de faturamento é a receita bruta da venda de bens e serviços conforme definiu o STF. O faturamento está intimamente ligado à ingressos, à receita. Nada tem a ver com saídas decorrentes de tributos chamados indiretos ou arrecadados pela empresa e repassados ao fisco como ocorre com o ICMS e também o IPI.

O valor do ICMS não constitui faturamento, por não pertencer à empresa, que a Lei nº 9.718, de 1998, alargou o conceito de faturamento e excluiu da base de cálculo o IPI e o ICMS, este quando cobrado pelo vendedor de bens e serviços na condição de substituto tributário.

O legislador ordinário, ao legislar sobre o PIS, introduziu a ideia que o ICMS integrava o conceito de faturamento e, com isso, criou uma crença de que os

impostos integram a base de cálculo do tributo e que o legislador pode excluí-los ou não, como fez com o IPI.

A Emenda Constitucional nº 20, de 1998 sacramentou o conceito que receita e faturamento são coisas diferentes, que o art. 110 do CTN dispõe que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas do direito privado e, assim, o valor do ICMS recebido pelo contribuinte de direito para repassá-lo ao Fisco não constitui faturamento. Cita jurisprudência do STJ, especialmente quanto ao alargamento da base de cálculo, pela Lei nº 9.718, de 1988.

No julgamento do RE 240.785, seis dos onze Ministros votaram defendendo a não inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Houve ofensa ao artigo 155, § 2º e artigo 150, III, da CF/88, sendo inconstitucional a cobrança do PIS sobre o ICMS, e ao art. 150, inciso III da CF.

O órgão julgador tem o dever de se manifestar acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade, não para declará-la, mas para deixar de aplicar as normas eivadas de vícios.

Foi aplicada multa isolada sobre o valor dos débitos não compensados no percentual de 75%, o que ofende o princípio do não-confisco.

A interessada foi intimada a pagar o débito confessado em DCTF com o acréscimo dos encargos moratórios, no entanto não há que se falar em confissão de multa e juros e não houve instauração do procedimento administrativo pelo qual seria atribuído ao contribuinte todas as garantias, dentre elas, o contraditório, para que somente após decorridos todos os atos, chegasse a determinado valor.

O contribuinte ingressou com Mandado de Segurança nº 00011332.39.2009.403.6107 pleiteando o efeito suspensivo para a Manifestação de Inconformidade, e que fossem declarados nulos todos os atos já consumados em razão de ser considerada a decisão administrativa definitiva, dentre eles a inscrição do débitos em dívida ativa, alternativamente requer a aplicação da fungibilidade recursal, culminando com o seguimento dos recursos, nos termos da Lei nº 9.784/99.

Posteriormente requereu a extinção do feito, em face da renúncia ao direito de ação. Diante disso, o processo foi extinto, conforme cópia da sentença de fls. 331/332.

É o relatório.

A 16ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro julgou improcedente a manifestação de inconformidade, proferindo o Acórdão DRJ/RJO n.º 12-71.692, de 08/01/2015 (fls. 335 e ss.), assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. PREVISÃO LEGAL.

A base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento, que corresponde à receita bruta auferida. Somente as parcelas legalmente autorizadas podem ser excluídas da base de cálculo, não se enquadrando nessa situação os valores devidos a título de ICMS.

COBRANÇA. COMPETÊNCIA.

A competência para as questões relativas à cobrança é da Delegacia da Receita Federal da respectiva jurisdição, conforme prevê o Regimento Interno da RFB.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 352 e ss., por meio do qual sustenta, em apertada síntese:

- A impossibilidade de interposição de Manifestação de Inconformidade prevista na Instrução Normativa 900/2008 é inconstitucional, pois afronta o primado da legalidade, princípio do contraditório, ampla defesa e a tramitação do devido processo administrativo, além de consistir em óbice ao direito constitucional de acesso à justiça;

- O ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS/Cofins.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

Cuida-se de pedido de restituição de PIS, cumulado com compensação de débitos próprios, oriundo de pagamentos efetuados no período de janeiro a dezembro de 2006.

Segundo consta dos autos, o valor indevidamente recolhido decorreria da inclusão, em sua base de cálculo, do ICMS estadual.

O pedido de restituição foi indeferido, ao fundamento que o ICMS integra a base de cálculo do PIS/Cofins. Porém, os pedidos de compensação apresentados após **04/12/2008**, foram, em razão do disposto no art. 74, § 12, II, "f", da Lei nº 9.430, de 1996¹, considerados não declarados.

¹ Art. 74, § 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

A decisão foi mantida pela DRJ.

Quanto ao mérito do pedido de restituição, como se sabe, assiste razão à Recorrente.

É que o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, já firmou o entendimento de que o imposto estadual não compõe a base de cálculo das contribuições, interpretação que ele próprio tem aplicado noutros casos que lá tramitam ou tramitaram:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe 223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

(...)

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

1 – tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

2 – tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

3 – tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

4 – seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ocorre que somente as manifestações de inconformidade apresentadas contra a não homologação das declarações de compensação seguem o rito processual estabelecido pelo Decreto nº 70.235, de 1972, em conformidade com o que dispõe o § 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, não, porém, as que foram consideradas não declaradas pela autoridade competente, que devem seguir o rito estabelecido na Lei nº 9.784, de 1999, Lei Geral do Processo Administrativo no âmbito federal.

E, a despeito de não ter sido explícito, **todas** as compensações acostadas aos autos foram consideradas não declaradas, já que não há pedidos desta natureza protocolados antes de **04/12/2008**, mas somente após esta data.

Assim, cabe aqui apreciar somente o pedido de restituição. **A Unidade Preparadora deverá, quanto aos pedidos de compensação vinculados, seguir o rito processual estabelecido na Lei nº 9.784, de 1999.**

Ante o exposto, conheço em parte do recurso voluntário, apenas quanto ao pedido de restituição, e, no mérito, **DOU-LHE PROVIMENTO.**

É como voto.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza