



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

Processo nº 10183.906750/2009-96
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.289 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de abril de 2014
Matéria PERDCOMP - Cofins
Recorrente COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S H
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005

PIS. COFINS. RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. INDEFERIMENTO.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidem sobre o faturamento, no qual está incluído o valor do ICMS incidente sobre as vendas.

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. MULTA DE MORA.

Para caracterizar a denúncia espontânea o art. 138 do CTN exige a extinção do crédito tributário por meio de seu pagamento integral. Pagamento e compensação são formas distintas de extinção do crédito tributário. Não se afasta a exigência da multa de mora quando a extinção do crédito tributário confessado é efetuada por meio de declaração de compensação.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

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 relatório e voto que integram o presente julgado.

Rodrigo da Costa Possas - Presidente.

Processo nº 10183.906750/2009-96
Acórdão n.º **3301-002.289**

S3-C3T1
Fl. 81

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martinez Lopez, José Adão Vitorino de Moraes, Fábila Regina Freitas, Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo e Andrada Márcio Canuto Natal.

Relatório

Por economia processual e por bem relatar os fatos até aquele momento, adoto o relatório elaborado pela 2ª Turma da DRJ/Campo Grande, abaixo transcrito:

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada contra decisão da DRF Cuiabá, que não homologou compensação formalizada por meio Dcomp, ao argumento de que, embora existindo o pagamento considerado como indevido, o respectivo valor já havia sido integralmente utilizado para quitar outro débito, não restando saldo disponível para compensação.

A requerente insurgiu-se contra a decisão, alegando ser contribuinte da Cofins e do PIS, em cujas bases de cálculo a lei incluiu, com afronta à Constituição, o valor do ICMS. Por essa razão, quer a requerente que seja retirado da base de cálculo das duas contribuições o valor correspondente ao imposto estadual.

Ressaltou que a questão foi levada ao E. Supremo Tribunal Federal no RE 240.785/MG, cujo relator, Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso, tendo sido acompanhado até o momento por seis dos onze ministros. Portanto, a decisão favorável à exclusão do ICMS se mostra praticamente irreversível.

Aduziu que não há como admitir a inclusão do ICMS na base daquelas contribuições, já que o imposto estadual configura um desembolso, uma despesa. Esse fato não pode ser considerado, para o mesmo contribuinte, como uma despesa e como uma receita concomitantemente. A parcela que corresponde ao ICMS não integra o faturamento. O contribuinte, nessa situação, age como mero arrecadador para o Estado. Nessa linha de raciocínio, conclui afirmando que nem todo ingresso de recursos se caracteriza como receita.

Com esses fundamentos, pugnou pelo reconhecimento do direito creditório, ao qual devem ser acrescidos juros e correção monetária; e pela homologação da compensação. Requereu também a suspensão da exigibilidade dos débitos compensados.

Ao analisar referida manifestação de inconformidade a 2ª Turma da DRF/Campo Grande proferiu o Acórdão nº 04-28.853, de 5/6/2012, assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Ano-calendário: 2005

*INCONSTITUCIONALIDADE. EXAME NA ESFERA
ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.*

*No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos
órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar
tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de
inconstitucionalidade.*

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 30/04/2014 por ANDRADA MARCIO CANUTO NATAL, Assinado digitalmente em 30/

04/2014 por ANDRADA MARCIO CANUTO NATAL, Assinado digitalmente em 08/05/2014 por RODRIGO DA COSTA PO

SSAS

Impresso em 12/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Direito Creditório Não Reconhecido

Não concordando com referida decisão o contribuinte apresentou recurso voluntário, por meio do qual tece basicamente as mesmas questões trazidas em sede de sua manifestação de inconformidade.

Por meio de despacho e fundamentado, por ocasião nos parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do Carf, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, este relator propôs o sobrestamento do processo em face da repercussão geral do assunto reconhecida pelo STF no recurso extraordinário nº RE 574706. Sobrestamento este que foi deferido pelo presidente da 3ª Câmara.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, por isto dele tomo conhecimento.

Conforme relatado o julgamento deste processo estava sobrestado em função do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do Carf, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009. Porém, a Portaria MF nº 545/2013 revogou os parágrafos do art. 62-A, não havendo portanto mais razão para a permanência do sobrestamento.

O suposto direito creditório alegado pelo contribuinte está amparado somente na questão da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da Cofins. Segundo o recorrente é inconstitucional o art. 3º, § 2º, inc. I da Lei nº 9.718/98, que incluiu na base de cálculo do PIS e da Cofins o ICMS incidente nas operações de venda. Como ele teria efetuado seus pagamentos com esta inclusão, e sendo certo o seu entendimento, estaria sobrando créditos que pretende ver compensados com os débitos apresentados em DCOMP.

Esta matéria está em análise pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 18, e ainda não foi julgada por aquele tribunal.

A Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, I autoriza apenas a exclusão do ICMS “quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. Em nenhum momento, porém, autoriza a exclusão do ICMS das próprias vendas.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça esta matéria já encontrava se pacificada nos termos das súmulas 68 e 94, abaixo transcritas:

Súmula 68: A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do pis.

Súmula 94: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.

Por fim, entendo que o ICMS integra o faturamento, que é o fato gerador do PIS e da Cofins, não havendo qualquer contrariedade à Constituição Federal, uma vez que ela mesma determina que o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Veja como está disposto no art. 155 da CF:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar:

*i) fixar a base de cálculo, **de modo que o montante do imposto a inteiro**, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.*(grifei)

Ainda que assim não fosse, reconhecer este direito ao contribuinte implicaria afastar a aplicação de lei tributária, por inconstitucionalidade, o que não é permitido aos julgadores desta instância administrativa. Nestes termos, cita-se a súmula Carf nº 2:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

MULTA DE MORA

Em seu recurso voluntário o contribuinte pede ainda que seja afastada a aplicação da multa de mora na cobrança de seus débitos, uma vez que estaria cumprindo rigorosamente as obrigações acessórias, citando como embasamento legal o art. 138 do CTN que trata da denúncia espontânea.

Presumo que com este pedido, o contribuinte pretende ver afastada a exigência de multa de mora, caso as suas compensações não sejam homologadas e os débitos nela confessados passem a ser exigíveis.

Não há como concordar com este entendimento. A partir do momento em que não se reconhece seu crédito, os débitos passam a ser exigíveis desde o seu vencimento, incidindo a multa de mora pela falta de seu pagamento, na mesma condição de todos os demais débitos tributários que foram declarados e não pagos. Veja o que dispõe o art. 61 da Lei nº 9.430/96:

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, **não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora**, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)*

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a

partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

O contribuinte alega que em havendo confessado seus débitos por meio de suas declarações de compensação estaria amparado pela denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN, *in verbis*:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito resta claro que a denúncia espontânea só é válida se vier acompanhada do pagamento do tributo. No presente caso apesar do contribuinte ter confessado o débito por meio das declarações de compensação, esta confissão não veio acompanhada do pagamento e sim de uma pretensa compensação que dependerá sempre de sua homologação posterior, expressa ou tácita.

Pagamento e compensação são formas distintas de extinção do crédito tributário, pois para o pagamento a extinção do crédito tributário não está vinculada a nenhuma condição e o art. 74, § 2º da Lei nº 9.430/96 estabelece que a compensação extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Assim, diante do exposto, voto em negar provimento ao recurso voluntário.

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator