



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10660.005378/2007-64
Recurso nº 156.994 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 203-13.716
Sessão de 04 de dezembro de 2008
Recorrente Cooper Standard Automotive Brasil Sealing Ltda.
Recorrida DRJ-Juiz de Fora/MG

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre constitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL.

Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton César Cordeiro de Miranda.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 28.01.09

Mariide Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

O interessado apresentou pedido de restituição de COFINS dos períodos de 07/2004 a 09/2007, alegando que os pagamentos foram efetuados a maior devido ao alargamento da base de cálculo pela não exclusão do ICMS (fls. 01 a 78);

A DRF-Varginha/MG emitiu Despacho Decisório, no qual não reconhece o direito creditório, sob o fundamento de legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS (fls. 138 a 141);

A empresa apresenta Manifestação de Inconformidade (fls. 144 a 188), na qual alega que o STF vem decidindo que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da COFINS e que a Administração Pública Federal deve cumprir tais decisões à luz dos Decretos 2.346/1997 e 3.001/1999.

Por intermédio do Acórdão nº 09-18963, de 03/03/2008, às fls. 201/205, a DRJ de Juiz de Fora negou provimento à manifestação de inconformidade do contribuinte, com a seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

COFINS

As exclusões admitidas na base de cálculo da contribuição somente são aquelas expressamente listadas em lei em enumeração do tipo numerus clausus.

Solicitação Indeferida

Descontente com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo protocolou o recurso voluntário de fls. 208/224, argumentando, em síntese, que:

A expressão faturamento caracteriza-se como toda receita auferida pelo contribuinte mediante a consecução de sua atividade, através da venda de mercadoria ou prestação de serviço. Considerando que a receita contempla o faturamento, verifica-se que o plexo de incidência do faturamento é mais restrito que receita e que receita não pode ser considerado ingresso. Pois bem, nessa linha, a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS se impõe, pois o seu valor não é abrangido pelo conceito de faturamento, sendo o ICMS receita do Erário Estadual. Assim, o valor do ICMS destacado na nota fiscal para simples registro contábil-fiscal, não deve ser incluído na base de cálculo da COFINS.

Termina sua peça recursal requerendo o provimento do recurso voluntário.

É o relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 28 / 01 / 09

Márcio Cucino de Oliveira
Mat. Siape 91650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>28 / 01 / 09</u>
<i>[Signature]</i> Mariide Cursio de Oliveira Mat. Siape 91650

CC02/C03
Fls. 248

Voto

Conselheiro GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Relator.

A impugnação foi apresentada com observância do prazo previsto, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dela tomo conhecimento e passo a apreciar.

Compulsando os autos, verifica-se que a pedra angular do litígio posto nos autos restringe-se em analisar a constitucionalidade da inclusão do ICMS na Base de Cálculo da COFINS.

Preliminamente, cumpre assinalar que os Órgãos Judicantes do Poder Executivo não tem competência para apreciar a conformidade de lei, validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente previsto, com preceitos emanados da própria Constituição Federal ou mesmo de outras leis, a ponto de declarar-lhe a nulidade ou inaplicabilidade ao caso expressamente previsto, haja vista tratar-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário.

Compete a esses órgãos tão-somente o controle de legalidade dos atos administrativos, consistente em examinar a adequação dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, zelando, assim, pelo seu fiel cumprimento.

Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da constitucionalidade e/ou invalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O Órgão Administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal, passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

Noutro giro, não se pode olvidar que está encartado no artigo 53 da Portaria nº 147, de 25 de junho de 2007, que “As decisões unânimes, reiteradas e uniformes dos Conselhos serão consubstanciadas em súmulas de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho”.

A matéria pertinente a este caso já foi objeto de Súmula pelo Segundo Conselho de Contribuinte, *in verbis*:

SÚMULA Nº 02

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de legislação tributária.

Saliente-se, todavia, que, sobre a exclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, este Segundo Conselho de Contribuintes já se manifestou em reiterados julgamentos, conforme ementas que a seguir destacam-se:

COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. O ICMS compõe o faturamento da empresa, não existindo previsão legal que possibilite sua exclusão legal da base de cálculo para a Cofins, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº REsp

Brasília, 28 / 01 / 09

oef

Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

CC02/C03
Fls. 249

152.736/SP, com acórdão publicado no DJU, Seção I, de 16/02/98. **EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Não há previsão legal para excluir da base de cálculo da Cofins a parcela do ICMS cobrada pelo intermediário (contribuinte substituído) da cadeia de substituição tributária do comerciante varejista. O ICMS integra o preço da venda da mercadoria, e, estando agregado ao mesmo, inclui-se na receita bruta ou faturamento.

Recurso negado.

(Acórdão nº 202-16994, sessão de 28/03/2006, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda)

COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. **BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91.**

Recurso ao qual se nega provimento.

(Acórdão nº 203-08745, sessão de 18/03/2003, Relatora Maria Teresa Martínez López)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. **MATÉRIA CONSTITUCIONAL** - É vedado aos tribunais administrativos apreciar a constitucionalidade ou legalidade dos atos legais regularmente editados pelo Poder Legislativo. **ENCARGOS LEGAIS** - Não há como contestar sua cobrança, quando constituídos de acordo com as normas legais que regem a matéria.

Recurso negado

(Acórdão nº 203-09618, sessão de 15/06/2004, Relator Valdemar Ludvig)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº. 07/70. **MULTA** - Reduz-se a penalidade aplicada, por força do art. 106, inciso II, do CTN, c/c o art. 44, inciso I, da Lei nr. 9.430/96.

Recurso provido em parte.

(Acórdão nº 201-71269, sessão de 09/12/1997, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho)

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso negado.

(Acórdão nº 204-01837, sessão de 18/10/2006, Relator Jorge Freire)

Por derradeiro, não se pode olvidar que a estrita vinculação legal da atividade administrativa não permite o afastamento de lei e a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, cobrado na condição de contribuinte, depende de expressa previsão legal, a qual não existe, razão pela qual o imposto (ICMS) apurado não é dedutível.

Ratificando esse entendimento, aduzo parte do Acórdão nº 203-08574, de 3 de dezembro de 2002, *in verbis*:

(...)

A base de cálculo da COFINS está estabelecida no art. 2º da LC nº 7/70 e posteriormente a Lei nº 9.718/98, arts. 2º e 3º.

Em tais dispositivos não estão contempladas as exclusões pretendidas pela Recorrente (ICMS e preço líquido), exceto as devoluções.

No que pertine ao ICMS normal, tal parcela integra a base de cálculo de contribuição sendo, inclusive objeto da Súmula nº 68 do STJ.

Quanto à base de cálculo, é a mesma e o faturamento é o definido na legislação citada e não o preço líquido como afirma a recorrente.

(...)

Desta forma não há como subsistir a exclusão do ICMS pleiteada pelo contribuinte, de forma que por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2008

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE	CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 28.01.09	
	
Marilde Curyino de Oliveira Mat. Slape 91650	