



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

Processo n° 10665.003100/2008-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-001.661 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de julho de 2014
Matéria COFINS
Recorrente SANTOS & DIAS CARVOEJAMENTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/2004 a 30/06/2008

EXCLUSÃO DE BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Os valores correspondentes ao ICMS e ao ISS, por expressa falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VIA IMPRÓPRIA.

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, exceto nos casos previstos em lei. Não havendo a subsunção dos fatos concretos aos casos excepcionais previstos em lei, aplica-se a regra geral já sumulada no âmbito do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

DANIEL MARIZ GUDIÑO - Relator.

EDITADO EM: 05/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Daniel Mariz Gudiño, Winderley Moraes Pereira e Carlos Alberto Nascimento e Silva. Ausente temporariamente a Conselheira Ana Clarissa Masuko Araújo.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a data da prolação do acórdão recorrido, transcrevo abaixo o relatório do órgão julgador de 1ª instância, incluindo, em seguida, as razões dos recurso voluntário apresentado pela Recorrente:

O contribuinte acima identificado apresenta manifestação de inconformidade (fls. 32/44) contra o despacho decisório de fls.29/30, que indeferiu seus pedidos de restituição de fls. 01, 08 e 14 relativos à Cofins, não homologando a compensação vinculada, nos termos resumidos a seguir.

Narrando os fatos considerados pela repartição na formalização do presente processo, propugna pela exclusão tanto do ISSQN (tributo municipal) quanto do ICMS da base de cálculo da contribuição, por juridicamente não poderem ser incluídos em nenhum dos conceitos correspondentes ao faturamento ou à receita, a exemplo do entendimento exarado pelo STF, em face de sua indevida e inconstitucional inclusão, uma vez que não guardam relação com o faturamento, tratando-se de receita pertencente ao erário, com afronta ao art. 110 do CTN.

Em relação ao pedido de fl. 14, defende o reconhecimento de seu direito restituição uma vez que as leis editadas feriram o preceito contido no art. 150, § 7º da Constituição Federal, e o disposto no art. 110 do CTN, porquanto a extinção do regime de substituição tributária pelas distribuidoras e refinarias de petróleo e a criação do regime monofásico com a manutenção da mesma carga tributária prejudicaram o contribuinte, porque no preço dos combustíveis adquiridos diretamente das distribuidoras encontra-se embutido o mesmo encargo tributário, sem que haja a possibilidade de devolução ao contribuinte do dinheiro arrecadado mediante operação de venda inexistente.

Requerendo a atualização do crédito tributário pela Selic, propugna pela procedência da manifestação de inconformidade. Eis o essencial.

Na decisão de primeira instância, proferida na Sessão de Julgamento de 04/10/2010, a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (MG) julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, conforme Acórdão nº 02-28.851 (fls. 64/68):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/2004 a 30/06/2008

Os valores correspondentes ao ICMS e ao ISSQN, por expressa falta de previsão legal, não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

A arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A Recorrente foi cientificada do teor do acórdão por intimação postal em 08/11/2010 (fl. 69-v), tendo protocolado seu recurso voluntário em 30/11/2010 (fls. 72/84), o qual, em síntese, reitera os argumentos já defendidos em sua manifestação de inconformidade apenas no tocante à inclusão do Imposto Sobre Serviços – ISS e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS da base de cálculo da Cofins, bem como ao direito de o seu crédito ser atualizado com base na Taxa Selic.

O recurso voluntário foi expedido para este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e posteriormente distribuído ao presente colegiado, que, em atenção ao art. 62-A do Anexo II do seu Regimento Interno, houve por bem sobrestar o presente processo até que fosse proferido julgamento de mérito nos Recursos Extraordinários nº 592.616 e nº 574.706, nos quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dos temas da inclusão do ISS e do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Esse sobrestamento foi objeto da Resolução nº 3201-000.335, de 17/07/2012.

Contudo, com o advento da Portaria MF nº 545, de 2013, o art. 62-A do Anexo I do RICARF foi revogado, e, portanto, os julgamentos sobrestados devem ser concluídos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño

O recurso voluntário atende os pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações posteriores, razão pela qual deve ser conhecido.

O cerne da discussão consiste em saber se devem ser excluídos da base de cálculo da Cofins os valores relativos a ISS e ICMS. Além disso, há o pleito de atualização dos créditos restituíveis com base na Taxa Selic.

Sobre a exclusão do ISS e do ICMS da base de cálculo da Cofins, como já relatado, o tema é objeto de repercussão geral já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como casos-paradigma os Recursos Extraordinários nº 592.616 (ISS) e nº 574.706 (ICMS). Confirmam-se as ementas:

Ementa: Direito Tributário. ISS. Inclusão na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Conceito de faturamento. Existência de repercussão geral.

(RE 592616 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 09/10/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-11 PP-02120)

Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 24/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-10 PP-02174)

A despeito disso, ainda não há uma decisão definitiva proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que permita excluir o ISS e o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins a teor do que dispõe o art. 26-A, § 6º, do Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações posteriores, a saber:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

É importante ressaltar que esse dispositivo legal foi reproduzido no art. 62 do Anexo II do RICARF, reforçando a vinculação dos seus conselheiros.

Com efeito, por mais que possa parecer incoerente a interpretação segundo a qual o valor do ISS e do ICMS repassado ao consumidor final compõe o faturamento da Recorrente, não é possível criar exclusões de base de cálculo à margem da legislação. Se tais valores compõem o preço do serviço e/ou da mercadoria, é inegável que há uma relação direta com o faturamento do prestador de serviço e/ou do comerciante.

Cumprido esclarecer que, no âmbito do CARF, há ainda uma súmula sobre o assunto, a saber:

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

Por todos esses fundamentos, vê-se que a decisão recorrida deve ser mantida neste particular.

Quanto ao pedido de aplicação da Taxa Selic para atualização do crédito da Recorrente, trata-se de um consectário da própria existência do crédito, que, como visto, não há.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo integralmente a decisão recorrida.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Daniel Mariz Gudiño - Relator