



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10830.001135/2007-58
Recurso nº 152.968 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão nº 203-13.613
Sessão de 02 de dezembro de 2008
Recorrente Supermercado Jardim dos Calegaris Ltda.
Recorrida DRJ-Campinas/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

Ementa: O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade 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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI - O juízo sobre inconstitucionalidade 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.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 05 / 02 / 09

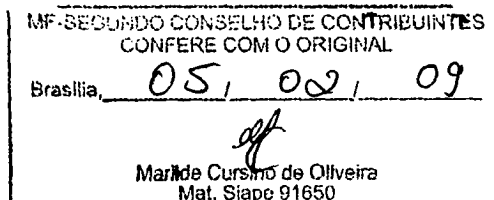
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Siage 91650

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, 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 Cesar Cordeiro de Miranda.



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*:

Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 1, protocolado em 09/03/2007, no valor de R\$ 1.432.246,55, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição ao Programa de Integração Social – PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativos aos períodos de apuração de janeiro/2002 a janeiro/2007, conforme planilha de cálculo às fls. 18/19. A contribuinte justifica seu pleito no fato de que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 240.785-2 MG, vem reconhecendo, por maioria, que a Cofins só pode incidir sobre o faturamento, que é o somatório dos valores das operações realizadas, não se incluindo aí o ICMS.

A DRF em Campinas emitiu o Despacho Decisório de fls. 1107/1109, indeferindo o pedido de restituição e não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, sob a fundamentação de que, inexistindo pronunciamento oficial da Suprema Corte, não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade de lei e, por outro lado, a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Cientificada do indeferimento de seu pleito em 30/05/2007 (fl. 1111), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 14/06/2007 (fls. 1112/1137), na qual alega:

a) a decisão hostilizada não enfrentou a questão como deveria. Ou seja, na venda das mercadorias que estão no regime normal de apuração do PIS e da Cofins, ou seja, alíquotas de 1,65% e 7,6% no regime não-cumulativo, e nas quais a Recorrente também no regime normal de apuração do ICMS, atribui pela sistemática adotada como incluso na base de cálculo o tributo estadual no tributo federal, em verdadeira bi-tributação, vedada pelo artigo 154 da Magna Carta, já que tanto o Decreto Lei 406/68, em seu artigo 2º, § 7º, que deu azo as Súmulas nºs 94 e 68 do STJ, autorizando a esdrúxula inclusão, não encontramos nenhuma lei que diga expressamente que está autorizada a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins;

b) tanto as Leis Complementares 7/70, 70/91 nunca atribuíram que o ICMS deveria ser incluído na base de cálculo, já que apenas aludiam ao faturamento. Nem tão pouco as Leis Ordinárias 10.637/02 e 10.833/03 aludem que deva ser incluído expressamente o ICMS por entender ser uma receita derivada ou que componha o faturamento da Recorrente, sendo, como repetimos, uma construção jurisprudencial de décadas, que acabou se transformando num dogma difícil de ser entendido pelo empresariado, pois ninguém ‘fatura ICMS’;

1º-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 05, 02, 09

Marilda Gursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05, 02, 09
Marilde Cursino da Oliveira
Mat. SIAPE 91651

c) o simples fato de o Estado utilizar a estrutura contábil da Recorrente, ou da cadeia produtiva da qual é integrante, para que arrecade o ICMS, que é devido sempre pelo consumidor final, ao qual não se atribui a responsabilidade pela entrega 'as burras' estatais do valor arrecadado, que é feito pela Recorrente ou pelas empresas substitutas da exação, conforme legislação estadual de regência não pode levar ao disparate de se entender que PIS e Cofins incidem sobre esta 'receita' derivada;

d) em boa hora o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que conta já com a maioria dos Ilustres Ministros, votando pela inconstitucionalidade da referida inclusão na base de cálculo do PIS e da Cofins do ICMS, entendendo que não se pode compreender no conceito de faturamento o tributo estadual, que é arrecadado e ou suportado pela Recorrente, ou pago por substituição pela mesma, em favor do Estado Federado, não gerando qualquer riqueza que possa ser tributável;

e) importante registrar que em momento algum o Despacho Decisório fez menção à dita decisão da Suprema Corte, demonstrando então a fragilidade de seu conteúdo;

f) a decisão do Supremo Tribunal faz letra viva do princípio constitucional de não se utilizar o tributo com efeito de confisco, que seria sua cobrança sem causa jurídica válida, ou sobre bases impositivas que não representam riqueza, e dest'arte, atentando contra a capacidade contributiva da Impetrante, o que é vedado pelos artigos 150, IV, c/c 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (*a contribuinte cita a íntegra do voto do Ministro Marco Aurélio no RE nº 240.785-2 MG*);

g) nos variados serviços que presta, e sobre os quais incide o ISS de competência municipal, há de se estender à compreensão dada pelo STF quanto ao ICMS, para que o mesmo se trasladado ao consumidor final com destaque na Nota Fiscal de Serviços não seja incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins, pelos fundamentos acima declinados;

tem legitimidade para pedir a restituição, conforme jurisprudência do STJ;

h) tem direito à atualização monetária de seus créditos.

Por intermédio do Acórdão nº 05-19.894, de 30/10/2007, às fls. 1.141/1144, a DRJ de Campinas negou provimento à manifestação de inconformidade do contribuinte, com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ICMS. Base de Cálculo.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins e do PIS.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/01/2007

ICMS. Base de Cálculo.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins e do PIS.

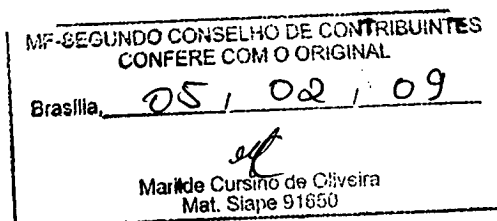
Solicitação Indeferida

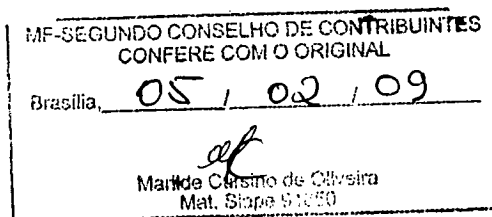
Descontente com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo protocolou o recurso voluntário de fls. 1.146/1. 174, argumentando, em síntese, que:

- a) A contagem do prazo para um eventual pedido de repetição do indébito é de cinco anos contados da homologação tácita do pagamento, isto é, cinco anos após o pagamento opera-se a homologação do lançamento de forma tácita, e daí, começa a fluir o prazo de contagem da prescrição/decadência;*
- b) Efetuiu recolhimentos indevidos em decorrência da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme demonstrado pelos documentos e planilhas anexas, tendo em vista que essa base de cálculo não pode extravasar, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar.*

Termina sua peça recursal requerendo o provimento do recurso voluntário.

É o relatório.





Voto

Conselheiro GILSON MACEDO ROSENBERG 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.

DECADÊNCIA

O contribuinte entende que prazo decadencial para repetir o indébito nos casos de tributo sujeito ao lançamento por homologação é de dez anos. Pela sua sistemática, os cinco anos só poderiam começar a fluir após a homologação tácita do lançamento tributário, que se opera após cinco anos do fato gerador. Esta afirmação não encontra embasamento legal, como passarei a demonstrar:

Cabe observar que dentro do sistema jurídico tributário, como definido no Código Tributário Nacional, inexistente base legal para que se estabeleça um novo prazo para os pedidos de restituição, mesmo que o pagamento tenha sido considerado indevido por interpretação superveniente.

A arrecadação que por cinco anos não foi objeto de demanda restitutória não mais pode ser restituída. É o que determina o art. 168, I, do CTN sem que haja qualquer exceção a essa regra. O art. 165 do CTN reconhece o direito à repetição do indébito, todavia este direito deve ser exercido no prazo assinalado pelo art. 168 do mesmo diploma legal.

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 168 - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Em relação à decadência, devemos notar que as normas processuais, ao fixarem os prazos que limitam o direito de ação, são essenciais à segurança jurídica, pois delimitam o

A large, stylized handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 05, 02, 09  Marilde Cursino de Oliveira Mat. Siape 91850
--

período em que se pode validamente questionar um direito. Pelo conteúdo ser puramente formal, essas normas exigem, para a sua aplicação, a mera constatação da ocorrência, no mundo real, do transcurso ou não deste prazo. Como delimitam o campo em que se admite o direito de ação, constatando-se o transcurso do prazo em que se extingue este direito, não se pode admitir em juízo argumentos casuísticos que venham a questionar se este prazo é justo ou não. Do contrário, estar-se-ia ameaçando o direito investido no outro pólo da relação jurídica, que se encontra garantido exatamente pelo transcurso deste prazo.

Esgotando-se o prazo legal, extingue-se o direito de pleitear a restituição, ainda que o pagamento tenha sido materialmente indevido. Assim, o contribuinte não mais o poderá reaver, se não pleitear a sua restituição dentro do prazo, sem que isto represente um enriquecimento ilícito do Erário. A lei não distingue entre as possíveis formas de pagamento indevido para estabelecer prazos distintos para o pedido de restituição; conseqüentemente, não cabe fazer esta distinção com base em argumentações estranhas à norma.

Desta forma, existindo norma legal conferindo ao contribuinte o direito de pleitear a restituição de que trata o presente processo, e extinguindo-se esse direito no prazo de cinco anos, como previsto na legislação retrocitada, não cabe considerá-lo de outra forma, até mesmo em face das restrições impostas à autoridade administrativa para aplicação de seu poder discricionário em matéria explicitamente legislada.

Considerando que o prazo para o pedido de restituição está definido no art.168, I, do Código Tributário Nacional – CTN, como exposto, para um melhor enfoque do assunto é interessante ser notado, nesta altura, que a exação em exame é contribuição sujeita a lançamento por homologação, pois cabe ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. Desse modo, cumpre esclarecer em que data deve-se considerar extinto o crédito tributário no caso do lançamento por homologação. A solução está contida de forma clara no § 1º do artigo 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

Para melhor compreender o significado desse dispositivo, cito a lúcida lição de ALBERTO XAVIER:

“... a condição resolutiva permite a eficácia imediata do ato jurídico, ao contrário da condição suspensiva, que opera o diferimento dessa eficácia. Dispõe o artigo 119 do Código Civil que “se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, manifestada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe”. Ora, sendo a eficácia do pagamento efetuado pelo contribuinte imediata, imediato é o seu efeito liberatório, imediato é o efeito extintivo, imediata é a extinção



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	05 / 02 / 09
	
Marilda Cursino de Oliveira	
Mat. SIAPE 91650	

definitiva do crédito. O que na figura da condição resolutiva sucede é que a eficácia entretanto produzida pode ser destruída com efeitos retroativos se a condição se implementar. (Do Lançamento, Teoria Geral do Ato e do Processo Tributário", Editora Forense, 1998, pags. 98/99).

O pagamento antecipado, portanto, extingue o crédito tributário e é a partir da sua data que se conta o prazo de cinco anos; o crédito é extinto quando ocorre a antecipação do seu pagamento, sob condição resolutória, consoante art. 150, parágrafo 1º, do. Código Tributário Nacional – CTN.

Registra o mestre ALIOMAR BALEEIRO (Direito Tributário Brasileiro, 10a ed., Forense, Rio, 1.993, p. 570) que o prazo de que cuida o art. 168 do CTN é de decadência; essa realidade criada pelo direito – a decadência – que dá ao tempo o condão de aperfeiçoar as relações, garantindo que, com o decurso de prazo, as situações tornem-se definitivas.

Nessa linha, a Lei Complementar no 118, de 09 de fevereiro de 2005, estabelece:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1o do art. 150 da referida Lei.

Note-se que o art. 106, I, do CTN, mencionado no art. 4º da LC nº 118/05, dispõe que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando seja expressamente interpretativa.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Por ser de caráter interpretativo, o dispositivo acima se aplica a fato pretérito, como se depreende da leitura do art. 106 do CTN:

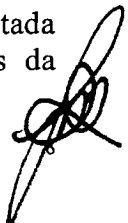
*Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:
I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

Por derradeiro, constata-se que o direito a um eventual processo de repetição de indébito, que tenha como objeto os recolhimentos efetuados antes de 09/03/2003, ou seja, a mais de cinco anos da data do pedido administrativo, estará irremediavelmente atingido pela decadência.

ICMS e ISS - Base de Cálculo do PIS e da COFINS

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

Preliminarmente, 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



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	05 / 02 / 09
 Marilde Cursino de Oliveira Mat. Siape 91650	

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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade de legislação tributária.

Ad argumentandum tantum, merece ser colacionado a título de doutrina o Acórdão nº 201-79.671 do Conselheiro Mauricio Taveira e Silva que enfrenta o assunto da exclusão do ICMS da Base de cálculo do PIS da seguinte forma:

Ao longo do tempo o PIS foi regido pelas seguintes legislações: para os fatos geradores ocorridos até 29/02/1996, a LC nº 7/70 e alterações posteriores; até 31 de janeiro de 1999, a MP nº 1.212/95, convalidada pela Lei nº 9.715/98; posteriormente, a partir de 01/02/99, pela Lei nº 9718/98 com as alterações promovidas pela MP nº 1.807/99 e suas reedições, as quais formam a legislação base dessa contribuição.

De acordo com os diplomas legais citados, a base de cálculo do PIS, para os fatos geradores ocorridos até 29/02/1996, foi o faturamento correspondente a vendas de mercadorias e serviços; a partir de 01/03/1996 até 31/01/1999, a receita bruta das vendas de mercadorias e de serviços; e a partir de 01/02/1999, a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, deduzidos o IPI, as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Dentre as deduções não se verifica a permissão para exclusão do ICMS incluído no preço de venda.

Apenas o ICMS retido na condição de substituto tributário pode ser excluído da base de cálculo, consoante o art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98, o que não se aplica ao presente caso.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	05, 02, 09
	
Marilde Cursino de Oliveira Mat. Siapex 91650	

Registre-se que o faturamento inclui todas as receitas de vendas e o ICMS faz parte dessa receita, por integrar o preço de vendas das mercadorias, integrando também a receita bruta, por ter um conceito ainda mais amplo.

Ademais o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou a respeito, através da Súmula nº 68, consignando: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS."

Saliente-se 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 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.

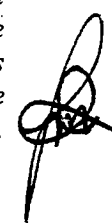
(Acórdão nº 202-16994, sessão de 28/03/2006, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda)

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.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	05 / 02 / 09
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. Siape 91650	

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. 2 da Lei Complementar nr. 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 fim, não se pode olvidar que a estrita vinculação legal da atividade administrativa não permite o afastamento de lei e a exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, cobrado na condição de contribuinte, depende de expressa previsão legal, a qual não existe, razão pela qual o imposto 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.

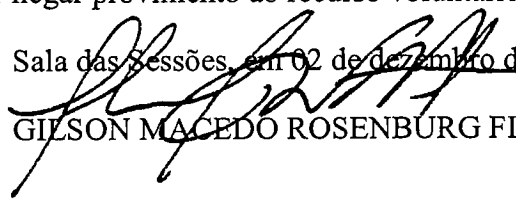
Em tais dispositivos não estão contempladas as exclusões pretendidas pela Recorrente (ICMS e preço líquido), exceto as devoluções.

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 as exclusões pleiteadas pelo contribuinte, de forma que por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO