



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

Processo nº 10830.005922/2006-98
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.548 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de março de 2014
Matéria PIS E COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente STAMP SPUMAS - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FITAS E PEÇAS
TÉCNICAS DE ESPUMAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/2001 a 30/09/2006

BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Recurso Voluntário Negado.

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 voto do Relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 31/03/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto e Mara Cristina Sifuentes.

Relatório

No dia 14/11/2006 a empresa STAMP SPUMAS - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FITAS E PEÇAS TÉCNICAS DE ESPUMAS LTDA. ingressou com o Pedido de Restituição de Cofins, relativo a pagamentos efetuados dos período de apuração de novembro de 2001 a setembro de 2006, alegando a inclusão indevida do ICMS na base de cálculo das exações.

A DRF em Campinas - SP indeferiu o pedido da recorrente, alegando a inexistência de previsão legal para excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins, integrante do faturamento da empresa, conforme Despacho Decisório de fls. 152/156.

Ciente da decisão, a empresa interessada ingressou com Manifestação de Inconformidade, cujas razões foram sintetizadas pela decisão recorrida nos seguintes termos:

Conforme se depreende do texto da Lei Complementar nº 70/91, a COFINS foi criada com fundamento no artigo 195, inciso I da Constituição Federal (anterior a EC nº 20/98), incidindo sobre o faturamento das empresas e, ao contrário do que ocorre com o IPI, sua base de cálculo incluiu o ICMS devido aos Estados e ao Distrito Federal.

Com efeito, a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é flagrantemente inconstitucional, haja vista que o mesmo não se enquadra no conceito de faturamento que tem sua definição tragada inclusive pelo E. Supremo Tribunal Federal.

O E. Supremo Tribunal Federal julgou que, faturamento, de que trata o artigo 195, inciso I, da constituição, como sendo sempre a receita de venda, ou de mercadorias, ou de serviços, não se inserindo no conceito de faturamento o ICMS, que corresponde a uma parcela devida aos Estados e Distrito Federal, que tem a natureza de "receita" que transita pelo patrimônio do contribuinte, sem, contudo, pertencer-lhe.

Ora, se faturamento nada mais é do que a "receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza" pertencente ao contribuinte, fica evidenciado que o ICMS não se enquadra no conceito de faturamento, devendo, portanto ser excluído da base de cálculo da COFINS.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio do Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 240.785 - SP, manifestou-se pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS sob o fundamento de que "se alguém fatura ICMS é o Estado, não o vendedor da mercadoria".

Desse modo, a decisão recorrida ao entender "não ser possível ao interessado usufruir de suposta declaração de inconstitucionalidade a ser obtida por terceiros na vida indireta", referindo-se ao RE 240.785/MG, não merece

*prosperar, pois não se trata de "usufruir" da decisão proferida neste processo, trata-se de **RESPEITAR o posicionamento da Corte Suprema do país, a qual já demonstrou que o ICMS não se enquadra no CONCEITO DE FATURAMENTO!***

Além disso a contribuinte alega ainda que a lei que se aplica à Cofins é a Lei Complementar nº 70, de 1991, devendo ser afastados os efeitos da Lei nº 9.718, de 1998, em razão de sua inconstitucionalidade.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP indeferiu a solicitação da recorrente, nos termos do Acórdão nº 05-25.477, de 24/04/2009, cuja ementa segue abaixo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/2001 a 30/09/2006

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 06/07/2009, conforme AR de fl. 201, e, discordando da mesma, ingressou, no dia 27/07/2009, com Recurso Voluntário, no qual reprisa os argumentos da manifestação de inconformidade e contesta a decisão de não apreciar os argumentos de inconstitucionalidade.

Na forma regimental, o Recurso Voluntário foi distribuído para relatar e, por força da determinação contida no art. 62-A, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/09), o seu julgamento foi sobrestado, nos termos do Despacho nº 3302-068, de 23/07/2012. Com a revogação do referido dispositivo regimental (Portaria MF nº 545/13), o Recurso Voluntário foi sorteado para relatar e, agora, volta à pauta de julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece.

Como relatado, a empresa Recorrente está pleiteando a restituição de Cofins cujo pagamento considera indevido em face da inclusão do ICMS na base de cálculo da exação.

Quanto aos argumentos de inconstitucionalidade suscitados pela Recorrente e não apreciados pela decisão recorrida, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em sessão realizada no dia 08/12/2009, decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (*Constituição Federal*, art. 102, I, “a” e III, “b”, art. 103, § 2º; *Emenda Constitucional nº 3/1993*). Tal decisão resultou na edição da Súmula nº 2, abaixo reproduzida, cuja adoção é obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do § 4º do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹:

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

Relativamente ao mérito, o ICMS integra a base de cálculo da Cofins, conforme previsto na Lei Complementar nº 70/1991 e nas Leis Ordinárias nº 9.715/98, 9.718/1998 e 10.833/03. A previsão legal de exclusão da receita bruta para fins de determinação da base de cálculo das contribuições contempla o ICMS apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário (art.3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/1998).

Assim sendo, a alegação da recorrente de que o valor do ICMS não integra o conceito de faturamento, para fins de inclusão na base de cálculo da Cofins, não tem respaldo na legislação, não existindo nenhuma determinação legal que autorize tal exclusão. Correto está o acórdão recorrido porque o ICMS, por ser um imposto indireto e com mecanismo de cálculo por dentro, contemplando o seu próprio montante em sua base de cálculo, agrega-se ao preço do produto, integrando também o faturamento. E como tal, há necessidade de expressa previsão legal para a sua exclusão da base de cálculo da Cofins.

Por obvio, as ações judiciais em curso no STF não podem ser aplicadas pelo CARF. Inexiste decisão do STF, cuja aplicação seja obrigatória por parte do CARF (art. 62-A do Regimento Interno), que contemple a pretensão da Recorrente.

Por fim, ratifico e, supletivamente, adoto os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999²).

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

[...]

§ 4º As súmulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF.

² Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Processo nº 10830.005922/2006-98
Acórdão n.º **3302-002.548**

S3-C3T2
Fl. 6

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator