



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

Processo nº 10860.904989/2009-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3801-002.107 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 25 de setembro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS
Recorrente MARCPELZER PLASTICS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/07/2005

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

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

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não sobrestar o processo e, por unanimidade de votos, no mérito, em NEGAR PROVIMENTO recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

Processo nº 10860.904989/2009-01
Acórdão n.º **3801-002.107**

S3-TE01
Fl. 3

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antônio Borges, Raquel Motta Brandão Minatel, Neudson Cavalcante Albuquerque e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão nº 05-38.480, de 25 de julho de 2012, da 8ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campinas (DRJ/CPS), referente ao processo administrativo nº 10860.904989/2009-01, em que foi julgada improcedente a impugnação apresentada, sendo considerado procedente o auto de lançamento.

Nos autos verifica-se que não foram homologados os créditos, tendo em vista que já haviam sido integralmente utilizados para quitação do débito do contribuinte, dessa forma para bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ/CPS, que assim relatou os autos:

Trata-se de Despacho Decisório que não homologou Declaração de Compensação eletrônica.

Na fundamentação do ato, consta:

Cientificada, a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade alegando, em síntese, o seguinte:

(...)

II — CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTE DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS — POSSIBILIDADE (...)

(...)

(...)

é oportuno frisar que na antiga base de cálculo da contribuição relativa a ao COFINS e ao PIS, que era o faturamento, integrava-se também, segundo entendimento do Fisco, o montante devido a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, doravante denominada ICMS, de maneira indevida, pois tornava sua incidência inconstitucional, até o advento da Emenda nº 20/98, afrontando, sobremaneira, o princípio constitucional da capacidade contributiva (artigo 145, § 1.º da Constituição Federal), posto que sua incidência atingia montante que não correspondia a sua verdadeira base de cálculo e, principalmente, o antigo conceito constitucional de faturamento (art. 195, I, b). Após fazer análise da legislação sobre o assunto, a manifestante conclui:

De qualquer forma, como se constata pela análise das mudanças operada, sistemática imposta. às contribuições COFINS e PIS pela aludida novel legislação, tanto na seara constitucional como

na infraconstitucional, não houve nenhuma modificação atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição.

(...)

A sistemática do PIS e da COFINS, ora atacada, autoriza a cobrança de tributo sobre o faturamento ou receita, acrescido de valor não caracterizado deste, o que viola a verdadeira capacidade da empresa Peticionária em contribuir com a mencionada contribuição.

Ora as empresas não faturam impostos, a base de cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social, não pode ser por eles integrada, sob pena inclusive, vulnerar-se o princípio da capacidade contributiva (art. 145 § 1.º da Constituição Federal).

(...)

O ICMS não é receita nem tampouco faturamento da empresa contribuinte. Sendo assim, a COFINS e o PIS não devem incidir sobre este imposto. Caso entenda-se o contrário, que o tributo deva incidir sobre o ICMS, a COFINS e o PIS passariam a financiar a Seguridade Social, também por meio do ICMS. Ora, não é esta a intenção do legislador.

(...)

Assim, não pode haver a incidência de COFINS e PIS sobre o ICMS, uma vez que a base de cálculo destas duas contribuições é o faturamento.

(...)

Por outro lado, caso se entenda que o faturamento engloba o valor total do que consta na fatura de venda de mercadoria, o IPI, na hipótese de venda de produto industrializado por empresa industrial, será também "faturado" ao comprador, mas a evidência não é receita da Empresa e sim da União. Não há lógica excluir o IPI, no caso, do conceito de faturamento e não fazer o mesmo com o ICMS (...)

(...)

Diante do exposto, identifica-se que o tema tratado circunda a base de cálculo o PS/COFINS, o montante ou expressão numérica que sofrerá a aplicação de uma liquota, portanto, pode-se concluir que, após a decisão prolatada nos autos do Recurso Especial n. 240.785, a base de cálculo do PIS/COFINS (faturamento ou receita) jamais poderá englobar receita ou faturamento de terceiros, sob pena estarmos esvaziando estrutura de arrecadação dos impostos.

(...)

Assim, o ICMS não pode integrar a base de cálculo da COFINS e do PIS, pois o conceito de faturamento não abarca o imposto de competência do Estado, sendo rendimento deste último e não do agente econômico, afinal, ninguém comercializa o imposto, ninguém fatura o imposto.

III— DA REPERCUSSÃO GERAL

Importante destacar que a matéria em questão que se refere à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, se encontra em repercussão geral no STF aguardando julgamento da ADC 18, d e relatoria do Min. Celso de Melo.

(...)

Isto posto, fica demonstrado que a matéria em questão é de cunho constitucional de abrangência geral, não devendo ter qualquer impedimento da RFB em conhecer da matéria em destaque.

IV - REQUERIMENTO

Isto posto, estando demonstrado os fundamentos que asseguram o direito da empresa contribuinte, requer: que sejam reunidos os processos administrativos destacados anteriormente uma vez evidenciados que tratam da mesma matéria com o objetivo de organização e de economia processual.

Que seja considerados os motivos do Pedido de reforma da Petição onária, seja reconsiderada a decisão prolatada nos presentes autos, a fim de deferir o pedido de restituição formulado pela Petição onária no que tange à demonstração dos valores pagos a maior, reconhecendo o seu direito à restituir no presente processo administrativo e homologar os respectivos pedidos de compensações. À fl. 31 consta pedido de desistência do processo, com a informação de que o débito em discussão foi incluído no Refis. Conforme documento de fl. 48, em 25/03/2010 foi recebida pela manifestante a Intimação Saort MCF nº 146/2010, com o seguinte teor:

1. Em atenção aos requerimentos, protocolados em 26/02/2010, nos quais requer a desistência de autos administrativos para a inclusão no parcelamento a Lei nº 10.941/2009, esclareço fazer-se necessário a correção do número do processo, devendo ser colocado o mesmo número das manifestações de inconformidades apresentadas em dezembro de 2009.

2. É facultada vista aos requerimentos, no órgão emitente, para representante legalmente habilitado, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento desta intimação, no horário das 08:30 às 12:00 horas.

A não correção do número não impedirá o julgamento da manifestação de inconformidade apresentada, ocasionando a não inclusão dos débitos no parcelamento.

Assim, entendeu a DRJ/CPS por conhecer a manifestação de inconformidade apresentada, por ser tempestiva e atender os demais pressupostos de admissibilidade.

Entretanto, ao analisar o mérito da manifestação de inconformidade, entendeu a DRJ/CPS por indeferir a solicitação, ratificando a decisão da DRF de origem, não reconhecendo o direito creditório e não homologando a compensação. A decisão restou com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/07/2005

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A contribuinte apresentou Recurso Voluntário, a fls. 64-72, postulando a reforma da decisão, por entender que o pedido de restituição de crédito tributário, oriundo da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, se mostra legítimo, comportando a compensação desses créditos com débitos de tributos federais.

Em sua fundamentação, fez a colação do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do RE 240.785-2, que foi acompanhado por outros cinco Ministros da Suprema Corte, onde este afirmou que o valor correspondente ao ICMS não têm natureza de faturamento ou receita e por isso não incide na base de cálculo da COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira.

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conhec[] o.

Tanto na manifestação de inconformidade apresentada, quanto no recurso voluntário interposto, a contribuinte manteve o argumento de que deveria ser excluído o ICMS da base de cálculo da COFINS.

Primeiramente, necessário destacar se há necessidade ou não de sobrestamento do processo. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República (ADC nº 18), deferiu, por maioria, medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF. (MC-ADC 18/DF, rel. Min. Menezes Direito, 13.8.2008)

Contudo, em sessão plenária do dia 4.2.2009, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, por maioria, prorrogar o prazo da decisão liminar concedida, nos termos do voto do relator. (QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Menezes Direito)

Após, em sessão plenária do dia 16.9.2009, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, por maioria, decidiu novamente por prorrogar o prazo da decisão liminar concedida. (2ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Menezes Direito)

Por fim, em sessão plenária do dia 25.03.2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello)

Deste modo, entende-se que após decorrido o prazo de 180 dias, a contar de 25.03.2010, perdeu a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. Assim, entende-se que não deve haver o sobrestamento da matéria.

Cumprе ressaltar inclusive que a presente Turma ao apreciar a mesma matéria (COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.) já se manifestou no sentido de não sobrestar o processo. Tal decisão ocorreu por unanimidade nos autos do processo administrativo nº 10950.003104/2010-71, de Relatoria do Conselheiro Jose Luiz Bordignon, em sessão de 27 de novembro de 2012, onde foi lavrado o acórdão nº 3801001.593. No referido acórdão, assim restou decidido:

“Acordam os membros do colegiado: (I) Por unanimidade de votos, não sobrestar o processo; (II) Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em relação às preliminares de cerceamento de defesa e de que o crédito tributário já sido

constituído pelo contribuinte; (III) Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à preliminar de vício do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Vencidos os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira que reconheciam a nulidade; (IV) Por unanimidade de votos, no mérito, negar provimento ao recurso.” (grifou-se)

Deste modo, entendo por não sobrestar o processo.

Analizando o mérito, verifica-se que a recorrente alega que a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS promovida pela Lei nº 9.718/98 violou dispositivos da Constituição Federal de 1988. Pretende, em suma, a inconstitucionalidade de lei tributária.

Portanto, pretendendo a contribuinte a inconstitucionalidade de lei tributária, necessário que seja aplicada ao presente caso a Súmula nº 2 do CARF, que assim dispõe:

SÚMULA Nº 2 do CARF: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por se tratar de matéria constitucional, não sendo competência deste Conselho a sua análise, encaminho voto por negar provimento ao mérito do recurso, consoante o que vem sendo julgado por este Conselho Neste sentido as seguintes ementas deste Conselho:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. Período de apuração: 01/09/2001 a 30/09/2001 PIS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. Sendo a base de cálculo da Cofins o faturamento, nele se incluindo todas as parcelas que o compõem, deve o ICMS integrá-la. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aplicação da Súmula CARF nº 2. Recurso Voluntário Negado. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (Acórdão nº 3302-000.745, julgado em 10/12/2010, grifou-se)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2005, 2006, 2007 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO. As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Anocalendário: 2005, 2006, 2007 MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será aplicada a multa de

ofício de 150%. ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Anocalendário: 2005, 2006, 2007 PIS/PASEP. COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO ISS E TPT. IMPOSSIBILIDADE. Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o IPI e o ICMS, quando cobrados pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. (Acórdão 1102-000.519, julgado em 03/10/2011, grifou-se)

Deste modo, encaminho o voto por negar provimento ao recurso voluntário, em razão deste Conselho não ser competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 2 do CARF).

Contudo, em que pese as considerações acima trazidas, necessário igualmente analisar o mérito do recurso, que vai de encontro com a jurisprudência dominante e sumulada do STJ.

Importante referir que o pedido da recorrente não possui respaldo no Superior Tribunal de Justiça, que já editou Súmula com o seguinte teor:

STJ Súmula nº 94 - 22/02/1994 - DJ 28.02.1994

ICMS - Base de Cálculo - FINSOCIAL

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Em igual sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região assim tem se manifestado:

EMENTA: PIS. COFINS. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE. Os encargos tributários integram a receita bruta e o faturamento da empresa. Seus valores são incluídos no preço da mercadoria ou no valor final da prestação do serviço. Por isso, são receitas próprias da contribuinte, não podendo ser excluídos do cálculo do PIS/COFINS, que têm, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo. É constitucional e legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, §2º, I, da Lei 9.718/98. (TRF4, AC 5008959-23.2010.404.7000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 12/09/2013)

Deste modo, entende-se que os encargos tributários integram a receita bruta e o faturamento da empresa. Assim, seus valores são incluídos no preço da mercadoria ou no

valor final da prestação do serviço. Diante disso, são receitas próprias da contribuinte, não podendo deixar de ser incluídos do cálculo da COFINS, que tem, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo.

Assim, incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Em face do exposto, encaminho o voto para não sobrestar o processo e **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira – Relator.