



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

Processo nº 10860.905003/2009-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3801-002.121 – 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: 01/09/2006 a 30/09/2006

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 10860.905003/2009-10
Acórdão n.º **3801-002.121**

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 05-38.392, de 11 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 10860.905003/2009-10, em que foi julgada improcedente a impugnação apresentada, sendo considerado procedente o auto de lançamento.

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, sob o fundamento de que embora localizado o pagamento que deu origem ao suposto crédito original de pagamento indevido ou a maior o mesmo estava à época do encontro de contas integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte não restando crédito disponível para a compensação dos débitos informados.

Notificada da decisão, a contribuinte apresentou manifestação de

Inconformidade alegando que o direito creditório aproveitado refere-se à contribuição paga sobre o ICMS levado à base de cálculo da contribuição. Argui que a base de cálculo da contribuição é o faturamento, ou seja, o produto da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Por se tratar de mero ingresso financeiro que será posteriormente destinado ao Fisco Estadual, o ICMS não se amolda ao conceito de faturamento, sendo inconstitucional a incidência de contribuição sobre esse tributo. Lembra que o alargamento da base de cálculo da contribuição nos termos de §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1988, foi repelido pelo Supremo Tribunal Federal e que o mesmo Tribunal vem decidindo contra a inclusão do ICMS na base de Cálculo das contribuições sociais.

Nestes termos, requer a homologação da compensação.

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: 01/09/2006 a 30/09/2006

Direito Creditório.Prova.

*Correto o despacho decisório que não homologou a
compensação*

*declarada pelo contribuinte por insuficiência de direito creditóri
o, tendo em vista que o recolhimento alegado como origem do
crédito estava alocado na quitação de débitos confessados.O
reconhecimento do direito creditório aproveitado em DCOMP
não Homologada requer a prova de sua existência e do
montante.Faltando ao conjunto probatório carreado aos autos
elementos que permitam a*

*verificação da existência de pagamento indevido ou a maior
frente à legislação tributária, o direito creditório não pode ser
admitido. Inconstitucionalidade. Instâncias
Administrativas.Competência.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância
da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes
para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e
ilegalidade, restringindo-se a*

*instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos
praticados pelos agentes do Fisco.*

Compensação. ICMS. Base de cálculo.

*O ICMS integra a base de cálculo da Contribuição para o
Financiamentoda Seguridade Social - Cofins e do PIS, não
havendo falar em direito creditório.*

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A contribuinte apresentou Recurso Voluntário, a fls. 62-70, 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[er] 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.

Analisando 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 por não sobrestar o processo e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira – Relator.