



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

Processo nº 10865.001602/2002-38
Recurso nº 235.690 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.478 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente AVICOMAVE INDÚSTRIA DE MÁQUINAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/1992 a 31/12/2000

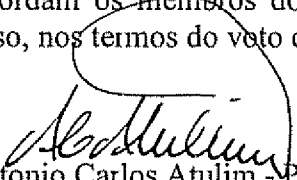
BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. Na apuração da base de cálculo da Cofins não se pode excluir o valor do ICMS pago pela contribuinte. O valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito à COFINS, de modo que, ainda que o recolhimento do ICMS aconteça em momento concomitante à operação de venda, isto não altera o valor da operação de compra e venda. Precedentes deste Conselho e do Superior Tribunal de Justiça.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. A possibilidade de se excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins pelo argumento de obediência ao conceito constitucional de faturamento, previsto no art. 195, II da Constituição, exigiria pronunciamento quanto à constitucionalidade das leis de regência, o que extrapola a competência do Conselho (Súmula CARF nº 2). Encontra-se em andamento o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785 e da ADC nº 18, não se podendo dizer que já exista decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Antonio Carlos Atulim - Presidente



Ivan Allegretti - Relator

EDITADO EM 23/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesí Ortiz.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição cumulado com pedido de compensação, protocolados pelo contribuinte em 01.10.2002 (fls. 01/02), em que se apresenta como crédito valores que teriam sido recolhidos a maior de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação ao período de apuração de 08/92 a 12/00 (fls. 14/15).

A diferença recolhida a maior, segundo alega o contribuinte, decorreria da inclusão indevida do valor do ICMS na base de cálculo da Cofins.

A Delegacia da Receita Federal de Limeira – SP (DRF), por meio da decisão de fls. 492/481, indeferiu a restituição e negou homologação à compensação, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

EMENTA: RESTITUIÇÃO DO ICMS INCLUSO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. O ICMS integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e, portanto, não há que se falar em pagamento indevido ou maior que o devido.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 498/516) argumentando, em síntese, que “*faturamento é a contrapartida econômica, auferida, como riqueza própria, pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito ora tratado*” (fl. 500). Cita doutrina e também o julgamento em andamento do Recurso Extraordinário nº 140.785, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que já foram proferidos votos neste sentido.

Também alega que o direito de compensação do contribuinte decorreria da própria confusão entre credores e devedores, entre si e o Fisco, na forma do art. 368 do Código Civil vigente, e que em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional de 5 anos apenas começa a contar depois de contados 5 anos para a homologação, iniciados a partir da ocorrência do fato gerador. Cita precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto – SP (DRJ), por meio do Acórdão nº 10.714, de 17 de fevereiro de 2006, negou provimento à manifestação de inconformidade, mantendo a decisão que indeferiu a restituição, pelas seguintes razões resumidas em sua ementa (fl. 523):



“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/08/1992 a 31/12/2000

Ementa: CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo, a partir de fevereiro de 1999, ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.

RESTITUIÇÃO. COFINS. INDEFERIMENTO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Solicitação Indeferida.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 534/567), no qual reedita os mesmos fundamentos de direito contidos na manifestação de inconformidade.

Em seguida consta a juntada de petição apresentada pelo mesmo contribuinte a título de impugnação (fls. 584/595), que embora indique também o número do presente Processo, indica primeiramente o Processo Administrativo nº 10865.000964/2008-05.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso é tempestivo (fls. 531 e 532), motivo pelo qual dele conheço.

No mérito, o contribuinte sustenta a impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, por violação ao conceito de faturamento contido no artigo 195 da Constituição de 1988.

No plano em que o enfrentamento das razões de recurso impõe o pronunciamento sobre a constitucionalidade de dispositivos das leis, cumpre esclarecer que refoge à competência deste órgão julgador administrativo pronunciar-se a este respeito, conforme disposto no artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (Portaria nº 256, de junho de 2009).

Com efeito, dispõe o artigo 62 do Anexo II do RICARF que “Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”.

A propósito deste mesmo tema também já foi uniformizado o entendimento jurisprudencial deste Conselho, pela edição da Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

A propósito da questão da exclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS, este Segundo Conselho de Contribuintes já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de tal pretensão, conforme se verifica, exemplificativamente, nas seguintes ementas:

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, Relatora Maria Teresa Martínez López, j. 18/03/2003 – grifo editado)

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.

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, Relator Valdemar Ludvig, j. 15/06/2004 – grifo editado)

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, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, j. 28/03/2006)

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 nº. 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 nº. 9.430/96.

Recurso provido em parte.

(Acórdão nº 201-71269, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho, j. 09/12/1997)

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, Relator Jorge Freire, j. 18/10/2006)

Também no âmbito do judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo seu papel de uniformização da jurisprudência, consolidou entendimento no sentido de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins e do PIS.

Confira-se, exemplificativamente, os seguintes julgamentos:

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS. INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.

2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 501626/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2003, DJ 15.09.2003 p. 301)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ. PRECEDENTES.



1. *Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento em face de acórdão a quo segundo o qual não são possíveis de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a outras pessoas jurídicas. Asseverou, também, com base nas Súmulas n.ºs 68 e 94 do STJ, estar pacificado o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS.*

2. *Se o comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP nº 1.991-18/2000. Não comete violação do art. 97, IV, do CTN o decisório que em decorrência deste fato não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.*

3. *In casu, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.*

4. *Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas n.ºs 68 e 94/STJ, respectivamente: "a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS" e "a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial." 5. Precedentes desta Corte Superior.*

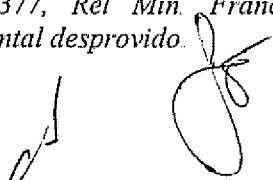
6. *Agravo regimental não-provido.*

(AgRg no Ag 750.493/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ 08.06.2006)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI nº 9.718/98. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000. REVOGAÇÃO. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SÚMULA 83 DO STJ.

1. A jurisprudência firmada na 1ª Seção desta Corte é a de que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94/STJ (AG 520431, Rel. Ministro João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ 24.05.04; AGREsp 463.629/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 06/01/03).

2. "A exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, visto que condicionada a regulamento do Poder Executivo, o qual não veio a ser editado até o advento da Medida Provisória n.º 1.991-18/2000, que, por sua vez, a revogou (cf. REsp 502.263/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.10.03; REsp 512.232/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 20.10.03)". (RESP 641377, Rel. Min. Franciulli Neto, 29/11/2004) 3. Agravo regimental desprovido.



(AgRg no Ag 667.170/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 224)

Sabe-se que a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins ganhou novo fôlego com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, ainda em andamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que ainda não houve desfecho deste julgamento, não se podendo ainda dizer que exista decisão do STF quanto à inconstitucionalidade do cômputo do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS.

De outro lado, conforme ilustrado acima, é entendimento consolidado das Câmaras deste Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça que não há respaldo legal para a exclusão do ICMS.

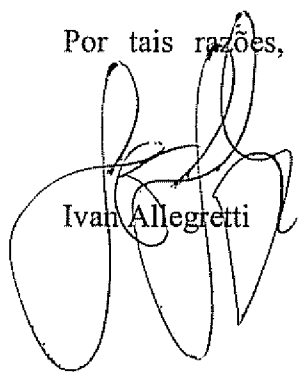
Some-se a isto, conforme esclarecido no início do voto, que este tribunal administrativo não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Deve, por isso, prevalecer o entendimento sedimentado na jurisprudência, de que o ICMS integra o preço do produto, de sorte que o valor total da nota fiscal deve ser tomado como faturamento, sofrendo a incidência do PIS.

Nada obstante o ICMS componha parte do valor que se recebe pela venda do produto, isto não implica em redução do preço de venda, e é este preço de venda que compõe o faturamento sobre o qual incide o PIS.

Indeferido o direito do contribuinte quanto ao mérito, por não existir indébito, torna-se despropositado e inútil a manifestação a respeito da contagem do prazo prescricional para pleiteá-lo, porquanto, como visto, o direito de crédito não existe.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso do contribuinte.


Ivan Allegretti