



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

Processo nº 10875.905238/2009-34
Recurso nº 10.875.905238200934 Voluntário
Acórdão nº **3403-002.689 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de janeiro de 2014
Matéria COFINS - PAGAMENTO A MAIOR - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO -
DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente B.T.M. ELETROMECAÂNICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2006 a 31/05/2006

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração da base de cálculo da contribuição, 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 incidência de contribuição social, 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 e, conseqüentemente, do faturamento.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Antônio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Antônio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

BTM ELETROMECAÂNICA LTDA. transmitiu o Pedido de Restituição/ Declaração de Compensação - PER/DCOMP nº 08617.70564.121006.1.3.04-4010, visando à extinção de débito de IPI, no valor de R\$ 6.372,82, pela via de sua compensação com indébito por pagamento a maior de Cofins relativo ao período de apuração de 01/05/2006 a 31/05/2006. O Despacho Decisório Eletrônico nº 835803720, fls. 52, indeferiu o pleito restitutivo e não homologou a compensação declarada porque o pagamento apontado como origem do direito creditório já fora integralmente utilizado na quitação de débito do contribuinte, confessado em DCTF.

Em reclamação, o interessado alegou que o direito creditório aproveitado refere-se à contribuição paga sobre o ICMS levado à base de cálculo da contribuição. Argúi 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 27 de novembro de 1998, 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. Postula, por fim, a atualização monetária do direito creditório.

A Manifestação de Inconformidade foi julgada improcedente pela 3ª Turma da DRJ/CPS. O Acórdão nº 05-037.338, de 26 de março de 2012, fls. 64 a 70, teve ementa vazada nos seguintes termos:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Ano-calendário: 2002

DIREITO CREDITÓRIO. PROVA.

Correto o despacho decisório que não homologou a compensação declarada pelo contribuinte por inexistência de direito creditório, tendo em vista que o recolhimento alegado como origem do crédito estava integralmente 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.

RESTITUIÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO.

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

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 3ª Turma da DRJ/CPS. O arrazoadado de fls. 75 a 99, após síntese dos fatos relacionados com a lide, explica como chegou ao valor do indébito, resumido o cálculo em planilha que ilustra a pela recursal, pretendendo com isso suprir a falta de provas do indébito, levantada na decisão recorrida. Na continuação do recurso, disserta sobre a compensação tributária, repisando a legislação de regência, para então, invocando doutrina e julgados do Supremo Tribunal Federal e de tribunais federais regionais, rechaçar a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS, “...por não ser incluído no conceito de “faturamento”, mas mero “ingresso” na escrituração contábil da RECORRENTE.” (grifos do original)

Pede acréscimo de correção monetária, calculada pelos juros SELIC, ao valor da restituição.

Sabedor de que a Corte Administrativa não detém competência para analisar questões que versem sobre a constitucionalidade de normas, protesta pelo sobrestamento do feito, até que haja solução definitiva dessa discussão no âmbito do STF em caso análogo.

O julgamento do recurso foi sobrestado, em 22/08/2012, em face da dicção dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – RI/CARF, com as alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010 (DOU de 22.12.2010). Com a revogação dos referidos dispositivos, operada pela Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013 (D.O.U. de 20.11.2013), o curso do julgamento foi retomado.

O processo administrativo correspondente foi materializado na forma eletrônica, razão pela qual todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo eletrônico.

É o Relatório.

Voto

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 75 a 99 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-CPS-3ª Turma nº 05-037.338, de 26 de março de 2012.

A par da questão probatória suscitada na decisão recorrida, da qual o recorrente, absolutamente, não se desincumbiu, o fato é que inexiste indébito a restituir em pagamentos de Cofins em cuja base de cálculo esteja incluído o valor do ICMS. Esse é o

entendimento desta 3ª TO, consubstanciado, por exemplo, nos acórdãos 3403-002.651 e 3403-002.653, ambos da relatoria do ínclito Conselheiro Ivan Allegretti, unanimemente referendado pelo Colegiado.

Assim disse o Conselheiro Ivan (com os grifos do original):

O recorrente sustenta a impossibilidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS, por violação ao conceito de faturamento contido no art. 195, I, da Constituição e ao art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

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 pronunciarse a este respeito, conforme disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF.

Com efeito, dispõe o art. 62 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*”.

Sob o aspecto da interpretação da lei, este Conselho já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de exclusão do ICMS na base de cálculo de PIS/Cofins, 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 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, 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 o seu entendimento no mesmo sentido, de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se confere, exemplificativamente, nos seguintes julgados:

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 nºs 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.

(...)

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 nºs 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.

E ficou ainda mais aquecida com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18.

Ocorre que ainda não houve desfecho do julgamento de nenhuma destas ações, não se podendo ainda dizer que exista decisão final 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 tais razões, 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 de PIS/Cofins.

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 PIS/Cofins.

Voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti

Processo nº 10875.905238/2009-34
Acórdão n.º **3403-002.689**

S3-C4T3
Fl. 179

Homenageando o autor e subscrevendo integralmente o voto do Conselheiro Ivan Allegretti, nego provimento ao recurso.

Sala de sessões, em 28 de janeiro de 2014


Alexandre Kern