



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

Processo nº 10945.900091/2013-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3801-003.038 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 27 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL-COFINS
Recorrente CGS INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 25/02/2011

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO COFINS

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do 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 negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes

(assinado digitalmente)

Processo nº 10945.900091/2013-00
Acórdão n.º **3801-003.038**

S3-TE01
Fl. 10

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Sérgio Celani, Sidney Eduardo Stahl, Marcos Antônio Borges, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira e Flávio de Castro Pontes.

Relatório

Conselheiro Paulo Antônio Caliendo Velloso Silveira.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Curitiba (DRJ/CTA), referente ao processo administrativo nem que foi julgada improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, não sendo reconhecido o direito creditório.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ/CTA, que assim relatou os autos:

Trata o processo de Despacho Decisório emitido pela DRF Cascavel/PR, que indeferiu o pedido de restituição formulado por meio do Per/Dcomp, devido à inexistência de crédito pleiteado, uma vez que o pagamento de COFINS (Código 6912), estaria totalmente utilizado na extinção, por pagamento, de débito da contribuinte do mesmo fato gerador.

Cientificada da decisão, a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade, alegando, em síntese, a inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da Cofins sem a exclusão do ICMS da base de cálculo. Diz que o conceito de faturamento trazido pela Lei nº 9.718, de 1998, não pode ser elástico a ponto de abarcar o conceito de “ingresso”, por isso, o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições, por se tratar de mero ingresso de recursos, os quais devem ser repassados ao fisco estadual, e que o Supremo Tribunal Federal –STF tem entendido que o valor do ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da Cofins. Dessa forma, solicita que os créditos sejam restituídos, acrescidos de juros de mora, desde seu pagamento indevido até a data da restituição/compensação.

É o relatório.

Assim, entendeu a DRJ/CTA 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, por consequência, não deferindo o pedido de restituição. O referido julgado contou com a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS/PASEP. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO CREDITÓRIO INFORMADO EM PER/DCOMP.

Inexistindo o direito creditório informado em PER/DCOMP, é de se indeferir o pedido de restituição apresentado.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, pois aludido valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando for cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

CONTESTAÇÃO DE VALIDADE DE NORMAS VIGENTES. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

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

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

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Antônio Caliendo Velloso Silveira.

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

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 do 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 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 do 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 APRECIÇÃO. 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 à 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 nº 02 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 no cálculo do 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 do 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.

Processo nº 10945.900091/2013-00
Acórdão n.º **3801-003.038**

S3-TE01
Fl. 16

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

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator.