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

Processo nº	11080.906457/2008-69
Recurso nº	521.401 Voluntário
Acórdão nº	**3401-00.992 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	30 de setembro de 2010
Matéria	COFINS. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA A TERCEIROS. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. ICMS.
Recorrente	BIO MED PRODUTOS MÉDICOS E HOSPITALARES
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/05/2000

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.

Não comprovado qualquer pagamento indevido ou a maior, como exigido pelo art. 170 do CTN, em face da ausência de certeza e liquidez do indébito alegado denega-se a compensação pleiteada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/05/2000

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

O art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, ao prever a exclusão da base de cálculo da COFINS e do PIS Faturamento de valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos a outras pessoas jurídicas, constituiu norma de eficácia condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo, que não produziu efeitos porque revogada antes de regulamentada.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO.

A base de cálculo da COFINS e do PIS Faturamento é o faturamento ou receita bruta, sem exclusão do valor do ICMS devido, destacado nas notas fiscais de saída e que compõe o preço total do produto.

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.

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Ângela Sartori (Suplente) e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão que manteve despacho decisório eletrônico não homologando compensação, cujo crédito alegado é da Cofins não-cumulativa.

Em manifestação de inconformidade a contribuinte defende o direito creditório, alegando não ter deduzido da base de cálculo da Contribuições as receitas transferidas para outras pessoas jurídicas, como autorizado pelo inc. III do § 2º do art. 3º Lei nº 9.718/98. Cita e transcreve jurisprudência para embasar seus argumentos, no sentido de que teria havido violação do princípio da estrita legalidade em matéria tributária.

Sustenta, ainda, que o direito do contribuinte de pleitear a restituição ou compensação do que teria pago indevidamente ao erário se extinguiria com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, a qual, por sua vez, ocorre após 5 anos da ocorrência do respectivo fato gerador, totalizando 10 anos.

A 2ª Turma da DRJ não conheceu dos argumentos de inconstitucionalidade, por reputá-los de competência reservada ao Judiciário, e negou provimento levando em conta que a contribuinte não demonstrou o direito alegado.

Interpretou que o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, não produziu efeitos por não ter sido regulamentado até sua revogação pelo art. 47, IV, da Medida Provisória nº 1.991-18/2000, e que o ICMS só é excluído da base de cálculo da Contribuição quando cobrado pelo substituto tributário (exclusão pelo substituto, e pelo substituto).

Ao final ainda ressaltou que não há nos autos qualquer documentação comprobatória da existência dos indébitos alegados, sendo que o DARF indicado pela contribuinte não foi localizado, conforme o despacho decisório eletrônico.

A Recorrente insiste na repetição do indébito, repisando os argumentos da manifestação de inconformidade.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

Não assiste razão à contribuinte porque, primeiro, o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 foi revogado antes de regulamentado, e segundo, independentemente desse dispositivo não caberia excluir os valores de frete e ICMS.

O poder atribuído ao Executivo para regulamentar o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 nada tem de ilegal ou inconstitucional. Neste sentido já assentou o STJ, inclusive, como se observa no julgado abaixo:

> *RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI N.º 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000.*
>
> *AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.*
>
> *1. Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 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 1991-18/2000. Não comete violação ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional 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.*
>
> *2. "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.*
>
> *3. Recurso Especial desprovido.*
>
> *(Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 445.452 - RS (2002/0083660-7) - DJ de 10/03/2003, Relator Min. José Delgado).*

A decisão acima produz a melhor interpretação, ao determinar que o citado dispositivo não produziu eficácia no período em que vigente – até ter sido revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001 -, em virtude da ausência de regulamentação. Vem, a interpretação do STJ, ao encontro do Ato Declaratório

do Secretário da Receita Federal nº 56, de 20/07/2000, segundo o qual a norma veiculada pelo III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é ineficaz, para fins de eventual exclusão de valores que, computados como receita bruta, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica.

Ainda que o dispositivo empregado como supedâneo legal à pretensão da Recorrente tivesse sido regulamentado, a exclusão não abarcaria o valor do ICMS incidente nas vendas de mercadorias. Tampouco abrangeria outros tributos indiretos, que a Recorrente nem ao menos nomina.

É que a inclusão do valor do imposto estadual na base de cálculo da Cofins, bem assim na do PIS, é certa em virtude de o ICMS integrar o valor da mercadoria vendida, já que calculado "por dentro". Diferentemente do IPI – cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria -, o ICMS integra o faturamento, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91. Daí ser indubitável a sua inclusão na base de cálculo da Contribuição.

Embora o tema tenha sido reaberto recentemente no âmbito do STF, por ocasião da retomada do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, que ainda não findou,[1] até então era pacífico, tanto nesta esfera administrativa quanto na judicial.

Por fim, sublinho que o DARF indicado pela contribuinte não foi localizado, como bem observou o acórdão recorrido. Assim, o acórdão recorrido não merece qualquer reparo, sendo certo que a denegação da compensação pleiteada está em consonância com o art. 170 do CTN, que requer certeza e liquidez dos créditos alegados.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Emanuel Carlos Dantas de Assis

[1] O julgamento do RE nº 240785 foi iniciado em 08/09/1999 com o voto do Min. Marco Aurélio e, naquele ano, interrompido pelo pedido de vista do Min. Nelson Jobim, que saiu do Colendo Tribunal sem pronunciar o seu voto. Retomado o julgamento em 24/08/2006, agora com a nova composição da Corte, votaram acompanhando o relator, pela exclusão da base de cálculo do ICMS da COFINS, os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Em seguida pediu vista o Min. Gilmar Mendes, sendo que na sessão plenária de 13/08/2008 o Tribunal sobrestou o julgamento, tendo em vista a decisão proferida na ADC 18-5/DF. Na votação que decidiu pelo conhecimento do Recurso, em 24/08/2006, restaram vencidos os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau, que dele não conheciam por considerarem ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional.