ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 12893.000072/2007-11

CÓPIA

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

Processo nº	12893.000072/2007-11
Recurso nº	500.746 Voluntário
Acórdão nº	**3403-002.930 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	24 de abril de 2014
Matéria	COFINS COMPENSAÇÃO
Recorrente	FISCHER S/A COMÉRCIO, INDÚSTRIA E AGRICULTURA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/04/2002

PIS/COFINS. REGIME CUMULATIVO. LEI 9718/98. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DAS RECEITAS FINANCEIRAS. APLICAÇÕES DAY-TRADE. JUROS ATIVOS. VARIAÇÃO MONETÁRIA ATIVA. DESCONTOS OBTIDOS. ALUGUEL.

O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços.

Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência de PIS/Cofins, as receitas financeiras - tais como ganhos com operações day-trade, juros ativos e variações monetárias ativas -, além de descontos incondicionais obtidos e de receitas de aluguel, quando o objeto social não alcança a atividade locatícia.

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE.

Na apuração da base de cálculo da Cofins não se pode excluir o valor do ICMS pago pelo contribuinte, pois o valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito ao PIS/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.

A possibilidade de se excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins pelo argumento de obediência ao conceito constitucional de faturamento, previsto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 n° 240.785 e da ADC nº 18, não se podendo dizer que já exista decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

Recurso parcialmente provido

CÓPIA

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito de indébito apenas em relação à inclusão das receitas financeiras e outras receitas na base de cálculo, conforme os valores apurados em diligência pela Unidade de origem.

(assinado digitalmente)
Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)
Ivan Allegretti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição (fl. 01) apresentado pelo contribuinte em 09/05/2007, por meio do qual pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) relativo ao período de apuração de 04/2002.

O motivo do pedido, conforme informado pelo contribuinte, foi o seguinte:

> *Trata-se de pedido de restituição de valores de PIS incidentes sobre as receitas acrescidas à base de cálculo da contribuição pela Lei 9.718/98 uma vez que tal ampliação de base de cálculo foi julgada inconstitucional pelo STF no Recurso Especial 346.084, bem como incidente sobre o valor do ICMS indevidamente incluído na base de cálculo da referida contribuição.*
>
> *Esclarecemos que a parcela da Cofins objeto do presente pedido de restituição foi quitada à época de seu vencimento com créditos oriundos do processo 13851.001142/2001-12 (doc. 1).*
>
> *Esclarecemos, ainda, que o presente pedido de restituição está sendo efetuado neste formulário tendo em vista que o formulário eletrônico PER/DCOMP não prevê a possibilidade de sua utilização para os casos de créditos oriundos de compensações efetuadas indevidamente ou a major, o que como visto é o caso." (fl. 1).*

Com o pedido, o contribuinte apresenta uma planilha (fl. 03) demonstrando os valores do "faturamento", do ICMS e das "outras receitas". Na apuração da base de cálculo, o

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

contribuinte não adiciona o valor das "outras receitas" e em relação ao "faturamento" exclui o valor correspondente ao ICMS.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Araraquara/SP (DRF) proferiu decisão negando o direito do contribuinte (fls. 10/15), pelas seguintes razões sintetizadas em sua ementa:

CÓPIA

> *Assunto: RESTITUIÇÃO/PIS*
>
> *Ementa: BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. A base de cálculo da Cofins devido pelas pessoas jurídicas é o faturamento da empresa, correspondente à sua receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas por ela auferidas, conforme determinação legal.*
>
> *COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO - O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da Cofins.*
>
> *ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – APRECIAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE – A declaração de inconstitucionalidade de lei é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "h" da Constituição Federal. No âmbito administrativo fica vedado aos órgãos julgadores afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de lei em vigor.*
>
> *Crédito Indeferido.*

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 18/23) argumentando (a) que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que servia de fundamento legal para a ampliação da base de cálculo, e que este entendimento já era adotado por este Conselho, citando precedentes judiciais e administrativos, (b) e que em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo, já teria havido pronunciamento favorável do Ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, em julgamento pelo Plenário do STF.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP (DRJ), por meio do Acórdão 14-22.957, de 6 de abril de 2009 (fls. 32/38), negou provimento à manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de indeferimento da restituição, pelas seguintes razões constantes de sua ementa:

> A*SSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁ*RIA
>
> *Data do fato gerador: 16/04/2007*
>
> *ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.*
>
> *A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.*
>
> *BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. PREVISÃO LEGAL.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Somente as parcelas legalmente autorizadas podem ser excluídas da base de cálculo, não se enquadrando nessa situação os valores devidos a título de ICMS.*
>
> *Solicitação Indeferida.*

O contribuinte interpôs então recurso voluntário (fls. 41/50) reafirmando que seu direito se apóia na "*indevida inclusão na base de cálculo da contribuição para o PIS de valores estranhos ao conceito de faturamento",* visto que não poderiam compor tal base de cálculo os valores correspondentes a aplicações financeiras e ao ICMS.

Este Conselho, por meio da Resolução nº 3403-00.085, de 30 de setembro de 2010 (fls. 68/69), converteu o julgamento em diligência para que a Unidade de origem obtivesse as informações e documentos necessários à demonstração das receitas financeiras que o contribuinte alega, bem como verificar e informar quanto à homologação da compensação utilizada pelo contribuinte para o pagamento do débito que é objeto do pedido de restituição.

Depois de apresentados esclarecimentos e documentos pela contribuinte (fls. 83/189) foi lavrado Relatório de Diligência Fiscal (fls. 190/196), o qual atesta o seguinte (fls. 192/196):

> Verificando-se a resposta do contribuinte, os razões contábeis juntados, bem como os valores dispostos na escrituração contábil digital, observa-se que os valores denominados "outras receitas" são os seguintes:
>
> (...)

ABRIL DE 2002:

Código	Conta	MOVIMENTO
3.2.04.03.0008	JUROS ATIVOS S/FDO APLIC FINANCEIRA	R$ 412.447,59
3.2.04.03.0013	JUROS ATIVOS S/TITULOS PUBLICOS	R$ 15.608,61
3.2.04.04.0019	JUROS ATIVOS S/IMPOSTOS	R$ 86,34
3.2.04.06.0001	JUROS ATIVOS - INTERCOMPANHIAS	R$ 125.957,33
3.2.04.07.0002	DESCONTOS OBTIDOS	R$ 20.005,17
3.2.04.07.0010	JUROS S/ATRASO RECEBIMENTO-CLIENTES	R$ 495,18
3.2.04.08.0011	V.MONET. S/TITULOS PUBLICOS	R$ 7.127,82
3.2.04.09.0001	VAR.MONET.ATIVA S/ANTEC I.RENDA	R$ 89.810,72
3.2.04.09.0003	VAR.MONET.ATIVA S/ANTECIP C.SOCIAL	R$ 1.235,19
3.2.04.10.0001	VAR.MONET.ATIVA - INTERCOMPANHIA	R$ 411.119,45
3.2.05.02.0003	RECEITA DE ALUGUEL	R$ 29.096,30
TOTAL		**R$ 1.112.989,70**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(...)

As memórias de cálculo trazidas pelo interessado mostram que, de fato, houve a apuração das contribuições para o PIS e para a COFINS levando em conta os valores dessas "outras receitas".

Desta forma, o montante a ser considerado como direito creditório, caso o julgamento dos ilustres conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, seja no sentido de se declarar o afastamento do §1° do art. 3 da lei 9.718/1998 e de se considerar que todas as contas presentes nas tabelas acima não se enquadrem no conceito estabelecido em lei, deve ser, s.m.j., o seguinte:

(...)

ABRIL DE 2002:

"OUTRAS RECEITAS"	PIS (0,65%)	COFINS (3%)
R$ 1.112.989,70	R$ 7.234,43	R$ 33.389,69

Processo abril 2002 PIS: 12893.000069/2007-90

Processo abril 2002 COFINS: 12893.000072/2007-11

(...)

Expostas essas considerações, PROPONHO o envio dos processos administrativos à SAORT desta Delegacia, para que aquela Seção ofereça a manifestação requisitada pelo Sr. Relator do CARF, qual seja, se as compensações mencionadas pelo contribuinte encontram-se regularmente homologadas ou não.

Após esta manifestação, deverá tal Seção promover a ciência do contribuinte deste Relatório de diligência, antes do retorno dos processo administrativos para julgamento definitivo.

Por meio do Termo de Constatação (fls. 201), também se constatou ter sido homologada pela RFB a compensação que foi utilizada anteriormente pelo contribuinte para o pagamento da Cofins do período de apuração 04/2002, vencimento em 15/05/2002, no valor inicial de R$73.813,51.

Intimado a respeito do resultado da diligência, o contribuinte apenas manifestou que "*Considerando que os montantes das "outras receitas", não enquadradas ao conceito de faturamento, indicados no referido quadro demonstrativo são os mesmos que constam no Demonstrativo das Contas Contábeis, anexado à petição protocolada em 25.3.2011, (...), a requerente não tem nada a acrescentar ao resultado da diligência fiscal*" (fl. 208), reiterando o pedido de reconhecimento do seu direito de crédito.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

O contribuinte alega que houve recolhimento a maior de PIS/Cofins por duas razões: primeiro porque incluiu indevidamente na base de cálculo valores de "outras receitas", as quais não configuram faturamento, conforme decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, e a segunda porque o valor do ICMS deveria ser excluído da base de cálculo.

O recurso deve ser provido quanto ao primeiro fundamento mas negado em relação ao segundo.

1) A inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo pretendido pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, em julgamento sintetizado na seguinte ementa:

> *"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.*
>
> *TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.*
>
> *CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."*
>
> *(Recurso Extraordinário nº 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio)*

Este entendimento do Plenário do STF deve aplicado em relação ao presente caso concreto, com amparo no art. 62, p.u., I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que dispõe o seguinte:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *"Art. 62. 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.*
>
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*
>
> *I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou*
>
> *II - que fundamente crédito tributário objeto de:*
>
> *a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n° 10.522, de 19 de julho de 2002;*
>
> *b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n° 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n° 73, de 1993."*

Com razão, portanto, cuidou a Câmara Superior de Recursos Fiscais de aplicar o mesmo entendimento de mérito em âmbito administrativo, concluindo categoricamente que "*A base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006*" (Acórdão nº 02-03.757, j. 11/02/2009).

Neste mesmo sentido também já entendeu esta Eg. Câmara nos seguintes precedentes:

> *BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.*
>
> *(Acórdão 3403-00.312, Processo 10580.002107/2004-02, Rel. Cons. Antonio Carlos Atulim, j. 29/04/2010)*

> *(...) BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DISTINTAS DO FATURAMENTO. A base cálculo para apuração do PIS e a COFINS se restringe tão só ao faturamento da empresa, conforme decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/99, que promoveu o alargamento da base de cálculo destas contribuições. (...)*
>
> *(Acórdão 3403-000.816, Processo 10680.720418/2005-00, Rel. Cons. Domingos de Sá Filho, j. 04/02/2011)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

PIS, ART. 3º, § I' DA LEI 9.718/98, AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL, EXISTÊNCIA, Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § I" do art. 3' da Lei n° 9.718/98, conhecido como alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, o que permite a este Conselho Administrativo aplicar esta interpretação, com fundamento no art. 26-A, § 6°, I do Decreto n° 70,235/72, com a redação dada pela Lei n° 11.941/09. Recurso Provido em Parte

(Acórdão 3403-00.471, Processo 10384.003078/2005-95, Rel. Cons. Robson Jose Bayerl, j. 01/07/2010)

PIS. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços.

RECEITA FINANCEIRA. ALUGUEL. SUBVENÇÕES E INCENTIVOS FISCAIS. Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições, as receitas financeiras – assim compreendidos os descontos obtidos, dividendos e os ganhos de aplicações financeiras, bem como, em relação às "Outras Receitas Operacionais", os valores correspondentes a locação, créditos presumidos de IPI e de ICMS e outros subsídios.

(Acórdão 3403-00.566, Processo 10410.004617/2002-04, Rel. Cons. Ivan Allegretti, j. 29/09/2010)

(...)PIS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VARIAÇÃO CAMBIAL. O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições as variações cambiais. (...)

(Acórdão 3403-000.081, Processo 18471.002940/2002-22, Rel. Cons. Ivan Allegretti, j. 03/02/2011)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O efeito prático da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, como visto, é o de apenas permitir que se inclua na base de cálculo de PIS/Cofins, apurados no regime cumulativo da Lei nº 9.718/98, o faturamento decorrente da prestação de serviços e da venda de mercadorias, não se podendo incluir outras receitas, tais como aquelas de natureza financeira.

Neste caso concreto, a incidência não deveria ter acontecido sobre os valores das receitas financeiras – tais como ganhos com operações day-trade, juros ativos e variações monetárias ativas –, além de descontos incondicionais obtidos e de receitas de aluguel, visto que o objeto social não alcança a atividade de locação de móveis ou imóveis.

Entendo, pois, que assiste razão ao contribuinte na parte em que alega que incluiu indevidamente na incidência de PIS/Cofins receitas que não estariam abrangidas pelo conceito de faturamento, na forma do regime cumulativo previsto na Lei nº 9.718/98, devendo ser reconhecido o direito de indébito nesta parte, conforme apurado pela autoridade de origem em relação à Cofins de 04/2002.

2) A impossibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo de PIS/Cofins.

O segundo fundamento do contribuinte é de que o valor do ICMS não deveria compor a base de cálculo de PIS/Cofins, pois seu valor não configuraria faturamento.

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 de PIS/COfins, este Conselho 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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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)

CÓPIA

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 elencados 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(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 de PIS/Cofins.

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 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.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 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 n° 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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, pois, 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.

Assim, 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.

Por tais razões, nego provimento ao recurso quanto a este segundo fundamento.

3. Conclusão.

Voto pelo provimento parcial do recurso, reconhecendo o direito de indébito apenas em relação à inclusão das receitas financeiras e outras receitas na base de cálculo, conforme os valores apurados em diligência pela Unidade de origem.

(assinado digitalmente)
Ivan Allegretti

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 11/08/2014 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 23/08/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA