



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

Processo nº 12965.000047/2006-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-002.940 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO COFINS
Recorrente INDÚSTRIA DE PANIFICAÇÃO NEWBREAD LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2006, 2007

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

À luz do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e do art. 4º da IN SRF nº 51/78 o ICMS integra a receita bruta porque é imposto incidente sobre vendas, inexistindo amparo legal para sua exclusão da base de cálculo da COFINS.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao CARF negar vigência a acordo internacional, lei ou decreto em razão de arguição de inconstitucionalidade.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim – Presidente e 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/04/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 29/04/2014

por ANTONIO CARLOS ATULIM

Impresso em 13/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de pedido de restituição da COFINS protocolado em 21/11/2006, sob o argumento de que os recolhimentos foram indevidos por terem sido efetuados com a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição.

Ao pedido de restituição foram vinculadas as declarações de compensação anexadas aos autos, transmitidas entre 15/12/2006 e 20/02/2008.

Entende o contribuinte que a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é inconstitucional, pois o imposto estadual não se enquadra no conceito de faturamento.

Por meio do despacho decisório notificado ao contribuinte em 24/09/2008 o pleito foi negado por falta de amparo legal e as compensações vinculadas ao pedido não foram homologadas.

Em sede de manifestação de inconformidade o contribuinte alegou, em síntese, que a Administração Pública pode decidir recursos nos quais se questiona a inconstitucionalidade das leis; que a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição é inconstitucional, pois o imposto estadual não se enquadra no conceito de faturamento; e que o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/99 é inconstitucional.

Por meio do Acórdão 22.013, de 18 de dezembro de 2008, a 2ª Turma da DRJ - Juiz de Fora julgou a manifestação de inconformidade improcedente, em julgado que recebeu a seguinte ementa:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2006, 2007
COFINS. As exclusões admitidas na base de cálculo da
contribuição somente são aquelas expressamente listadas
em lei em enumeração do tipo numerus clausus.*

Solicitação Indeferida.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância em 30/12/2008, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 19/01/2009, no qual reprisou os argumentos lançados na manifestação de inconformidade.

Por meio da Resolução 3403-000.360 o julgamento do recurso voluntário foi sobrestado em virtude da questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS estar pendente de julgamento no RE 574.706, em relação ao qual o STF reconheceu a repercussão geral (Tema 69).

Com a revogação do art. 62-A, § 1º, do Regimento Interno pela Portaria MF nº 545/2013, o processo foi devolvido a este relator para inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Com o advento da Portaria MF nº 545, de 18/11/2013 (DOU de 20/11/2013), foram revogados os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, o que significa que desapareceu a hipótese regimental de sobrestamento do julgamento do recurso administrativo em que se controverta a mesma questão em relação à qual o STF tenha decretado repercussão geral.

Sendo assim, passo à análise do recurso.

Controverte-se exclusivamente sobre matéria de direito.

Deflui dos autos que o contribuinte apurou e recolheu a contribuição incluindo o ICMS na sua base de cálculo e agora comparece perante a Administração Tributária alegando que os recolhimentos foram efetuados em montante superior ao devido porque a inclusão do ICMS no faturamento é inconstitucional.

Os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, incluindo o ICMS na base de cálculo da contribuição, estão calcados em entendimento sedimentado desde tempos imemoriais na seara tributária. Tal entendimento tem respaldo legal no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e na Instrução Normativa nº 51, de 03/11/1978, que a regulamentou.

O art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, estabelece o seguinte:

"Art 12 - A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º - A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas. (...)"

(Fonte da transcrição: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm)

Já o item 4 da IN SRF nº 51/78, estabelece o seguinte:

4. A receita líquida de vendas e serviços é a receita bruta da vendas e serviços, diminuídas (a) das vendas canceladas, (b) dos descontos e abatimentos concedidos incondicionalmente e (c) dos impostos incidentes sobre as vendas.

(...)

4.3 - Para os efeitos desta Instrução Normativa reputam-se incidentes sobre as vendas os impostos que guardam proporcionalmente (sic) com o preço da venda ou dos serviços, mesmo que o respectivo montante integra (sic) a base de cálculo, tais como o imposto de circulação de mercadorias, o imposto sobre serviços de qualquer natureza, o imposto de exportação, o imposto único sobre energia elétrica, o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes etc.

4.3.1 - Incluem-se também neste item:

a) taxas que guardam proporcionalidade com o preço de venda;

b) a parcela de contribuição para o Programa de integração Social calculada sobre o faturamento;

c) a quota de contribuição, ou retenção cambial, devida na exportação.

(Fonte da transcrição: <http://sijut.fazenda.gov.br/netahtml/sijut/Pesquisa.htm>)

Portanto, os recolhimentos efetuados pelo contribuinte estão em conformidade com a legislação vigente e com entendimento sedimentado há anos na seara tributária.

O contribuinte alega, em síntese, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição porque o imposto estadual não se enquadra no conceito de faturamento estabelecido pela constituição.

Ao contrário do alegado pelo contribuinte, tal argumento não pode ser acatado pelos órgãos administrativos de julgamento, pois o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 proíbe este colegiado de negar vigência a texto legal com hierarquia superior a Decreto, em razão de arguição de inconstitucionalidade, *in verbis*:

"Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...)"

Embora a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS seja uma questão em relação à qual foi decretada a repercussão geral no RE nº 574.906, o STF ainda não julgou em definitivo a matéria, fato que impede a aplicação do § 6º, I, acima transcrito.

Acrescente-se que a Súmula CARF nº 2 estabelece que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.

Considerando que os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, com inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, estão conformes à legislação vigente, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim

Processo nº 12965.000047/2006-58
Acórdão n.º **3403-002.940**

S3-C4T3
Fl. 6

CÓPIA