



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

Processo n° 13601.001296/2008-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3102-002.206 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2014
Matéria COFINS - COMPENSAÇÃO
Recorrente DESTILARIA ATENAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 15/10/2003 a 15/09/2007

BASE DE CÁLCULO. RECEITA DA VENDA DE MERCADORIAS. FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

A base de cálculo da Cofins compreende o valor total da receita de vendas de mercadorias, que corresponde ao valor total do faturamento, equivalente ao valor total da operação de venda, neste incluído o valor do ICMS.

COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO CRÉDITO COMPENSADO. HOMOLOGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A inexistência de crédito certo e líquido representa motivo suficiente para a não homologação da compensação declarada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma Ordinária da Primeira Câmara da Terceira Seção de Julgamento, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, vencidas as Conselheiras Andréa Medrado Darzé, Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz e Nanci Gama, que davam provimento.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Andréa Medrado Darzé, José Luiz Feistauer de Oliveira, Miriam de Fátima Lavocat de Queiroz e Nanci Gama.

Relatório

Por bem descrever os fatos, reproduz-se, a seguir, o relatório encartado no acórdão recorrido:

A contribuinte aqui identificada requereu em 19/09/2008, às fls. 01/02, a restituição de valores recolhidos a título de Cofins nos períodos de apuração de outubro/2003 a set/2007, totalizando R\$ 94.628,26, alegando pagamento a maior pela inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição. Posteriormente transmitiu as DCOMP de fls. 19/20, constantes do processo 10640-720.822/2009-75 a este apensado para tratamento manual, visando utilização de igual crédito.

Em 06/07/2009, a Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora/MG emitiu o Despacho Decisório de fls. 21/23, no qual não reconheceu o direito creditório pleiteado, às fls. 01/02, a título de Cofins e não homologou as compensações a ele vinculadas, sob o argumento que, por falta de previsão legal, não cabe a exclusão do ICMS, relativo às operações próprias, da base de cálculo da contribuição.

Cientificada da decisão em 17/08/2009 (fl. 28), a contribuinte manifestou sua inconformidade, às fls. 29/49, onde:

- 1. discorre sobre a tributação do PIS com base no faturamento, concluindo que inequivocamente a contribuição em comento não deve incidir sobre a receita bruta total, por inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei 9718/98;*
- 2. afirma que o ICMS não pode ser considerado como receita. Nesse sentido, encontra-se em fase decisória o RE nº 240.785, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio;*
- 3. alega que sobre os valores requeridos há de ser acrescida a devida atualização monetária, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, retroativa à data de apuração dos valores;*
- 4. argumenta que a presente defesa alcança as declarações de compensação, que devem permanecer com exigibilidade suspensa na forma do artigo 151 do CTN, até decisão final do presente processo, nos termos do artigo 29 c/c artigo 48, § 3º, da IN SRF nº 600, de 2005.*

Sobreveio a decisão de primeira instância (fls. 72/75), em que, por unanimidade de votos, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente, com base nos fundamentos resumidos no enunciado da ementa que segue transcrito:

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

Autenticado digitalmente em 03/06/2014 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 03/06/2014 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, Assinado digitalmente em 10/06/2014 por RICARDO PAULO ROS

A

Impresso em 30/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 15/10/2003 a 15/09/2007

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COFINS.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

Em 2/8/2010, a autuada foi cientificada dessa decisão (fl. 80). Inconformada, em 19/8/2010, protocolizou o recurso voluntário de fls. 81/103, em que reafirmou as razões de defesa suscitadas na fase impugnatória. Em aditamento, a recorrente alegou que, na manifestação de inconformidade, não pleiteara a declaração de inconstitucionalidade de norma legal vigente, no entanto, por falta de argumento, a Turma de Julgamento *a quo* alegara incompetência para não reconhecer o crédito compensado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

A controvérsia limita-se à questão atinente à inclusão do valor ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

Para a recorrente, tal valor não integrava a base de cálculo das referidas Contribuições, porque não representava faturamento, mas mero ingresso na escrituração contábil das empresas, em consequência, fazia jus à restituição dos valores das contribuições pagos indevidamente, calculados sobre o valor do ICMS.

A matéria encontra-se disciplinada no art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718, de 1996, a seguir transcrito:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (Vide arts. 49 e 98 da MP nº 627, de 11 de novembro de 2013)

[...]

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS,

quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; (Vide arts. 49 e 98 daMP nº 627, de 11 de novembro de 2013)

[...] (grifos não originais)

Da leitura do preceito legal em destaque, extrai-se que somente o valor ICMS cobrados nas operações submetidas ao regime de substituição tributária podem ser excluído da base de cálculo das citadas Contribuições. Por outro lado, o valor do ICMS cobrados nas demais modalidades de operações, situação em que se inclui o caso em apreço, por falta de previsão legal, deve compor a referida base cálculo.

Dessa forma, fica demonstrada a improcedência da alegação da recorrente de que o valor do ICMS não integrava a base de cálculo da referidas Cotribuições, uma vez que não representava riqueza, mas sim receita do Erário Estadual.

Deveras, o faturamento compreende o valor total da operação de venda, nele incluído, inequivocamente, o valor do ICMS. Aliás, a própria base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. Trata-se da metodologia de cálculo, denominada de “método por dentro”, em que o imposto é incluído no valor da mercadoria, constituindo o destaque do valor do imposto mero controle escritural. Logo, se o ICMS incide sobre si mesmo, torna-se certo concluir que ele não pode ser desconsiderado do conceito de faturamento e, por conseguinte, da base de cálculo da Cofins.

Nesse sentido, o entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), reafirmada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 582.461/SP¹, sob o regime de repercussão geral, cujo trecho do enunciado ementa, pertinente ao assunto em apreço, segue transcrito:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

*3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. **A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente,** pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto*

¹ O tema já foi apreciado pelo STF, no julgamento do RE nº 212.209, ementado nos seguintes termos: "Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido." (RE 212209, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1999, DJ 14-02-Aute 2003-PP-00060-EMENTA VOL-02098-02 PP-00303)

já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.

[...]

5. *Recurso extraordinário a que se nega provimento.* (STF. Tribunal Pleno. RE 582461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/5/2011, DJe-158 divulg 17-08-2011 public 18-08-2011 ement vol-02568-02 pp-00177) - grifos não originais

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a matéria foi objeto das Súmulas 68 e 94, a seguir transcritas:

SÚMULA 68: A PARCELA RELATIVA AO ICM INCLUI-SE NA BASEDECÁLCULODO PIS.

SÚMULA 94: A PARCELA RELATIVA O ICMS INCLUI-SE NA BASEDECÁLCULODO FINSOCIAL.

Em recentes julgamentos, o STJ tem reafirmado esse entendimento. Nesse sentido, o enunciado da ementa do acórdão proferido no julgamento, realizado em 11/2/2014, do Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.422.739/PR, a seguir reproduzido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DE COFINS. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência consolidada em ambas as Turmas especializadas em direito público deste Tribunal é firme no sentido de que os valores provenientes do crédito do ICMS não ostentam natureza de receita ou faturamento, mas mera recuperação de custos na forma de incentivo fiscal concedido pelo governo para desoneração das operações, não integrando, portanto, a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Precedentes: Ag 1.352.512, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/11/10; REsp 1.205.072/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 14/2/12; AgRg no REsp 1.318.196/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24.8.2012; AgRg no REsp 1.214.684/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 1.8.2012; AgRg no REsp 1159562/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/03/2012; AgRg no REsp 1165316/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/11/2011; AgRg no REsp 1229134/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011; REsp 1025833/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008; AgRg no REsp 1.282.211/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 19.6.2012.

2. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1422739/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

É pertinente esclarecer que a constitucionalidade do art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718, de 1996, que, implicitamente, autoriza a inclusão do valor ICMS na base cálculo das citadas Contribuições, encontra-se sob análise no Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 240.785-MG.

Relativamente à ADC nº 18 (proposta pelo Presidente da República), o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. A suspensão dos julgamentos deferida liminarmente foi sucessivamente prorrogada nas sessões plenárias realizadas em 4/2/2009, em 16/9/2009, e, finalmente, em 25/3/2010, quando o Tribunal, pela última vez, prorrogou por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

Quanto ao RE nº 240.785-MG, o mesmo foi também sustado até o julgamento do ADC nº 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento do RE em tela, uma vez que a ADC, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria.

De consulta realizada no sítio do STF, obteve-se a informação de que, até a presente data, nenhuma das duas ações foram julgadas.

Com base nessas considerações e por entender que não há norma legal vigente que autorize a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, firma-se o entendimento de que inexistente o suposto crédito compensado, porque, diferentemente do alegado pela recorrente, os pagamentos a maior que o devido, por ela discriminados na listagem de fls. 5/9, são todos eles devidos.

Por fim, em face das conclusões apresentadas, fica prejudicada a análise da alegação da recorrente de que os valores dos créditos requeridos deveria ser corrigidos com base na variação da taxa Selic, que visava apenas recompor a desvalorização da moeda. Aliás, inexistente controvérsia sobre o assunto, pois tal correção, encontra-se expressamente determinada no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 1997, e, caso existente o crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior do que devido, passível de restituição, a Administração tributária, indetemente de requerimento do contribuinte, tem reconhecido tal acréscimo ao indébito tributário.

Por todo o exposto, vota-se por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, para manter na íntegra o acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento

Processo nº 13601.001296/2008-14
Acórdão n.º **3102-002.206**

S3-C1T2
Fl. 103

CÓPIA