

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

Processo nº 13674.000092/2008-11
Recurso nº 268.875 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.441 – 1ª Turma Especial
Sessão de 28 de junho de 2010
Matéria COFINS RESTITUIÇÃO
Recorrente MINERACAO CORUMBA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2007

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

Tratando-se de pagamentos indevidos ou a maior efetuados por iniciativa do contribuinte, tem-se que decorrido o prazo de cinco anos, contados a partir dos referidos pagamentos, opera-se a extinção do direito de pleitear a restituição, nos termos do artigo 168, I, c/c. artigo 165, I, ambos do CTN.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCABÍVEL.

Na apuração da base de cálculo da Cofins, é incabível a exclusão do ICMS pago pela contribuinte, o qual integra a receita bruta.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULA CARF Nº 2.

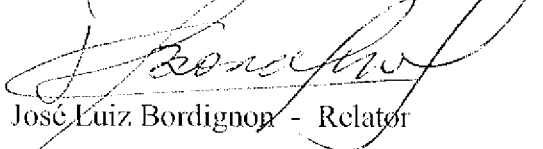
As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


Magda Cotta Cardozo - Presidente


José Luiz Bordignon - Relator

EDITADO EM: 19/07/2010

Participaram do presente julgamento os conselheiros Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Arno Jerke Júnior, Andréia Dantas Lacerda Moneta, José Luis Bordignon e Maria Adelaide Carrero Gonçalves de Aquino (Suplente).

Ausente, justificadamente, a Conselheira Renata Auxiliadora Marchetti.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

"A contribuinte acima qualificada apresentou pedido de restituição de valores recolhidos indevidamente a título de Cofins, no montante de R\$ 578.965,20, sob o fundamento de que os pagamentos se deram sem a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição (fl. 01).

Às fls. 07/08, foi juntado ao processo demonstrativo dos créditos, referentes aos períodos de apuração de janeiro de 2002 a dezembro de 2007.

O crédito requerido foi utilizado em declaração de compensação eletrônica, transmitida em 02/04/2008 (fls. 10/12)

Em despacho decisório de fl. 13, a autoridade jurisdicionante indeferiu o pedido de restituição e não homologou a compensação declarada, aduzindo que a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição somente é possível quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, situação não comprovada nos autos

Cientificada da decisão em 22/04/2008 (fls. 14), a contribuinte manifestou, em 13/05/2008 (fls. 15), sua inconformidade, alegando, em síntese e fundamentalmente, que (fls. 16/30):

- toda documentação comprobatória do direito creditório encontra-se disponível na contabilidade da empresa,*
- a natureza do ICMS contrasta, de forma insuperável, com a definição constitucional de faturamento, prevista nas Leis nº 10.637, de 2002 e 10.833, de 2003, que abrangem e encerra as receitas próprias auferidas, jamais receitas de terceiros, já que o ICMS será, necessária e integralmente, recolhido aos Estados da Federação;*

• a partir da análise dos diplomas legais e da doutrina, percebe-se, de forma evidente, que a definição de faturamento se limita à receita proveniente da venda de mercadorias e serviços, sendo que qualquer interpretação extensiva se apresenta, inexoravelmente, equivocada e ilegal,

• o STF, no RE 240.785-2, praticamente definiu a questão, com perspectivas de ganho excelentes,

... ainda que se argumente que o valor do ICMS é repassado para os clientes, por constar no preço da operação comercial, não menos certo é que o montante repassado é recolhido aos cofres públicos, não ensejando qualquer ganho para o contribuinte do ICMS,

... permitir a incidência das contribuições sobre o ICMS implica autorizar a duplicidade de um ônus fiscal, bem como o recolhimento de contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor para a recorrente;

... sobre os valores requeridos há de ser acrescida a devida atualização, que deverá retroagir à data de apuração dos valores;

... a presente defesa alcança a respectiva declaração de compensação, devendo permanecer suspensa a exigibilidade na forma do artigo 151 do CTN

É o relatório”.

A Delegacia de Julgamento de Belo Horizonte proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2007

Ementa:

Para determinação da base de cálculo da Cofins, somente é possível excluir-se o ICMS da receita bruta quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Solicitação Indeferida”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fls. 39 a 47, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

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

Requer a manifestante a repetição de indébitos oriundos da não exclusão do ICMS da receita bruta na apuração da base de cálculo da Cofins.

Constata-se, de plano, que parte dos valores solicitados pela interessada se referem a períodos de apuração que ultrapassaram o prazo de 05 (cinco) anos entre a data do recolhimento indevido ou a maior e a data do protocolo do pedido de restituição.

A contribuinte, conforme planilha de fls. 07, recolheu valores a título de Cofins, nos períodos compreendidos entre 01/01/2002 a 31/12/2007, incluindo na base de cálculo desta contribuição o valor relativo ao ICMS, que, segundo seu entendimento, representou um pagamento indevido.

Com relação a restituição de valores indevidamente pagos, assim dispõe o art. 168 do Código Tributário Nacional:

Art. 168 — O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados

I — nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário

II — na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Conforme artigo acima colacionado, o prazo é sempre de cinco anos, entretanto a data de início da sua contagem possui variações. É o que se depreende do artigo 165 do CTN, *in verbis*:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos.

I — cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II — erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III — reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória

4



No caso presente, como visto anteriormente, o indébito teve origem nos pagamentos supostamente indevidos efetuados pelo contribuinte.

Portanto, o pedido de restituição tem suporte nos incisos I e II do artigo 165 do CTN, contando-se o prazo de decadência a partir de cada pagamento indevido, ou "da data da extinção crédito tributário", de acordo com o que estabelece o inciso I do artigo 168, do CTN.

Considerando-se que o pedido de restituição foi protocolizado na unidade da Receita Federal do Brasil (RFB) em 01/04/2008 e que os pagamentos objeto do presente requerimento foram realizados entre 01/01/2002 a 31/12/2007, tem-se que, para aqueles recolhimentos efetuados entre 01/01/2002 a 31/03/2003, ou seja, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 168, I, do CTN, consumou-se a preclusão do direito, restando caracterizada a decadência.

Quanto aos demais períodos, examinando-se o recurso apresentado, constata-se que a razão de pedir da interessada tem assento na defesa da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de Cálculo da Cofins.

Nesse aspecto, é de se registrar que somente a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é que autoriza o julgador administrativo a afastar a aplicação da Lei ao caso concreto, conforme disposto no parágrafo único, do art. 4º, do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, *in verbis*:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

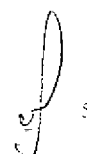
III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Portanto, no que diz respeito a este órgão administrativo, resta declarar que não pode conhecer das alegações de inconstitucionalidade postas pela recorrente em face de que lhe falta competência para apreciar questões desta ordem.

Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 assim dispõe:

 5

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)(grifou-se)

()

Outrossim, essa discussão já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme o disposto na Súmula Nº 2:

Súmula CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No mérito, a questão se restringe na possibilidade ou não da recorrente excluir da sua base de cálculo da Cofins os valores referentes ao ICMS.

Para auxiliar na solução da lide, transcrevo, a seguir, os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

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)

§ 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;

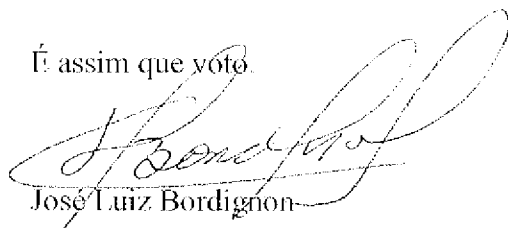
Como se observa da legislação acima transcrita, a lei só excluiu o ICMS da base impositiva das contribuições em exame quando for ele pago em regime de substituição tributária. Esse regime, por sua vez, é excepcional e depende de expressa previsão legal (art. 150, § 7º, da Constituição Federal/88). Logo, regra geral, não sendo o valor pago a título de ICMS decorrente de substituição tributária, não deve ser ele deduzido da base de cálculo da COFINS.

Portanto, quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, não cabe razão à recorrente, tendo em vista que o ICMS é componente do preço do produto, que comporá, no somatório, o valor que servirá de base de cálculo daquela exação.

Por fim, uma vez que inexistente na legislação de regência dessa contribuição a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo e, não podendo o julgador administrativo criar

exclusão onde o legislador não o fez, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É assim que voto.



Handwritten signature of José Luiz Bordignon in cursive script.

José Luiz Bordignon