



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

Processo nº 13707.002219/2005-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-003.528 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2017
Matéria EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO COFINS
Recorrente VULCAN MATERIAL PLÁSTICO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2003 a 15/08/2005

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DA PARCELA DE ICMS.

Os tributos incidentes sobre o valor do preço da mercadoria e de serviços integram à base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário, vencida a Conselheira Lenisa Prado, que dava provimento.

Ricardo Paulo Rosa - Presidente.

Domingos de Sá Filho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ricardo Paulo Rosa (presidente), Jose Fernandes do Nascimento, Domingos de Sá Filho (relator), Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Lenisa Rodrigues Prado, Paulo Guilherme Deroulede, Sarah Maria Linhares de Araujo e Walker Araujo

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em razão do Acórdão que manteve o indeferimento de restituição de crédito de COFINS com pedido de compensação da mesma contribuição referente ao período de apuração de 01/03/2003 a 15/08/2005.

O crédito pretendido pela empresa Recorrente a ser utilizado em compensação com débito da COFINS é o oriundo da apuração sobre o faturamento, deduzido os impostos incluídos no preço venda relativos ao ICMS.

O indeferimento decorre da ausência de previsão legal a autorizar o contribuinte excluir da base de cálculo os impostos incluídos no preço de venda e de prestação de serviços., deixando de homologar as compensações solicitadas.

A Recorrente sustenta em suas razões recursais fls 197/,que em virtude da inclusão indevida dos valores do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da apuração da COFINS, afirma tratar de crédito legítimo, cuja tomada é expressamente autorizada pela Lei e pela Constituição Federal.

Alega, também, que o pleito pode ser formulado em papel,quando não for possível fazê-lo via PERDCOMP.

É o que interessava relatar.

Voto

Conselheiro Domingos de Sá Filho, Relator.

Cuida de recurso tempestivo e merece ser conhecido por atender os pressupostos de admissibilidade.

O ponto nodal da questão trazida no bojo desse processado se refere à exclusão da base de calculo da COFINS o valor correspondente ao Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) encontra incluído no preço de venda.

A Interessada, alega que inadvertidamente, ao calcular a contribuição da COFINS, manteve incluído ao valor do faturamento o ICMS, consequentemente, apurou contribuição maior do que a devida, razão pela qual solicitou restituição.

A regra legal atual traçada, que a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS devem considerar o preço da mercadoria e do serviço prestado, integrado pelos eventuais reajustes contratuais .Assim, o regulamento disciplina que integra a base de cálculo os impostos incidentes embutidos no preço de venda ou do serviço.

É verdadeira a critica dos juristas, que não aceita a inclusão a base de cálculo do próprio imposto, assim como, os impostos incidentes nas operações de venda e de serviços incluídos à base de cálculo das contribuições aqui tratadas. Defendem a exclusão dos tributos da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustentando, que esses tributos dado a suas naturezas tributárias se revelam como despesas e não como receita, em sendo assim, não configura qualquer medida de riqueza a enquadrá-los nas hipóteses de incidência destas contribuições. Concluem, que o ICMS, por seu turno, é um imposto indireto, sendo que, a pessoa jurídica realiza, apenas e tão só, o mero repasse da receita.

A legislação pertinente quando tratou de exclusão da base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS o fez de modo expreso. Portanto, as exclusões permitidas são aquelas contidas na legislação ao tempo dos fatos geradores. No que concerne à exclusão do ICMS da apuração das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, também não vejo como acolher o pleito aviado, porquanto, para fazê-lo, deveria negar vigência e aplicação ao

art. 3º, § 2º da Lei nº 9.718/98, que arrola taxativamente as deduções da base de cálculo admitidas, nela não se encontrando catalogado o ICMS incidente sobre vendas, devido por obrigação própria, mas exclusivamente a parcela concernente à substituição tributária.

O Superior Tribunal de Justiça mantém o entendimento que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, motivo da edição das Súmulas 68 e 94.

É cediça a impossibilidade de discussão acerca de constitucionalidade de normas no âmbito do processo contencioso administrativo, entendimento já pacífico e remansoso neste sodalício, devidamente estampado na súmula CARF nº 2, cujo verbete colige: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*. Corroborando este entendimento, com a publicação da Lei nº 11.941/09, que alterou diversos dispositivos do Decreto nº 70.235/72, passou a existir vedação expressa tocante ao assunto, como se verifica no art. 26-A deste diploma legal, *verbis*:

“II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (“Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).”

É certa que a norma comporta exceções, em especial a existência de decisão plenária definitiva da Corte Suprema reconhecendo a inconstitucionalidade do ato legal, essa matéria encontra em debate no STF por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº18, embora tenha sido julgada no bojo do RE 240.785 – MG, quando se reconheceu o direito do contribuinte excluir da base de cálculo o valor do ICMS, embora tratar-se de decisão, com efeito, “inter partes”, essa decisão por maioria de votos quanto à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, sinaliza o norte que pode ser adotado no caso ADC 18, bem como, RExt 574.706, que encontra em repercussão geral, mesmo que atualmente à composição do tribunal seja outra.

Em sendo assim, aplicação dessa decisão não é compulsória.

Em síntese, a vindicada exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins não possui respaldo legal. Tenho que não merece serem acolhidos os argumentos da empresa recorrente, acertada a decisão proferida, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego provimento.

É como voto.

Domingos de Sá Filho