Processo nº : 13807.006475/99-15
Recurso nº : 116.096
Acórdão nº : 203-11.839

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 25 / 04 / 07
Rubrica

Recorrente : AIR PRODUCTS GASES INDUSTRIAIS LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 28 / 04 / 07
VISTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. Alegações de inconstitucionalidade constituem-se em matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste Processo Administrativo Fiscal, sendo da competência exclusiva do Poder Judiciário.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO. A base de cálculo do PIS é o faturamento ou receita bruta, sem exclusão do valor do ICMS devido, destacado nas notas fiscais de saída e que compõe o preço total do produto.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. RITO PRÓPRIO. Não compete aos Conselhos de Contribuintes se pronunciarem sobre pedido de compensação, exceto em sede de recurso voluntário interposto contra decisão da primeira instância que apreciou manifestação de inconformidade relativa ao pedido, sendo que eventuais excessos de recolhimentos, ainda que detectados no curso da fiscalização, devem ser aproveitados pelo contribuinte por meio do procedimento próprio, em vez de empregados para redução dos valores lançados.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **AIR PRODUCTS GASES INDUSTRIAIS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso.**

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

Processo nº : 13807.006475/99-15
Recurso nº : 116.096
Acórdão nº : 203-11.839

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Odassi Guerzoni Filho, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
Ausente, justificadamente, o Conselheiro Cesar Piantavigna.
/eaal

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 23 / 04 / 07
VISTO

Processo nº : 13807.006475/99-15
Recurso nº : 116.096
Acórdão nº : 203-11.839

Recorrente : AIR PRODUCTS GASES INDUSTRIAIS LTDA.

RELATÓRIO

Retornam os autos a esta Terceira Câmara, após julgamento da Câmara Superior de Recursos Especiais que deu provimento a Recurso Especial interposto Procuradoria da Fazenda Nacional, tratando da decadência.

Nos termos da decisão daquela Egrégia Corte (Acórdão CSRF/02-01.687, fls. 291/299), foi reformada decisão desta Câmara (Acórdão nº 203-08.534, fls. 236/250), que dera provimento parcial ao Recurso Voluntário julgando atingidos pela decadência os fatos geradores ocorridos até maio de 1994, por considerar o prazo decadencial de cinco anos. A CSRF, interpretando que referido prazo é de dez anos, modificou o julgado e determinou o retorno dos autos a este Colegiado, para análise do mérito no período antes considerado decaído.

As alegações contidas no Recurso Voluntário (fls. 213/226), afora a relativa à decadência, atingem todos os períodos da autuação, que conforme o Auto de Infração (fls. 05/31) correspondem aos meses de abril de 1992 a novembro de 1998. Por isto convém reproduzir o relatório do Acórdão desta Terceira Câmara, exceto na parte em que trata da decadência e da admissibilidade do Recurso Voluntário, questões já superadas (fls. 238/241):

> *Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório constante da Decisão Recorrida de fls. 62 a 71:*
>
> *"Conforme consta do Termo de Constatação de fl. 02, a empresa acima identificada, excluiu o valor do ICMS, da base de cálculo da COFINS no período compreendido entre 04/1992 a 11/1998.*
>
> *Em decorrência das irregularidades apuradas foi lavrado o auto de infração de fl. 28, em 17/06/1999, com fundamento nos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70 de 30/12/1991.*
>
> *O contribuinte representado por seu procurador (fls. 42/43), apresentou impugnação de fls. 34/41, onde alega em síntese que:*
>
> *Preliminarmente*
>
> *- com fundamento no art. 9º, § 1º do Decreto nº 70.235/1972, requer que as impugnações apresentadas aos autos de infração relativos ao PIS e 'COFINS', sejam analisadas conjuntamente;*
>
> *(...)*
>
> *Mérito*
>
> *- nos termos do artigo 6º do CTN, o legislador não pode alterar conceitos utilizados pelo constituinte;*

- o termo faturamento, conforme entendimento do STF designa a receita decorrente das atividades próprias da empresa, o conjunto dos receitas originadas das atividades de venda de mercadorias, serviços ou de ambos, nos termos do Artigo 22, letra 'a', do Decreto-lei nº 2.397/1987;

- ao admitir a exclusão do IPI e não do ICMS da base de cálculo da COFINS referendou-se uma ilegalidade, pois, econômica e contabilmente ambos os impostos produzem os mesmos efeitos nas receitas das empresas, apenas a receita líquida destes impostos permanece efetivamente com a empresa;

- a alegação de que o ICMS é um imposto cujo valor integra a própria base de incidência, daí sua exclusão da base de cálculo da COFINS, não subsiste, pois, este fato decorre do exercício da competência outorgada ao legislador complementar, para tratar apenas da base de cálculo do ICMS. O fato de existir tal previsão não obriga os demais legisladores;

- a impugnante possui crédito contra a Fazenda relativo ao PIS;

- a interessada tem o direito de efetuar a compensação destes valores com os montantes que estão sendo exigidos na presente autuação. compensação que já deveria ter sido efetuada pela fiscalização, nos termos do art. 7º do Decreto-lei nº 2.287/1986 e art. 73 da Lei nº 9.430/1996;

- os créditos da interessada são líquidos e certos, nos termos do artigo 1.533 do Código Civil;

- a certeza advém da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/1995. que tornou automaticamente indevidos os valores recolhidos ao amparo das normas declaradas inconstitucionais, de existência certa porque é de validade inquestionável;

- quanto a determinação do valor do crédito, anexa-se planilha, da qual poderá se apurar o montante questionado;

- não se alegue que parte do crédito da impugnante estaria prescrito, pois, a interessada ingressou com ação declaratória na 17ª Vara da Justiça Federal, inclusive a sentença prolatada, autorizou a utilização da base de cálculo correspondente ao sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador;

- requer seja julgada procedente a impugnação apresentada."

Decidindo o feito a autoridade monocrática manteve a exigência, afastando a preliminar de decadência (...).

Quanto à ilegalidade apontada pela autuada, ressalta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1-1/DF, decidiu, por unanimidade de votos, pela constitucionalidade da COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, não cabendo aos órgãos integrantes do Poder Executivo manifestarem-se direta ou indiretamente sobre a validade das leis.

No mérito, afirma que a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS não encontra amparo legal na legislação de regência, citando os arts. 2º e 10º, parágrafo único, da LC nº 70/91, e 12, caput § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77 (arts. 178 e 179 do RIR/80 e 226 e 227 do RIR/94) e PN CST nº 77/86.

Processo nº : 13807.006475/99-15
Recurso nº : 116.096
Acórdão nº : 203-11.839

Quanto ao pedido de compensação do crédito tributário apurado na ação fiscal com créditos relativos ao PIS, pondera que o mesmo tem rito próprio, sendo competente para decidi-lo o Delegado da Receita Federal, conforme o disposto nos arts. 1º, X, e 2º, da Portaria SRF nº 4 980/94.

Irresignada, a interessada interpôs, através de seu bastante procurador (fls. 92/94), o Recurso Voluntário de fls. 79 a 90, argüindo, em preliminar, a decadência (...).

No mérito, argúi que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS, ao contrário do entendimento esposado pelo julgador singular, pois esses valores não têm a natureza de "faturamento", sendo receita que transita pelo patrimônio do contribuinte sem, contudo, pertencer-lhe.

Citando o disposto no art. 14 da Lei nº 8.541/92, diz que o contribuinte de fato, no caso do ICMS (imposto indireto), é o consumidor final do produto, não guardando o valor desse imposto qualquer vínculo com o patrimônio da empresa, sendo retido pela mesma, que exerce verdadeiro papel de arrecadadora de tributos em prol do erário público. Corroborando o alegado, transcreve trechos do voto proferido pelo ilustre Ministro Marco Aurélio (RE nº 240.785-2/MG, de 16.09.99).

Aponta, ainda, invasão de competência da União, ao admitir que a COFINS atinja o mesmo fato econômico que o ICMS e, ad argumentandum, conclui "que estar-se-ia admitindo, por meios tortuosos, sem qualquer respaldo constitucional, a incidência de um tributo federal sobre um substrato econômico reservado à tributação estadual".

Quanto à compensação com créditos do PIS, afasta a argumentação contida na r. decisão recorrida, alegando que a própria fiscalização deveria ter procedido à mesma, conforme determinação expressa dos arts. 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86 e 73 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 03 / 04 / 07
VISTO

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Tendo em vista que este novo julgamento, por esta Terceira Câmara, decorre da decisão da CSRF, a lide, nesta oportunidade, se circunscreve ao período inicialmente julgado decaído: de abril de 1992 a maio de 1994.

De igual modo ao que foi decidido no Acórdão nº 203-08.534, também julgo não assistir razão à recorrente.

Não aprecio os argumentos de suposta inconstitucionalidade da COFINS (segundo a recorrente teria havido invasão de competência por parte da União, no que a Contribuição atinge o mesmo fato econômico que o ICMS), por ser matéria reservada ao Judiciário, como inclusive já informa o art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

Quanto ao argumento de que o valor do ICMS não integraria o faturamento, definido pelo art. 195, I, da Constituição, é desarrazoado.

A inclusão do valor do imposto estadual na base de cálculo da COFINS, bem assim na do PIS, é certa em virtude de o ICMS integrar o valor da mercadoria vendida, já que calculado "por dentro".

Diferentemente do IPI – cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria -, o ICMS integra o faturamento, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91. Daí ser indubitável a sua inclusão na base de cálculo da Contribuição.

Embora o tema tenha sido reaberto recentemente no âmbito do STF, por ocasião da retomada do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, que ainda não findou,[1] até então era pacífico, tanto nesta esfera administrativa quanto na judicial.

Por último a alegação de compensação com indébitos do PIS.

Como é cediço, a repetição de indébito ora debatida possui normas específicas. O art. 170 do CTN, ao tratar do tema, já informa que a compensação de créditos tributários somente pode se efetivar nas condições e sob as garantias que a lei estipular.

[1] Referido julgamento foi iniciado em 08/09/1999 com o voto do Min. Marco Aurélio e, naquele ano, interrompido pelo pedido de vista do Min. Nelson Jobim, que saiu do Colendo Tribunal sem pronunciar o seu voto. Retomado o julgamento em 24/08/2006, agora com a nova composição da Corte, votaram acompanhando o relator, pela exclusão da base de cálculo do ICMS da COFINS, os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Na votação que decidiu pelo conhecimento do Recurso, restaram vencidos os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau, que dele não conheciam por considerarem ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional.

Processo nº : 13807.006475/99-15
Recurso nº : 116.096
Acórdão nº : 203-11.839

Sob pena de supressão de instância, os pedidos de compensação devem seguir rito próprio, a começar pela análise por parte das Delegacias ou Inspetorias da Receita Federal, cujo indeferimento pode ser seguido de manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento e posterior Recurso Voluntário, se for o caso.

Se ao final do processo específico for reconhecido ao contribuinte o direito creditório, o valor a repetir poderá até ser utilizado para liquidação de crédito tributário objeto do Auto de Infração contestado, mediante compensação. Não se admite, todavia, que pedido de compensação sirva como meio transverso de contestação a lançamento regular, como pretendido neste processo.

No caso em tela, a recorrente, para compensar tributos de espécies distintas, deveria ter formulado o pedido próprio, em vez de simplesmente alegar ser detentora de crédito referente ao PIS recolhido com base nos indigitados Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e que cabia à fiscalização, quando do procedimento fiscal, ter efetuado tal compensação, nos termos dos arts. 7º do Decreto-Lei nº 2.287/1986 e 73 da Lei nº 9.430/96.

Além do mais, e como já observado pela relatora do Acórdão nº 203-08.534, a ilustre Conselheira Lina Maria Vieira, a recorrente nem ao menos comprovou a existência de aludido crédito.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

MIN DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 08 / 04 / 07
VISTO