



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13829.000128/2006-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-005.679 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de setembro de 2019
Recorrente SUPERMERCADO LUZITANA DE LINS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

Período de apuração: 31/07/2003 a 31/12/2005

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de cálculo da Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Luís Felipe de Barros Reche (suplente convocado), Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Hércio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior. Ausente, justificadamente, o conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, substituído pelo conselheiro Luís Felipe de Barros Reche (suplente convocado).

Relatório

Trata o presente processo de pedido de compensação de débitos próprios com crédito da Cofins oriundo de pagamentos efetuados no período de 1995 a 2003.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, passamos a transcrever o Relatório da decisão de primeira instância administrativa:

O interessado apresentou Pedido de restituição no valor de R\$ 869.279,35, fls. 1/21, de suposto crédito de recolhimentos indevidos ou a maior . a título de

COFINS, efetuados no período entre de 1995 a julho de 2003, conforme planilha de fls. 20/21.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Bauru, através do Despacho Decisório de fls. 27/29, indeferiu o pedido do interessado, pela inexistência de direito creditório, baseando sua decisão nas disposições contidas na Lei nº 9.718, de 1998, artigos 2º e 3º § 2º que não contempla o ICMS como parcela admitida a excluir da base de cálculo da COFINS, ou seja, não existe previsão legal para a exclusão pretendida pelo interessado.

O interessado, cientificado em 26/06/2006, fl. 31, apresentou manifestação de inconformidade, fls. 33/55, onde, em breve síntese, alega:

- a) Que o conceito de faturamento provém do Direito Privado e da Doutrina e que o legislador ordinário não respeitou tal conceito ao permitir, de forma incorreta, a inclusão de imposto — ICMS — na base de cálculo da COFINS, fato esse que implica em desobediência à Constituição Federal, de 1988, vem como ao Código Tributário Nacional — CTN, mais precisamente ao seu artigo 110. Tece longa consideração a respeito do conceito de faturamento.
- b) Que o valor do ICMS não constitui faturamento, por não pertencer à empresa, e que a LC nº 70/91, *"maliciosamente excluiu da base de cálculo somente o IPI"*, e que a Lei nº 9.718, de 1998, alargou o conceito de faturamento e excluiu da base de cálculo o IPI e o ICMS, este quando cobrado pelo vendedor de bens e serviços na condição de substituto tributário;
- c) Que o legislador ordinário, ao legislar sobre a COFINS em 1991, introduziu a idéia que o ICMS integrava o conceito de faturamento e, com isso, criou uma crença de que os impostos integram a base de cálculo do tributo e que o legislador pode excluí-los ou não, como fez com o IPI.
- d) Que a Emenda Constitucional nº 20, de 1998 sacramentou o conceito que receita e faturamento são coisas diferentes, que o art. 110 do CTN dispõe que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e fatos do direito privado e, assim, o valor do ICMS recebido pelo contribuinte de direito para repassá-lo ao Fisco não constitui faturamento. Cita jurisprudência do STJ, especialmente quanto ao alargamento da base de cálculo, pela Lei nº 9.718, de 1998.
- e) Que houve ofensa ao artigo 155, § 2º e artigo 150, II1, da CF/88, sendo inconstitucional a cobrança da COFINS sobre o ICMS.
- f) Que o órgão julgador tem o dever de se manifestar acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade, não para declará-la, mas para deixar de aplicar as normas eivadas de vícios.

Ao final, requer que seja reconhecido seu direito creditório.

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto julgou improcedente a manifestação de inconformidade, proferindo o Acórdão DRJ/RPO n.º 14-21.760, de 08/12/2008 (fls. 77 e ss.), assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/07/2003 a 31/12/2005

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 31/07/2003 a 31/12/2005

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. PREVISÃO LEGAL.

A base de cálculo da contribuição para a COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta auferida. Somente as parcelas legalmente autorizadas podem ser excluídas da base de cálculo, não se enquadrando nessa situação os valores devidos a título de ICMS.

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 84 e ss., por meio do qual sustenta, em apertada síntese, defende que o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS/Cofins.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

Cuida-se de pedido de restituição da Cofins, com origem em pagamentos efetuados no período de julho de 2003 a dezembro de 2005.

Segundo consta dos autos, o valor indevidamente recolhido decorreria da inclusão, em sua base de cálculo, do ICMS estadual.

O pedido de restituição foi indeferido, ao fundamento que o ICMS integra a base de cálculo do PIS/Cofins.

A decisão foi mantida pela DRJ.

Sabe-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, já firmou o entendimento de que o imposto estadual não compõe a base de cálculo das contribuições, interpretação que ele próprio tem aplicado noutros caso que lá tramitam ou tramitaram:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL.
EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS.**

DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.
3. Se o art. 3o, § 2o, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe 223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza

