



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

Processo n° 13839.002878/2007-53
Recurso n° 255.357 Voluntário
Acórdão n° 3401-00.640 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE COFINS - EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO
Recorrente CAFÉ CAIÇARA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/07/2002 a 31/12/2006

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA.

De acordo com o enunciado da Súmula CARF n° 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/07/2002 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO. ICMS INCIDENTE SOBRE AS VENDAS. INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL PARA SUA EXCLUSÃO.

O valor do ICMS cobrado nas operações de venda faz parte do preço do produto, já que é calculado "por dentro", ao contrário do IPI. Além disso, não existe previsão legal para a sua exclusão da base de cálculo da contribuição.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto à matéria referente à análise de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso nos termos do voto do Relator.

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

9

EDITADO EM 19/04/2010

Participaram do julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O julgamento versa sobre matéria relacionada à formação da base de cálculo da contribuição devida à Cofins, notadamente os valores do ICMS incidentes sobre as vendas da Recorrente que, por considerá-los como não integrantes de seu faturamento, postulou a restituição da contribuição sobre eles incidente, para fins de compensação, o que envolveu os períodos de apuração de julho de 2002 a dezembro de 2006, tendo o seu pedido sido formulado em 30/07/2007.

O argumento da instância de piso para manter a decisão da Unidade de origem, de negar a solicitação da postulante e não lhe homologar as compensações declaradas, foi o de que, dentre as exclusões permitidas pela legislação que rege as contribuições devidas ao PIS/Pasep e à Cofins, inclusive sob o regime da não-cumulatividade, não se encontra o valor do ICMS sobre as vendas, e que, a jurisprudência administrativa e judicial se posicionam nesse mesmo sentido. Além disso, não se manifestou quanto às alegações da Impugnante de que a não aceitação da referida exclusão da base de cálculo implicaria numa violação a preceitos constitucionais.

No Recurso Voluntário, a exemplo do que fizera em seu pedido de restituição e na manifestação de inconformidade, a Recorrente discorre sobre a evolução legislativa do PIS/Pasep, para concluir que, sendo a base de cálculo da contribuição o "faturamento", não poderia o valor do ICMS – um tributo – dela fazer parte. Apóia-se no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 240.785-2, que vai ao encontro de sua argumentação. Em, suma, portanto, entende que o ICMS não é receita e, por isso, não pode sofrer a incidência da contribuição.

Aduziu ainda que haveria a eiva de inconstitucionalidade na legislação do PIS/Pasep e da Cofins que tratam do regime da não-cumulatividade, visto que o STF já definiu que a incidência de tais contribuições só pode se dar sobre o faturamento e não sobre "todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica". Por fim, suscitou ainda a Recorrente que a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição importaria na violação aos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional e do art. 145, § 1º da Constituição Federal.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 11/03/2008, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 08/04/2008. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Não obstante a Recorrente tivesse colacionado decisão do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes que enfrentara questões ligadas ao afastamento de lei supostamente viciada de inconstitucionalidade, o fato é que, desde a edição da Súmula nº 2, aprovada na Sessão Plenária de 18 de Setembro de 2007, publicada no DOU de 26/09/2007, Seção I, pág. 28, este Colegiado está legalmente impedido de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária, daí não conhecer do presente Recurso Voluntário na parte que o mesmo a ela se refere. Referido entendimento foi ratificado, a teor do enunciado da **Súmula CARF nº 2**, consolidada no Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009, segundo a qual "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Quanto ao voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no Recurso Extraordinário nº 240.785-2, que versa sobre a possibilidade de exclusão da base de cálculo da Cofins dos valores do ICMS sobre as vendas, de se esclarecer que o referido julgamento ainda não se concretizou e, mesmo que seja desfavorável à tese defendida pela Fazenda Nacional, seus efeitos alcançarão apenas as partes nele envolvidas, não se incluindo a ora Recorrente.

De todo modo, a esmerada peça recursal, ao desfilas a evolução legislativa da Cofins, desde a edição da Lei Complementar nº 70/91, procurou demonstrar que o que deve ser tributado é apenas o produto do **faturamento** das empresas, conceito no qual o valor do ICMS, um tributo destacado e cobrado dos clientes por ocasião das vendas, não se enquadraria.

Aproveitou-se ainda a Recorrente para invocar a recente decisão do STF proferida no Recurso Extraordinário nº 346.084-6/PR, que considerou as expressões *receita bruta* e *faturamento* como sinônimas e inconstitucional o alargamento da base de cálculo promovido pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, para dizer, por conta disso, que, se o valor do ICMS não é faturamento e é considerado pelo Fisco como "outras receitas", não poderia sofrer a incidência da contribuição.

Não considero que o posicionamento do STF de considerar inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins promovido pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, possa ser utilizado como argumento para os fins desse julgamento, até porque em nenhum momento ou em nenhuma parte daquela decisão, houve a preocupação específica com a parcela do ICMS, já que a discussão se deu em torno da possibilidade legal de se promover o alargamento do conceito de receitas.

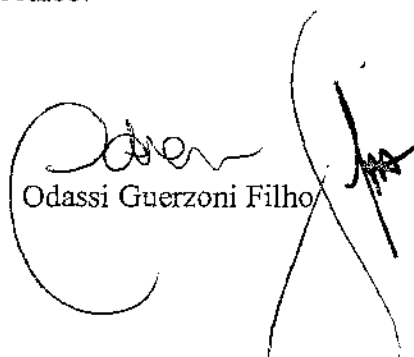
De outra parte, entendo que as características de cobrança e a forma de destaque no documento fiscal correspondente do valor do ICMS incidente sobre as vendas não permitem que possa ser ele "descolado" do valor do *faturamento*. É que, como se sabe, o

ICMS, ao contrário do IPI, é calculado "por dentro", ou seja, é embutido no valor da total da fatura, embora possua no documento fiscal correspondente um campo específico demonstrando o seu valor, e isso faz com que seja considerado como integrante do *faturamento/receita bruta* para fins de registros fiscais e contábeis. Tanto é que se o valor total da nota fiscal de venda for de \$ 100, será este o valor que será registrado no livro fiscal e na contabilidade da empresa a título de *faturamento/receita bruta*, sendo que a parcela do ICMS será contabilizada, a débito de uma conta de *Dedução de Vendas* e a crédito de uma conta de *obrigações*. Em outras palavras, o valor do ICMS faz parte do preço que é cobrado do comprador, e, portanto, integra o valor da receita dele cobrada.

E, em se configurando como uma simples *dedução* de venda, para se ver excluída da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, haveria de existir uma disposição legal expressa nesse sentido, o que se deu apenas em relação ao IPI e ao próprio ICMS, mas, este, porém, somente nos casos da substituição tributária, o que não é a situação da Recorrente, haja vista a disposição expressa nesse sentido contida na parte final do inciso I do parágrafo 2º do art. 3º da referida Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Assim, tanto no regime da cumulatividade quanto no da não-cumulatividade, não há disposição legal expressa permitindo que se retire da base de cálculo da contribuição o valor do ICMS cobrado por ocasião das vendas de mercadorias.

Em face do exposto, não conheço do Recurso Voluntário na parte em que o mesmo se suscita uma suposta violação a princípios constitucionais e, na parte conhecida, nego provimento ao recurso.


Odassi Guerzoni Filho