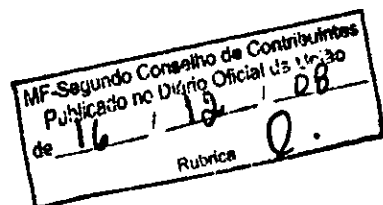




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n° 13886.000200/2001-85
Recurso n° 133.645 Voluntário
Matéria Restituição/Comp. de Cofins
Acórdão n° 202-19.318
Sessão de 04 de setembro de 2008
Recorrente FERMARA REFRIGERAÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP



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

Período de apuração: 01/04/1992 a 31/12/2000

**RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS.
IMPOSSIBILIDADE.**

A parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo da Cofins por se tratar de tributo que integra o preço de venda de mercadorias e serviços e por não haver previsão legal para a sua exclusão.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

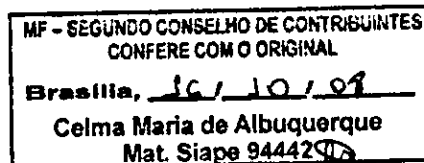
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ANTÔNIO CARLOS ATULIM

Presidente


ANTÔNIO ZOMER

Relator



Brasília, 16 / 10 / 09

Celma Maria de Albuquerque
Mat. Siape 94442

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antônio Lisboa Cardoso, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição/compensação, apresentado em 12/04/2001, referente a valores que teriam sido pagos indevidamente a título de Cofins, por inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição no período de abril de 1992 a dezembro de 2000, conforme demonstrativo de fls. 43/45 e cópia dos Darf de fls. 55/88.

A autoridade fiscal indeferiu o pleito por falta de amparo legal, não homologando as compensações vinculadas, conforme despacho de fls. 317/324.

Cientificada da decisão, a contribuinte apresentou manifestação de incônfôrma, requerendo o reconhecimento do seu direito à restituição/compensação do que pagou a maior de Cofins nos últimos dez anos, alegando que não existe previsão legal para a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição e que o prazo para pedir restituição, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, é de dez nos.

A DRJ em Ribeirão Preto – SP manteve o indeferimento, porque o ICMS integra a base de cálculo da Cofins, não dando origem a indébito tributário.

No recurso voluntário, a empresa reedita as suas razões de defesa, acrescentando que o ICMS, embora integre o preço das vendas, como tributo que é, não pode ser tido como faturamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO ZOMER, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para ser admitido, pelo que dele tomo conhecimento.

Pretende a recorrente o reconhecimento do direito à restituição dos valores da Cofins que incidiram sobre a parcela de ICMS embutida na base de cálculo da Cofins.

A Lei Complementar nº 70/91, ao instituir a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, elegeu, como base de cálculo, o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Posteriormente, a base de cálculo foi ampliada pela Lei nº 9.718/98 para alcançar a totalidade das receitas da pessoa jurídica, porém, com a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da referida lei, declarada pelo STF no ano de 2005, a base de cálculo da Cofins continuou sendo o faturamento.



O art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, dispôs que não integram a receita bruta, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição: o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal; as vendas canceladas ou devolvidas e os descontos concedidos incondicionalmente. Não houve previsão para a exclusão do ICMS contido no valor das vendas, que é calculado por dentro.

Mesmo após a edição da Lei nº 9.718, de 1998, o ICMS continuou integrando a base de cálculo, posto que esta lei também não previu a sua exclusão, exceto nos casos de substituição tributária.

Em sintonia com as Súmulas nºs 68 e 94, do STJ, este Segundo Conselho de Contribuintes vem, reiteradamente, decidindo no sentido de que o valor do ICMS, incluído no preço das mercadorias, integra a base de cálculo da Cofins, podendo-se citar, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 201-80.059, de 28/02/2007; 202-16.779, de 07/12/2005; 203-12.403, de 19/09/2007, e 204-02.443, de 23/05/2007.

Correta, portanto, a decisão recorrida no que concluiu pela impossibilidade de exclusão da base de cálculo da Cofins, da parcela do preço referente ao ICMS, em face da ausência de previsão legal que ampare a pretensão da empresa.

Quanto à compensação efetuada pela recorrente e declarada à Receita Federal, é certo que a mesma extinguiu o crédito tributário sob condição resolutória da ulterior homologação, tanto como é certo que a Delegacia da Receita Federal de jurisdição da contribuinte não homologou as referidas compensações, estabelecendo-se, em decorrência, o litígio ora em julgamento. Conseqüentemente, não se operaram os efeitos extintivos do crédito tributário compensado.

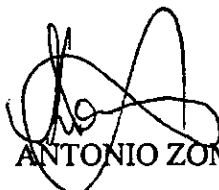
No tocante à alegada inconstitucionalidade de dispositivo legal, cita-se a Súmula nº 2, deste Segundo Conselho de Contribuintes, que assim dispõe:

"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."

Por fim, anota-se que a apreciação das alegações atinentes ao prazo de que dispõe a contribuinte para pedir a restituição dos pretensos indébitos restou prejudicada, em face da negativa do pedido, no tocante ao mérito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de setembro de 2008.


ANTONIO ZOMER

