



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

Processo nº 16624.001648/2007-81
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-003.243 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2014
Matéria COFINS EXCLUSÃO ICMS
Recorrente 4A COMERCIAL ELETRICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/03/2002

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração da base de cálculo de PIS/Cofins não se pode excluir o valor do ICMS pago pela contribuinte. O valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito à incidência de PIS/Cofins, de modo que, ainda que o recolhimento do ICMS aconteça em momento concomitante à operação de venda, isto não altera o valor da operação de compra e venda e, conseqüentemente, do faturamento.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 21/01/2015 por IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 21/01/2015 por

IVAN ALLEGRETTI, Assinado digitalmente em 02/02/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM

Impresso em 19/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de Pedido de Restituição (fls. 3/10) combinado com Declarações de Compensação (fls. 47/68), fundados na alegação de que o valor do ICMS não deveria ter integrado a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins referente ao recolhimento do mês de 01/1998 a 03/2002.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Guarulhos (DRF), por meio do **Despacho Decisório** (fls. 71/75) negou o pedido do contribuinte, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: Pedido de Restituição/Compensação – COFINS

EMENTA: A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, cobrado na condição de contribuinte, depende de expressa previsão legal, a qual não existe, razão pela qual o imposto apurado não pode ser deduzido.

RESULTADO: PEDIDO INDEFERIDO — Não reconhecimento do direito creditório e não homologação das compensações efetuadas pelo contribuinte.

A DRF, entendeu que tanto a Lei nº 9.718/98 como a Lei nº 10.833/03 listam as hipóteses específicas de exclusão da base de cálculo da Cofins, admitindo a exclusão do ICMS apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, o que não é o caso, de modo que não cabe a exclusão do ICMS.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 80/90) alegando sucintamente que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS prescinde de previsão legal, pois teria respaldo no princípio da capacidade contributiva, e que apenas deve ser considerado como faturamento o valor que o contribuinte recebe pela mercadoria, pois é isto que “fatura”, não se podendo ampliar tal conceito para alcançar o ICMS.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP (DRJ), por meio do Acórdão nº 05-36.646, de 23 de janeiro de 2012 (fls. 94/101), manteve a decisão da DRF, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/03/2002

RESTITUIÇÃO INDEFERIDA. CERTEZA. LIQUIDEZ. COMPROVAÇÃO.

Somente podem ser objeto de restituição créditos líquidos e certos, cuja comprovação deve ser efetuada pelo contribuinte, sob pena de não ter seu crédito reconhecido.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. ICMS.

A legislação define expressamente as parcelas passíveis de exclusão da base de cálculo da contribuição, não demonstrada a previsão legal, nada há que se excluir.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Permanecerá suspensa a exigibilidade dos débitos declarados em DCOMP enquanto estiver presente qualquer das hipóteses previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional CTN.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 108/124), no qual reitera os mesmos argumentos da sua manifestação de inconformidade, acrescentando a alegação de que haveria nulidade do despacho decisório em razão de a notificação não ter acontecido na pessoa dos sócios da pessoa jurídica.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso voluntário foi protocolado em 23 de março de 2012 (fl. 108), dentro do prazo de 30 dias contados da notificação do acórdão da DRJ, ocorrida em 23 de fevereiro de 2012 (fl. 104).

Por ser tempestivo e conter fundamentos de reforma ao acórdão recorrido, dele tomo conhecimento.

1. Preliminar de nulidade.

O recorrente alega que seria nulo o despacho decisório, porque a notificação teria de acontecer exclusivamente na pessoa do sócio da pessoa jurídica com poder para tanto.

Ocorre que o PAF (Processo Administrativo Fiscal – Decreto nº 70.235/72) prevê expressamente que a intimação dos atos processuais em Âmbito administrativo pode acontecer por qualquer das seguintes modalidades:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I -pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II -por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:(Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou(Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

Como visto, a intimação postal se consuma pela prova do recebimento da correspondência no endereço do contribuinte, endereço por ele declarado à RFB como seu domicílio fiscal.

Realizado tal procedimento, configura-se a intimação válida do contribuinte em âmbito administrativo.

É este o mesmo entendimento em âmbito judicial, conforme entendimento uniformizado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, categórico no sentido de que “não são necessários poderes de representação da pessoa jurídica para recebimento da citação postal” (EREsp 249.771/SC, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 247)

Não procede, portanto, a alegação de nulidade do recorrente.

2. Mérito.

O recorrente sustenta a impossibilidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS, por violação ao conceito de faturamento contido no art. 195, I, da Constituição e ao art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

No plano em que o enfrentamento das razões de recurso impõe o pronunciamento sobre a constitucionalidade de dispositivos das leis, cumpre esclarecer que refoge à competência deste órgão julgador administrativo pronunciar-se a este respeito, conforme disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF.

Com efeito, dispõe o art. 62 do RICARF que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”.

Sob o aspecto da interpretação da lei, este Conselho já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de exclusão do ICMS na base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se verifica, exemplificativamente, nas seguintes ementas:

COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91. Recurso ao qual se nega provimento.

(Acórdão nº 203-08745, Relatora Maria Teresa Martínez López, j. 18/03/2003 – grifo editado)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS

está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

MATÉRIA CONSTITUCIONAL - É vedado aos tribunais administrativos apreciar a constitucionalidade ou legalidade dos atos legais regularmente editados pelo Poder Legislativo.

ENCARGOS LEGAIS - Não há como contestar sua cobrança, quando constituídos de acordo com as normas legais que regem a matéria. Recurso negado

(Acórdão nº 203-09618, Relator Valdemar Ludvig, j. 15/06/2004 – grifo editado)

COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. O ICMS compõe o faturamento da empresa, não existindo previsão legal que possibilite sua exclusão legal da base de cálculo para a Cofins, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº REsp 152.736/SP, com acórdão publicado no DJU, Seção I, de 16/02/98.

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não há previsão legal para excluir da base de cálculo da Cofins a parcela do ICMS cobrada pelo intermediário (contribuinte substituído) da cadeia de substituição tributária do comerciante varejista. O ICMS integra o preço da venda da mercadoria, e, estando agregado ao mesmo, inclui-se na receita bruta ou faturamento. Recurso negado.

(Acórdão nº 202-16994, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, j. 28/03/2006)

COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2 da Lei Complementar nr. 07/70.

MULTA - Reduz-se a penalidade aplicada, por força do art. 106, inciso II, do CTN, c/c o art. 44, inciso I, da Lei nr. 9.430/96. Recurso provido em parte.

(Acórdão nº 201-71269, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho, j. 09/12/1997)

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais. Recurso negado.

(Acórdão nº 204-01837, Relator Jorge Freire, j. 18/10/2006)

Também no âmbito do judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo seu papel de uniformização da jurisprudência, consolidou o seu entendimento no mesmo

sentido, de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se confere, exemplificativamente, nos seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

- 1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.*
- 2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.*
- 3. Recurso especial improvido.*

(Resp 501626/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2003, DJ 15.09.2003 p. 301)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ. PRECEDENTES.

- 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento em face de acórdão a quo segundo o qual não são possíveis de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a outras pessoas jurídicas. Asseverou, também, com base nas Súmulas nºs 68 e 94 do STJ, estar pacificado o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS.*

(...)

- 4. Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas nºs 68 e 94/STJ, respectivamente: “a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS” e “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.”*

- 5. Precedentes desta Corte Superior.*

- 6. Agravo regimental não-provido.*

(AgRg no Ag 750.493/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ 08.06.2006)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI nº 9.718/98. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000. REVOGAÇÃO. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SÚMULA 83 DO STJ.

- 1. A jurisprudência firmada na 1ª Seção desta Corte é a de que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94/STJ (AG 520431, Rel. Ministro João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ*

24.05.04; AGREsp 463.629/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 06/01/03).

2. "A exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, visto que condicionada a regulamentação do Poder Executivo, o qual não veio a ser editado até o advento da Medida Provisória n.º 1.991-18/2000, que, por sua vez, a revogou (cf. REsp 502.263/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.10.03; REsp 512.232/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 20.10.03)". (RESP 641377, Rel Min. Franciulli Neto, 29/11/2004) 3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 667.170/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 224)

Sabe-se que a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins ganhou novo fôlego com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, ainda em andamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

E ficou ainda mais aquecida com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18.

Ocorre que ainda não houve desfecho do julgamento de nenhuma destas ações, não se podendo ainda dizer que exista decisão final do STF quanto à inconstitucionalidade do cômputo do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS.

De outro lado, conforme ilustrado acima, é entendimento consolidado das Câmaras deste Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça que não há respaldo legal para a exclusão do ICMS.

Some-se a isto, conforme esclarecido no início do voto, que este tribunal administrativo não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Deve, por tais razões, prevalecer o entendimento sedimentado na jurisprudência, de que o ICMS integra o preço do produto, de sorte que o valor total da nota fiscal deve ser tomado como faturamento, sofrendo a incidência de PIS/Cofins.

Nada obstante o ICMS componha parte do valor que se recebe pela venda do produto, isto não implica em redução do preço de venda, e é este preço de venda que compõe o faturamento sobre o qual incide PIS/Cofins.

Voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Ivan Allegretti

CÓPIA