ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10283.903445/2012-10

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

Processo nº	10283.903445/2012-10
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3402-004.636 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	27 de setembro de 2017
Matéria	PIS/COFINS
Recorrente	PLASTIPAK PACKAGING DA AMAZONIA LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do recurso voluntário para negar provimento, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado. Vencida a Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, que apresentou declaração de voto. Declarou-se impedido o Conselheiro Diego Diniz Ribeiro.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Jorge Olmiro Lock Freire (Presidente), Carlos Augusto Daniel Neto, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra, Pedro Sousa Bispo.

Relatório

Trata-se de manifestação de inconformidade interposta contra despacho decisório que indeferiu o **Pedido de Restituição** formulado por meio do PER/DCOMP.

O pedido de restituição refere-se a suposto pagamento a maior de contribuições sociais no período de apuração referido na ementa deste julgado. O despacho decisório considerou improcedente o crédito informado no PER/DCOMP, tendo em vista o pagamento efetuado já fora integralmente alocado a outros débitos.

Cientificado da decisão, o Contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, requerendo o direito à restituição regularmente pleiteado, alegando que seu direito creditório adviria do alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, decorrente da inclusão indevida do ICMS no conceito de faturamento.

Seu pleito foi julgado improcedente pela DRJ, ensejando a interposição de Recurso Voluntário, repisando suas razões originais.

O presente Recurso Voluntário foi eleito como paradigma para julgamento sob a sistemática do artigo 47, §§ 1º e 2º da Portaria MF nº 343/2015.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

1. Sobre a necessidade de suspensão do processo administrativo

Em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, foi reconhecida a repercussão geral da temática pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito do Recurso Extraordinário 574.706, julgado favoravelmente ao Contribuinte mas pendente de publicação do acórdão, e passível ainda de Embargos de Declaração. Não há, portanto, o seu trânsito em julgado.

Como bem ponderado pela Conselheira Thaís de Laurentiis em outro acórdão, haja vista o conteúdo do artigo 15 do Código de Processo Civil (CPC), que determina a sua aplicação supletiva ou subsidiária aos processos administrativo; bem como do artigo 1.035, §5º do mesmo Codex, com a regra sobre a necessidade de sobrestamento dos processos cuja matéria foi objeto de reconhecimento do repercussão geral no âmbito do STF, entendo que o presente processo administrativo deveria ser sobrestado, até que a melhor solução acerca do direito da Recorrente fosse apresentada pelo Pretório Excelso.

Nesse sentido, destaco as razões apresentadas pelo Conselheiro Diego Diniz Ribeirão no Acórdão n. 3402-004.271, com as quais concordo inteiramente.

Contudo, sabendo que o entendimento majoritário desse Colegiado é pela impossibilidade de sobrestamento face à ausência de previsão regimental nesse sentido, passo à análise do mérito.

2. Da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/COFINS

Sobre esse tema, este Colegiado se manifestou por unanimidade - com a ressalva do voto do Conselheiro Antonio Carlos Atulim, em substituição ao Conselheiro Pedro Bispo - ao prolatar o Acórdão CARF nº 3402-003.317 de relatoria do Cons. Atulim,e cujas razões reproduzo aqui e adoto como fundamentos da minha decisão:

> No mérito, deflui dos autos que o contribuinte apurou e recolheu a contribuição incluindo o ICMS na sua base de cálculo e agora comparece perante a Administração Tributária alegando que o recolhimento foi efetuado em montante superior ao devido porque a inclusão do ICMS no faturamento ou na receita é inconstitucional.
>
> O recolhimento efetuado pelo contribuinte, incluindo o ICMS na base de cálculo da contribuição, está calcado em entendimento sedimentado desde tempos imemoriais na seara tributária. Tal entendimento tem respaldo legal no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e na Instrução Normativa nº 51, de 03/11/1978, que a regulamentou.
>
> O art. 12 do DecretoLei nº 1.598/77, na redação vigente na época do fato gerador relativo ao pagamento tido como indevido, estabelecia o seguinte:
>
> "Art 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.
>
> § 1º A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas. (...)" (Fonte da transcrição: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decretolei/ del1598.htm)
>
> Já o item 4 da IN SRF nº 51/78, estabelece o seguinte:
>
> 4. A receita líquida de vendas e serviços é a receita bruta da vendas e serviços, diminuídas (a) das vendas canceladas, (b) dos descontos e abatimentos concedidos incondicionalmente e (c) dos impostos incidentes sobre as vendas.
>
> (...)
>
> 4.3 Para os efeitos desta Instrução Normativa reputamse incidentes sobre as vendas os impostos que guardam proporcionalmente (sic) com o preço da venda ou dos serviços, mesmo que o respectivo montante integra (sic) a base de cálculo, tais como o imposto de circulação de mercadorias, o imposto sobre serviços de qualquer natureza, o imposto de exportação, o imposto único sobre energia elétrica, o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes etc.
>
> 4.3.1 Incluemse também neste item:
>
> a) taxas que guardam proporcionalidade com o preço de venda; b) a parcela de contribuição para o Programa de integração Social calculada sobre o faturamento; c) a quota de contribuição, ou retenção cambial, devida na exportação.
>
> (Fonte da transcrição: http://sijut.fazenda.gov.br/netahtml/ sijut/Pesquisa.htm)

Portanto, o recolhimento efetuado pelo contribuinte está em conformidade com a legislação vigente e com entendimento sedimentado há anos na seara tributária, uma vez que o valor do ICMS integra o preço da mercadoria, sendo tal valor deduzido contabilmente como despesa operacional.

O contribuinte alega, em síntese, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição porque o imposto estadual não se enquadra no conceito de faturamento ou mesmo no de receita estabelecido pela constituição.

Ao contrário do alegado pelo contribuinte, tal argumento não pode ser acatado pelos órgãos administrativos de julgamento, pois o art. 26A do Decreto nº 70.235/72 proíbe este colegiado de negar vigência a texto legal com hierarquia superior a Decreto, em razão de arguição de inconstitucionalidade, in verbis:

"Art. 26A.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6o O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(...)" O contribuinte invoca a seu favor o acórdão do STF proferido no RE 240.7852.

Entretanto, esse recurso extraordinário ainda não foi definitivamente julgado, não se enquadrando no disposto no § 6º, I, acima transcrito, e nem nas disposições do Decreto nº 2.346/97, para que o entendimento possa ser estendido administrativamente a outros casos concretos. Não se olvide que essa questão é objeto do Tema 69 dos recursos submetidos à sistemática da repercussão geral no STF e será decidida no RE nº 574.706.

Acrescentese que a Súmula CARF nº 2 estabelece que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária\

3. Conclusão

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator

Declaração de Voto

Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne.

Ouso em divergir do I. Relator. Como amplamente divulgado e noticiado pela imprensa, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em 15/03/2017 foi concluído o julgamento por aquele Tribunal do mérito do Recurso Extraordinário n.º 574.706, em sede de repercussão geral, por meio do qual foi fixada a tese no sentido de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*"[1].

Essencial frisar que a tese em questão não declarou a inconstitucionalidade de dispositivo específico. Com efeito, aquele julgado somente fixou uma interpretação do conceito constitucional de faturamento e de receita, indicado no art. 195, I, 'b', da CF/88[2], que traz a base imponível das contribuições para o PIS e a COFINS.

Com efeito, o STF apenas estendeu para o ICMS, à luz da Constituição Federal/1988, as previsões de exclusão das bases de cálculos das contribuições trazidas no art. 3º, §2º, I, da Lei n.º 9.718/98[3], para o PIS e a COFINS cumulativos, e no art. 1º, §3º, VI das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, para entender que este tributo não compõe o "*faturamento"* das pessoas jurídicas e não pode ser considerado como "*receita*" por não se incorporar ao patrimônio do contribuinte. Esse entendimento, ainda que pendente de publicação, foi proferido em sessão pública do Supremo Tribunal Federal e noticiado pela imprensa daquele Tribunal[4] nos seguintes termos:

> *"Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (15), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).* ***Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social****."* (grifei)

Nesse sentido, por se tratar de questão de interpretação do dispositivo constitucional que respalda a exigência das contribuições, e não de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou regulamentar específico, não vejo impedimento

---

[1] Acórdão pendente de publicação. Decisão de julgamento disponível no extrato de andamento do Recurso Extraordinário, em http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2585258. Acesso em 20/05/2017.

[2] *"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*
I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
(...)
b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)"

[3] *"Art. 3o (...) § 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*
I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;
I - as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)"

[4] Disponível em http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338378. Acesso em 20/05/2017.

para aqui aderir à tese proposta pelo Supremo Tribunal Federal e reconhecer cabível a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante mencionar que, ainda que o acórdão não tenha sido publicado até este momento, cabível aqui a sua aplicação vez que, ao fazer referência aos casos repetitivos como o que aqui me respaldo, o Código de Processo Civil/2015 faz referência ao termo "*proferido*" e não "*publicado*", como se depreende da expressão do art. 928 daquele diploma:

> *"Art. 928. Para os fins deste Código,* ***considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em****:*
> *I - incidente de resolução de demandas repetitivas;*
> ***II - recursos especial e extraordinário repetitivos.***
> *Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual."* (grifei)

Acresce-se que o art. 944 do CPC/2015[5] expressa que uma vez que o acórdão não foi publicado dentro do prazo de 30 (trinta) dias da data da sessão de julgamento, como ocorrido no presente caso, as notas taquigráficas o substituirão para todos os efeitos legais, notas essas que trazem com clareza a tese fixada pelo STF:

> *"Decisão:* ***O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*** *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*[6]

Assim, por me coadunar com a interpretação proposta pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento em sede de repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 574.706, entendo por dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne

---

[5] *"Art. 944. Não publicado o acórdão no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão.*
Parágrafo único. No caso do caput, o presidente do tribunal lavrará, de imediato, as conclusões e a ementa e mandará publicar o acórdão."

[6] Disponível no extrato de andamento do Recurso Extraordinário, em http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2585258. Acesso em 27/09/2017.