



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

Processo nº 10830.917217/2011-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-004.668 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2017
Matéria PIS/COFINS
Recorrente PLASTIPAK PACKAGING DO BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do Fato Gerador: 14/12/2001

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

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

Recurso Voluntário Negado.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne. O Conselheiro Diego Diniz Ribeiro declarou-se impedido.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente e Relator

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

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.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire, Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido no Acórdão **3402-004.636**, de 27 de setembro de 2017, proferido no julgamento do processo 10283.903445/2012-10, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcreve-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (Acórdão **3402-004.636**):

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 da 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 Decreto-Lei 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 das 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 reputam-se 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 Incluem-se 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."

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do RICARF, nego provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)
Jorge Olmiro Lock Freire