



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

Processo n° 10865.002142/2005-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-003.165 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de abril de 2016
Matéria EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS
Recorrente HUDTELEA TEXTIL TECHNOLOGY LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2001 a 30/11/2002

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Não é nulo o auto de infração que preenche todos os requisitos do artigo 10, do Decreto 70.235/1972.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Por ausência de previsão legal, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da COFINS, descabendo a sua exclusão.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 30/11/2002

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Não é nulo o auto de infração que preenche todos os requisitos do artigo 10, do Decreto 70.235/1972.

PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

Por ausência de previsão legal, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP, descabendo a sua exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário apresentado, vencidos os Conselheiros Augusto Fiel Jorge d' Oliveira e Waltamir Barreiros, quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo das

contribuições. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rosaldo Trevisan. Ausente o Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

ROBSON JOSE BAYERL - Presidente.

AUGUSTO FIEL JORGE D' OLIVEIRA - Relator.

ROSALDO TREVISAN - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Robson Jose Bayerl (Presidente), Augusto Fiel Jorge d' Oliveira, Rosaldo Trevisan, Waltamir Barreiros, Eloy Eros Da Silva Nogueira e Fenelon Moscoso De Almeida. Ausente o Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

Relatório

Inicialmente, adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto ("DRJ"):

"Contra a empresa qualificada em epígrafe foram lavrados autos de infração de fls. 5/11 e 69/75 em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep, respectivamente, do período de dezembro de 2001 a novembro de 2002, exigindo-se-lhe o crédito tributário no valor total de R\$ 251.964,81.

O enquadramento legal encontra-se a fls. 8 e 10/11, 72 e 74/75.

Cientificada, a interessada apresentou a impugnação de fls. 31/41 e 95/105, nas quais alegou suscitou a nulidade dos lançamentos por não estarem instruídos com o necessário Termo de Início de Ação Fiscal, formalidade essencial e obrigatória a teor do art. 196 do CTN. Tal falta teria implicado ainda em cerceamento do direito de defesa da contribuinte, à qual "sequer é dado conhecer a origem da fiscalização e os indícios de convencimento sobre os quais o agente da administração teria atuado".

Reclamou da falta de demonstração dos valores devidos e recolhidos, e da conseqüente diferença resultante de seu cotejo, outro requisito cuja falta acarreta a nulidade do lançamento.

Discorreu longamente sobre a impossibilidade de se considerar o ICMS como base de cálculo das contribuições, alegando que ele não faz parte do faturamento, transcrevendo jurisprudência do STJ e invocando o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que prevê a exclusão de valores transferidos para outra pessoa jurídica".

A DRJ entendeu que o lançamento é procedente, em decisão que possui a seguinte ementa:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE

SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2001 a 30/11/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo, a partir de fevereiro de 1999, ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 30/11/2002

PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS, podendo ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário."

Contra essa decisão, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 149 e seguintes, no qual defende a nulidade do auto de infração e, no mérito, alega que a base de cálculo do PIS e da COFINS deveria ser limitado à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, excluindo-se todas e quaisquer outras receitas.

Após distribuição do processo para minha relatoria, ocorrida na sessão do dia 17/03/2016, coloco o processo em pauta para julgamento.

É o breve relatório.

Voto Vencido

Conselheiro AUGUSTO FIEL JORGE D' OLIVEIRA

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Com relação à nulidade do auto de infração, o Recorrente defende que a autuação *"embora discrimine as diferenças apuradas nos meses de dezembro/2001 a novembro/2002, não planilha os valores recolhidos e devidos, não declina o percentual de incidência das contribuições sociais em referência e tampouco aponta as diferenças que do cotejo entre eles resulta"*.

A decisão recorrida rejeita esse pedido, por entender inexistir quaisquer vícios ou preterição do direito de defesa, expondo o seguinte.

"Sobre os demonstrativos de "valores devidos e recolhidos", as respectivas planilhas foram elaboradas e encaminhadas à interessada, conforme Termos de Intimação Fiscal de fls. 15 e 81 e avisos de recebimento de fls. 16 e 80, requisitando explicações sobre as diferenças entre os valores apurados pelo autuante e os débitos por ela declarados. Em sua resposta, à fl. 84 (cópia à fl. 19), a própria contribuinte afirmou tratar-se de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições, o qual só teria passado a ser incluído a partir de dezembro de 2002.

Intimada a apresentar os valores de ICMS deduzidos da base de cálculo das contribuições no período de dezembro de 2001 a novembro de 2002 (intimações de fls. 20 e 85), forneceu a tabela de fl. 88 (cópia à fl. 23).

De posse desses valores, que confessadamente não foram oferecidos à tributação, o autuante lançou as contribuições. De fato, não consta do processo a alíquota aplicada, mas a fundamentação legal da exigência não deixa dúvidas de que se trata de 3% para a Cofins e 0,65% para o PIS, cabendo à impugnante uma simples operação aritmética para verificar a correção dos valores exigidos, já que os Termos de Verificação de Irregularidade Fiscal (de fls. 4 e 68), parte integrante dos autos de infração, descrevem mensalmente as bases de cálculo. Procedendo de tal forma, a interessada poderia observar que o autuante lançou a menor a Cofins de fevereiro de 2002, quando para uma base de R\$ 228.167,56, cuja contribuição resultaria em R\$ 6.845,03, foi exigida apenas R\$ 2.281,67".

Nesse cenário, não merecem prosperar os argumentos do contribuinte de nulidade do auto de infração, eis que o Fiscal autuante cumpriu todos os requisitos legais para o lançamento (artigo 142 do CTN e artigo 10, do Decreto 70.235/1972), motivo pelo qual a decisão recorrida deve ser mantida nesse ponto.

No que se refere ao mérito autuação, a questão a ser decidida é se o ICMS deve ou não integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS não-cumulativa.

A Carta da República prevê em seu artigo 149 competência exclusiva da União para a instituição de contribuições sociais e, em seu artigo 195, inciso I, b, que: *"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: (...) b) a receita ou o faturamento".* (grifos nossos)

Seguindo tal preceito, a Lei nº 9.718/1998, que trata do regime cumulativo da PIS e da COFINS, assim dispõe a respeito da base de cálculo dessas contribuições sociais:

"Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

§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; [redação anterior à Lei nº 12.973/2014]

I - as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimento pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de participações societárias, que tenham sido computados como receita bruta;

IV - as receitas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível; e

VI - a receita reconhecida pela construção, recuperação, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo intangível representativo de direito de exploração, no caso de contratos de concessão de serviços públicos". (grifos nossos)

Portanto, a base de cálculo da PIS e da COFINS será calculada pelo faturamento da pessoa jurídica, que compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598/1977, in verbis:

"Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (...)

§ 4º Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do

art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4o. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)"

Por sua vez, as Leis que instituíram posteriormente a PIS e a COFINS não-cumulativa (Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003) determinam que a base de cálculo desses tributos é o *"total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil"*.

À luz desse quadro normativo, a decisão recorrida entendeu que, por não existir previsão expressa para a exclusão do ICMS, esse imposto deveria integrar a base de cálculo das contribuições, afirmando ainda que se qualificava no conceito de faturamento, por integrar o preço da mercadoria. A seguir, os termos da decisão:

"As exclusões elencadas no dispositivo legal transcrito acima não contemplam a exclusão do ICMS incluído nos preços de vendas. Assim, não há dispositivo legal que permita a exclusão desse imposto da base de cálculo dessas contribuições.

Ressalte-se, ainda, que o faturamento inclui todas as receitas de vendas, e o ICMS faz parte dele, por integrar o preço de venda das mercadorias".

Contudo, parece-me que a melhor forma de enfrentar a questão não é a partir da análise do que foi expressamente excluído ou não pela legislação, mas sim a partir do conceito de faturamento, à luz do ordenamento jurídico como um todo, nele incluindo-se o conceito constitucional de faturamento, previsto no artigo 195, inciso I, da Carta da República, como fez o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785:

"As expressões utilizadas no inciso I do artigo 195 em comento hão de ser tomadas no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente. Por isso mesmo, esta Corte glosou a possibilidade de incidência da contribuição, na redação primitiva da Carta, sobre o que pago àqueles que não mantinham vínculo empregatício com a empresa, emprestando, assim, ao vocábulo "salários", o sentido técnico-jurídico, ou seja, de remuneração feita com base no contrato de trabalho – Recurso Extraordinário nº 128.519-2/DF.

Jamais imaginou-se ter a referência à folha de salários como a apanhar, por exemplo, os acessórios, os encargos ditos trabalhistas resultantes do pagamento efetuado. Óptica diversa não pode ser emprestada ao preceito constitucional, revelador da incidência sobre o faturamento. Este decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços. A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa

Entendo até que estamos diante daquilo que a doutrina e a teoria do direito chama de garantia de perfil institucional.

Claro que podemos ter um debate, dependendo da singularidade, de perfil infraconstitucional. Mas, no caso específico, o que está em jogo é o próprio conceito. Porque podemos estar a discutir conceito de faturamento, conceito de propriedade, conceito de casamento ou de renda, e neste caso é evidente que a discussão se põe como discussão constitucional. Tanto é que temos tantos debates irrelevantes na alçada do Superior Tribunal de Justiça sobre o mesmo tema. Por quê?

Claro que podemos ter detalhamentos outros, ou má ou boa aplicação da lei, mas, aqui, a indagação que se faz é sobre a substância do próprio conceito: se o legislador teria, ou não, extrapolado ao regular um determinado instituto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) Ministro, Vossa Excelência me permite?

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91 não versa a inclusão ou a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS.

O SENHOR MINISTRO SEPULVEDA PERTENCE Sim, é uma interpretação a contrario. Mas para mim o problema é irrelevante, porque não é preciso declarar a inconstitucionalidade da lei para dizermos que a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) Exatamente". (grifos nossos)

Essa decisão, proferida por maioria de votos pelo Plenário do STF em sede de controle difuso, transitou em julgado no dia 23/02/2015, tornando-se, portanto, definitiva, e teve a seguinte ementa:

"TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014)

No Superior Tribunal de Justiça, que possui Súmulas antigas pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Súmulas nº 68 e 94¹), a Primeira Turma, por

¹ A PARCELA RELATIVA AO ICM INCLUI-SE NA BASE DE CALCULO DO PIS.(Súmula 68, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/1992, DJ 04/02/1993, p. 775)

A PARCELA RELATIVA AO ICMS INCLUI-SE NA BASE DE CALCULO DO FINSOCIAL. (Súmula 94, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/1994, DJ 28/02/1994, p. 2961)

ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN, reconheceu recentemente que *"constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS"*. Essa decisão possui a ementa a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido". (AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015)

Por bem abordar a questão, peço vênua para trazer os argumentos expostos no voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa:

"Assim, faturamento, na redação original do mencionado dispositivo constitucional, em síntese, é a riqueza obtida pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, sendo inadmissível a inclusão de receitas de terceiros ou que não importem, direta ou indiretamente, ingresso financeiro.

No que tange ao conceito de faturamento constante das Leis ns. 10.637/02 e 10.833/03, entendido com o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, compreendendo a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa

jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, também não há que se falar em inclusão do ICMS.

Com efeito, o ICMS é um imposto indireto, ou seja, em última análise, tem seu ônus financeiro transferido, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

O sujeito passivo do ICMS recolhe o valor correspondente ao Estado, sem que a respectiva quantia destinada aos cofres públicos integre sua receita.

Desse modo, constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro não podendo, à evidência, compor as bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Em outras palavras, considerar o ICMS para esse fim significa admitir a incidência de contribuições sociais sobre imposto devido a unidade da Federação.

Forçoso reconhecer que, em se tratando de receita de terceiros (Estado-Membro ou Distrito Federal), o valor de tal imposto é elemento estranho a integrar a base de cálculo das contribuições em comento, sejam elas exigidas sobre o faturamento ou sobre a receita".

Portanto, fazendo a distinção do que constitui receita, que se agrega ao patrimônio do contribuinte, e do que constitui um mero ingresso, com caráter de transitoriedade e que não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, acredito que o ICMS, embora componha o preço da mercadoria, não se reveste da qualidade de receita, motivo pelo qual entendo que não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Oportuno ressaltar que a aplicação do entendimento pela exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, no presente caso, não é limitado nem ofende a Súmula CARF nº 02, que afirma "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*", pois não se está aqui declarando a inconstitucionalidade de nenhuma lei, mas simplesmente extraindo do texto da Lei a norma que parece mais adequada.

Por outro lado, ainda que se entenda de forma diversa, no sentido de que, para se reconhecer a impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS e da COFINS, deve-se necessariamente declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da lei federal, seja o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/1999, vigente até a edição da Lei nº 12.973/2014, seja o § 5º do Decreto-Lei no 1.598/1977, só incorporado à legislação em 2014, da mesma forma é possível a aplicação do entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785 nas decisões proferidas por esse colegiado, com fundamento no artigo 62, caput, § 1º, inciso I, do Regimento Interno do CARF², levando-se em conta que a decisão foi proferida pelo Plenário do STF e já é definitiva.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário, para afastar o lançamento realizado.

² Art. 62. 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. § 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal.

Processo nº 10865.002142/2005-16
Acórdão n.º **3401-003.165**

S3-C4T1
Fl. 181

É como voto.

AUGUSTO FIEL JORGE ' OLIVEIRA - Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Rosaldo Trevisan,

Manifesto, por meio do presente, divergência em relação ao posicionamento externado pelo relator no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, destacando que a Lei que regula a matéria (no regime cumulativo, que é o tratado nos autos) é a de nº 9.718/1998, que dispõe em seus artigos 2º e 3º:

"Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3o O faturamento a que se refere o art. 2o compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

§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; [redação anterior à Lei nº 12.973/2014]

I - as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimento pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de participações societárias, que tenham sido computados como receita bruta;

IV - as receitas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível; e

VI - a receita reconhecida pela construção, recuperação, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo intangível representativo de direito de exploração, no caso de contratos de concessão de serviços públicos". (grifos nossos)

Os textos normativos apresentam a base de cálculo no artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, a partir do conceito de faturamento do artigo 1º. E no § 2ª do artigo 3º são relacionadas as exclusões, entre as quais não se encontra menção ao ICMS pago (apesar de haver menção expressa de exclusão do ICMS cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário na redação vigente à época dos fatos geradores).

Assim, por ausência de previsão legal, descabe a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS. E nenhuma decisão judicial de

Processo nº 10865.002142/2005-16
Acórdão n.º **3401-003.165**

S3-C4T1
Fl. 182

caráter não definitivo, e fora das hipóteses estabelecidas no art. 26-A do Decreto no 70.235/1972, ou no artigo 62 do Regimento Interno deste CARF, pode contrapor tal carência de previsão legal.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

ROSALDO TREVISAN - Redator Designado