



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

Processo nº 10880.674245/2011-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.375 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de fevereiro de 2018
Matéria ICMS PIS COFINS
Recorrente RHODIA POLIAMIDA E ESPECIALIDADES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 14/12/2001

BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. INCLUSÃO DO ICMS

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS, compõe a base de cálculo do PIS/Cofins, conforme julgamento do STJ no Resp 114469/PR, julgado na sistemática de recursos repetitivos que permanece vigente e eficaz.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Leonardo Vinicius Toledo de Andrade. Designado para o voto vencedor o Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira. Ficou de apresentar declaração de voto o Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima

Fez sustentação oral o patrono Dr. Rafael Pascoto Fugimoto, OAB/SP 329.271, escritório Costa Pereira e Di Pietro Advogados..

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente.

TATIANA JOSEFOVICZ BELISÁRIO - Relatora.

PAULO ROBERTO DUARTE MOREIRA - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente Substituto), Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo Contribuinte em face do acórdão nº 06-51.815, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR), que assim relatou o feito:

Trata o processo de contestação contra o Despacho Decisório (rastreamento nº 015254372) emitido pela Derat São Paulo, em 03/01/2012, que indeferiu a restituição pleiteada no PER nº 14546.27727.101106.1.2.04-1763, devido à inexistência de crédito pleiteado de R\$ 223.574,54, uma vez que o pagamento de COFINS (Código 2172), do período de 30/11/2001, efetuado em 14/12/2001, no valor de R\$ 1.432.319,44, tido como origem do crédito, estava integralmente utilizado para quitação de débitos da contribuinte.

Cientificada em 16/01/2012, a interessada, por intermédio de seu representante legal, apresentou Manifestação de Inconformidade, expondo que é contribuinte do ICMS que incide sobre o valor da operação de saída das mercadorias do seu estabelecimento, nos termos do art. 1º do Regulamento de ICMS do estado de São Paulo (Decreto nº 45.490/2000), e é destacado na nota fiscal conforme comprovam as fichas da DIPJ, figurando na relação jurídico-tributária apenas e tão-somente como agente arrecadador de uma receita do Estado. Por isso, solicitou a restituição do valor pago a maior a título de COFINS, em decorrência da indevida inclusão em sua base de cálculo dos valores recolhidos a título de ICMS no período, mas que foi indeferido pela autoridade administrativa.

Na seqüência, tece comentários acerca da legislação de regência do PIS e da Cofins e sobre o conceito de receita, faturamento e renda, apoiando-se em decisões judiciais e ensinamentos de doutrinadores, alegando que o ICMS não consubstancia receita própria, razão pela qual se trata de valor alheio aos limites constitucionais da incidência da contribuição ao PIS e à Cofins, que apenas transitam por seus cofres em direção aos cofres públicos, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal - STF tem sinalizado exatamente nesse sentido, conforme se verifica no julgamento do RE 240785-2/MG.

Por fim, solicita a realização de perícia capaz de atestar que os valores por ela devidos a título de ICMS compuseram indevidamente a base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, bem como a exatidão do montante a ser restituído.

É o relatório.

Após exame da Manifestação de Inconformidade apresentada pelo Contribuinte, a DRJ proferiu acórdão assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 14/12/2001

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

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário reiterando os argumentos de defesa apresentados quanto ao crédito tributário mantido.

Após os autos foram remetidos a este CARF e a mim distribuídos por sorteio.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário

O Recurso é próprio e tempestivo e dele tomo conhecimento.

Antes de adentrar ao exame do Recurso apresentado, cumpre esclarecer que o presente processo tramita na condição de paradigma, nos termos do art. 47 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Art. 47. Os processos serão sorteados eletronicamente às Turmas e destas, também eletronicamente, para os conselheiros, organizados em lotes, formados, preferencialmente, por processos conexos, decorrentes ou reflexos, de mesma matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46.

§ 1º Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente de Turma para o qual os processos forem sorteados poderá sortear 1 (um) processo para defini-lo como paradigma, ficando os demais na carga da Turma.

§ 2º Quando o processo a que se refere o § 1º for sorteado e incluído em pauta, deverá haver indicação deste paradigma e, em nome do Presidente da Turma, dos demais processos aos quais será aplicado o mesmo resultado de julgamento.

Nesse aspecto, é preciso esclarecer que cabe a esta Conselheira o relatório e voto apenas deste processo nº 10880.674245/2011-24, ou seja, o entendimento a seguir externado terá por base exclusivamente a análise dos documentos, decisões e recurso anexados neste processo.

Feito tal esclarecimento, passa-se ao exame das razões de Recurso.

Como relatado, o Recurso Voluntário apresentado limita-se ao pedido de reconhecimento da exclusão da base de cálculo da COFINS o montante correspondente ao ICMS:

54. Ex positis, a Recorrente requer seja dado integral provimento ao presente Recurso Voluntário, com o consequente reconhecimento do seu direito de restituir-se do montante de COFINS recolhido a maior para a competência de novembro de 2001 em decorrência da indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo.

55. Outrossim, a Recorrente protesta pela produção de todos os demais meios de prova em Direito admitidos, especialmente por perícia contábil capaz de atestar (i) que os valores por ela devidos a título de ICMS compuseram indevidamente a base de cálculo da COFINS cujo recolhimento conforma o indébito pleiteado, assim como (ii) a exatidão do montante a ser restituído a este título informado no respectivo PER/DCOMP.

Com efeito, a questão já foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com acórdão recentemente publicado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 **PUBLIC 02-10-2017**)

Inicialmente vinha me manifestado pela aplicação do entendimento Firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo, deixando de aplicar a decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente em razão da determinação regimental.

Isso porque, na hipótese, conforme disposição regimental, o julgamento deste órgão está vinculado à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Resp 1.144.469 (Recurso Repetitivo), contrária ao recente julgado do STF.

Assim, sempre com do entendimento pessoal desta Relatora, no sentido de que a decisão proferida pelo STF nos autos do RE 574.706 tem eficácia imediata e vinculante à administração pública, deixava de aplicá-la por entender existir vedação regimental, aplicando, outrossim, o entendimento já ultrapassado proferido pelo STJ nos autos do REsp 1144469/PR, em sede de Recurso Repetitivo, em julgado definitivo.

Contudo, altero meu posicionamento para deixar de aplicar o referido entendimento do STJ em sede de Recurso Repetitivo. **E o faço pela constatação de que o próprio Tribunal já vem deixando de aplicar aquela decisão justamente em face do posicionamento firmado pelo STF.**

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. CRÉDITO PRESUMIDO. PIS. COFINS. IRPJ. CSLL. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO CABIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O crédito presumido de ICMS, concedidos pelos Estados-Membros, configura incentivo voltado à redução de custos, não assumindo natureza de receita ou faturamento, motivo pelo qual não compõe a base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS.

III - Revela-se incabível a inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

IV - Tratando-se de recurso especial sujeito ao Código de Processo Civil de 1973, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

V - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1606998/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 19/12/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO.

EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1ª. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu 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.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

(AgInt no AgRg no AgRg no AREsp 430.921/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 07/11/2017))

Ora, se o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a impossibilidade de se continuar aplicando a decisão por ele proferida em sede de Recurso Repetitivo, realinhando

seu entendimento ao que restou decidido pelo STF, seria, no meu entendimento, ilógico, irrazoável e anti econômico que esta Corte Administrativa permaneça assim atuando.

Assim, voto por aplicar ao presente feito o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR na sistemática de Repercussão Geral.

Desse modo, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para, em consonância com a decisão proferida pelo STF, determinar que, na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, sejam excluídas as parcelas relativas ao ICMS, uma vez que esta não compõe o conceito de faturamento.

Quanto ao item b do Pedido, tenho que estes deverão ser apurados no momento de liquidação do acórdão.

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira - Redator Designado.

Coube-me a designação para redigir o voto vencedor que prevaleceu em relação ao bem fundamentado voto da relatora, com o qual acompanhei a divergência.

A recorrente postula o provimento de seu recurso diante da impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

No voto vencido, a nobre relatora entende pela aplicação da decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, julgado na sistemática de Repercussão Geral sob o fundamento de que o próprio STJ, em recente decisão, acompanhou a Corte Superior.

Ocorre que, aos julgadores do CARF impõe-se a aplicação do que restar decidido pelo STJ e STF na sistemática do arts. 543-B e 543-C, do antigo CPC, a teor do que prescreve o disposto no caput do art. 62 da Portaria MF nº 343/2015 - RICARF¹.

No tema 313 do STJ - "legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins" - tem-se decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos, no REsp nº 1.144.469 /PR, com trânsito em julgado em 13/03/2017, no sentido de que o ICMS

¹ 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:

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

integra as bases de cálculo do Pis e da Cofins, firmada a seguinte tese:" ii) O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido de forma favorável à tese da ora recorrente no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, como ainda não se trata da "decisão definitiva" a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não é o caso de sua reprodução no presente julgamento. Deveras, é possível que o STF module os efeitos da decisão.

Ademais, a decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos proferida no REsp nº 1.144.469 /PR continua vigente e eficaz conquanto não reformada pelo Órgão.

Conclusão

Firmado nos fundamentos expostos, voto para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Paulo Roberto Duarte Moreira.

Declaração de Voto

Conselheiro - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme Portaria de condução e Regimento Interno, apresenta-se esta declaração de voto.

O próprio conceito de faturamento (de aplicação obrigatória neste Conselho conforme disposto no Art. 62 do RICARF) proferido no âmbito do STF (Recurso Extraordinários STF 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840) deixa claro que o PIS deve incidir sobre às receitas das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadoria e serviços, ou seja, o PIS não incide sobre o ICMS de uma forma geral, porque este não é "faturamento", não é receita e não tem nenhuma conexão com as atividades econômicas do contribuinte, é um mero ingresso transitório que não agrega ao patrimônio do contribuinte.

Se trata de uma questão hermenêutica e não de uma questão de "ausência de previsão expressa para exclusão do ICMS na base de cálculo do Pis cumulativo". Ainda que taxativo o rol de exclusões permitidas, a hermenêutica permite a correta avaliação dos fatos em relação à norma.

O ingresso do valor que será utilizado para pagamento do ICMS não caracteriza fato gerador e, portanto, não configura a hipótese de incidência prevista no Art. 2.º da Lei 9.718/98. 2

² 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. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Sendo assim, não é possível cobrar tributo sem o surgimento da obrigação tributária principal, conforme garantia prevista no Art. 113 do Código Tributário Nacional. 3

Tal entendimento também tem expressão neste conselho, a exemplo o voto do Conselho Augusto Fiel no Acórdão 3401003.165, que de forma concisa, abordou a obrigatoriedade da aplicação de decisão definitiva do STF neste Conselho, sendo a decisão do Recurso Extraordinário nº 240.785, a utilizada para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS em sinergia com a decisão do STF que estabeleceu o conceito de faturamento. Pela Ementa facilmente se conclui tal entendimento, transcrita integralmente a seguir:

"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."

Somado ao fato de que o Recurso Extraordinário nº 240.785 é decisão definitiva (transitada em julgado em 23/02/15), proferida pelo plenário do STF e, portanto, tem aplicação obrigatória neste Conselho conforme disposto no Art. 62 do RICARF⁴, é importante registrar que em 15/03/17 o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, portanto, não pode integrar a base de cálculo das contribuições, conforme notícia oficial transcrita a seguir:

"Quarta-feira, 15 de março de 2017

Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é inconstitucional.

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

³ TÍTULO II

Obrigação Tributária

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

⁴ 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.

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.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”. O posicionamento do STF deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados em outras instâncias.

Além da presidente do STF, votaram pelo provimento do recurso a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, que inaugurou a divergência, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O recurso analisado pelo STF foi impetrado pela empresa Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que julgou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Votos

O julgamento foi retomado na sessão de hoje com o voto do ministro Gilmar Mendes, favorável à manutenção do ICMS na base de cálculo da Cofins. O ministro acompanhou a divergência e negou provimento ao RE. Segundo ele, a redução da base de cálculo implicará aumento da alíquota do PIS e da Cofins ou, até mesmo, a majoração de outras fontes de financiamento sem que isso represente mais eficiência. Para o ministro, o esvaziamento da base de cálculo dessas contribuições sociais, além de resultar em perdas para o financiamento da seguridade social, representará a ruptura do próprio sistema tributário.

Último a votar, o ministro Celso de Mello, decano do STF, acompanhou o entendimento da relatora de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional. Segundo ele, o texto constitucional define claramente que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas. O ministro ressaltou que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não

ocorre com o ICMS, que é integralmente repassado aos estados ou ao Distrito Federal.

Modulação

Quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão, a ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode vir a enfrentar o tema em embargos de declaração interpostos com essa finalidade e trazendo elementos para a análise."

Ainda que não transitada em julgado, esta decisão do Supremo Tribunal federal colocará fim à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, reforçando diversos precedentes judiciais deste próprio tribunal, assim como de Tribunais Regionais Federais, a exemplo os Acórdãos do TRF da 3.^a Região, de nº 4760892, nº 4936897 e nº 4947108.

Também não há como completar o lançamento (em dizer que o ICMS está embutido no preço do produto por exemplo) sob a possibilidade de agressão ao critério jurídico adotado no lançamento, seja qual for, não tratou da possibilidade do Pis ou do Cofins incidir sobre o ICMS, o que configuraria o descumprimento do Art. 146 do CTN.

Portanto, merece provimento o Recurso Voluntário em toda a matéria de fundo desta lide administrativa, de forma que deve ser cancelada toda a cobrança do ICMS na base de cálculo do PIS.

CONCLUSÃO.

Diante do exposto, vota-se para dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do Contribuinte, com principal fundamento no Art. 113, 142 e 146 do CTN, assim como nas mencionadas decisões definitivas do STF, no Art. 62 do Regimento Interno deste Conselho e na jurisprudência nacional.

Declaração de voto proferida.

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima