



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

Processo nº 10945.006159/2007-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.337 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2014
Matéria COFINS
Recorrente MONDAY COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 01/09/1997, 01/08/2001, 01/02/2002, 01/05/2002, 01/10/2002, 01/11/2002, 01/01/2003, 01/01/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PEDIDO PROTOCOLIZADO ANTES DE SUA VIGÊNCIA OU DURANTE A VACATIO LEGIS. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 62-A, DO RI-CARF.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/05, considera-se válida a aplicação do prazo reduzido para repetição, ressarcimento ou compensação de indébitos tributários, quanto aos pedidos protocolizados após o decurso do prazo de vacatio legis de 120 (cento e vinte) dias da publicação da referida Lei Complementar, ocorrido em 09 de junho de 2005. Aplicação do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 566.621, Rel. Ministra Ellen Gracie, nos termos do art. 62-A, do RI-CARF

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSTO PRÓPRIO. SÚMULAS 68 E 94. IMPOSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

Por se tratar de imposto próprio, que não comporta a transferência do encargo, a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Precedentes do STJ (Súmulas nºs 68 e 94). Às autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador não contemplou com a vantagem.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO (Presidente Substituto), FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, LUIZ CARLOS SHIMOYAMA (Suplente), SILVIA DE BRITO OLIVEIRA, PEDRO SOUSA BISPO (Suplente), JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausentes, justificadamente, as conselheiras NAYRA BASTOS MANATTA e SILVIA DE BRITO OLIVEIRA.

Relatório

Versam estes autos de Pedido de Restituição, correspondente a uma parcela dos pagamentos que teriam sido efetuados em relação aos períodos de apuração 09/1997 a 08/2001, 02/2002, 05/2002, 10/2002, 11/2002, 01/2003 a 03/2003 e 01/2004, mediante o qual o contribuinte tem a pretensão de reaver o montante, atualizado, de R\$2.218.975,07 (dois milhões, duzentos e dezoito mil, novecentos e setenta e cinco reais e sete centavos), relativos à valores pagos indevidamente a título de Cofins, haja vista a possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da referida contribuição. Após a análise do pedido, a DRF em Foz do Iguaçu/PR, proferiu despacho decisório (fl. 194) indeferindo a restituição sob o argumento de que o ICMS integra a base de cálculo da contribuição alvo do pedido.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada, em 16/04/2008, do despacho decisório indeferindo o pedido de restituição, a interessada inconformada com a decisão, apresentou Manifestação de Inconformidade em 08/05/2008, alegando em síntese:

- a) Inicialmente, asseverou que os créditos pleiteados são alusivos a pagamentos efetuados nos anos de 1997 a 2001.
- b) Pontuou a respeito da decadência, alegando ser de 10 anos (5+5) o prazo para o ressarcimento dos tributos pagos indevidamente ou a maior.
- c) Após, afirmou que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS da Cofins. Além disso, questionou a constitucionalidade do contido no § 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998.
- d) Mencionou que “tanto a Cofins, como o PIS, têm como base de cálculo o faturamento da pessoa jurídica, representada pelo faturamento decorrente da venda de mercadoria, da pretensão de serviços ou da combinação de ambos”.
- e) Reiterou com base na jurisprudência, que o ICMS não está e nem poderia ser compreendido no seu faturamento, sendo que não representa riqueza da autora.
- f) Contestou o teor das Súmulas do STJ nº 68 e 94, declarou que ocorreu um erro no entendimento.
- g) Também, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, acreditou na possibilidade de discussão da questão.

h) Por último, pediu a reforma do despacho decisório, afastando a declarada prescrição, bem como reconhecer o direito à restituição com os devidos acréscimos da legislação.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise e atenção aos pontos suscitados pela interessada na manifestação apresentada, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR (DRJ/CTA), proferiu o Acórdão de nº. 06-25.970, ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/09/1997 a 31/08/2001

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COFINS. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de pleitear a restituição ocorre em cinco anos contados da extinção do crédito pelo pagamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL- COFINS

Período de apuração: 01/02/2002 a 28/02/2002, 01/05/2002 a 31/05/2002, 01/10/2002 a 30/11/2002, 01/01/2003 a 31/03/2003, 01/01/2004 a 31/01/2004

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da Cofins, pois aludido 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, o que não consta ser o caso da interessada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Primeiramente a DRJ/CTA, com base nos artigos 165, I, e 168, I, do Código Tributário Nacional, asseverou que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo ou contribuição pago indevidamente ou a maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Tendo em vista, o transcurso do prazo de cinco anos da extinção do crédito (tendo sido o pedido de restituição protocolado em 27/09/2007), a DRJ/CTA entendeu que o direito de pleitear indébitos relativos a recolhimentos de períodos anteriores a 27/09/2002 suprimiu, neste caso, foi aplicado aos recolhimentos dos períodos de 09/1997 a 08/2001.

Quanto aos recolhimentos efetuados após 27/09/2002 (períodos de 02/2002, 05/2002, 10/2002, 11/2002, 01/2002 a 03/2003 e 01/2004), decidiram por não acatar. Através da análise da legislação, a DRJ/CTA entendeu que não há previsão para a exclusão do valor devido a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, já que o valor é parte integrante do preço das mercadorias e serviços vendidos.

A respeito da jurisprudência apresentada, não houve como observá-la administrativamente, dado o seu caráter *inter partes*.

Após todo exposto, a DRJ/CTA votou no sentido de manter o indeferimento do pedido de restituição referente a pagamentos de Cofins, por haver ocorrido decadência do direito em relação aos recolhimentos efetuados anteriormente a 27/09/2002 e, quanto aos efetuados após essa data, por não estar caracterizado, em face da legislação aplicável, o pagamento indevido ou a maior que o devido de contribuição.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Ciente em 13/04/2010 do Acórdão nº. 06-25.970, conforme a AR de fls. 248 – numeração eletrônica, inconformada com a decisão que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, a interessada apresentou, em 04/05/2010, Recurso Voluntário a este Conselho.

Após fazer uma síntese dos fatos ocorridos até a data da apresentação do Recurso Voluntário, reiterou os argumentos alegados em sede de Manifestação de Inconformidade quanto ao mérito.

Ao fim, requereu o provimento do recurso para que reforme integralmente a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de julgamento em Curitiba.

Requereu ainda, a publicação da data da pauta de julgamento do presente recurso no Diário Oficial da União, com a indicação da empresa recorrente.

DO JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA

No termos da Portaria CARF nº. 1, de 03 de janeiro de 2012, o julgamento do Conselho (Resolução nº. 3402-000.497) determinou o sobrestamento do processo, ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 09/1997 a 08/2001, 02/2002, 05/2002, 10/2002, 11/2002, 01/2003 a 03/2003 e 01/2004

REPERCUSSÃO GERAL NO STF RECONHECIDA. SOBRESTAMENTO DETERMINADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. OBEDIÊNCIA DESTE CONSELHO. RICARF

Em sendo determinado pela Portaria CARF nº. 1, de 03 de janeiro de 2012, o procedimento de sobrestamento do julgamento de recursos quando reconhecida a repercussão geral e determinada a suspensão de processos que versem sobre mesma matéria, pelo Supremo Tribunal Federal, é dever deste Conselho, nos termos do artigo 62ª do RICARF proceder o adiamento do julgamento do recurso.

Em 07/01/2014, conforme a fl.295, ocorreu a devolução dos autos a este Conselho para o prosseguimento do julgamento.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a este relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 03 (três) Volumes, numerado até a folha 295 (duzentos e noventa e cinco), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo, atendendo aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Por objetividade e para melhor compreensão dos entendimentos que perfilham o julgado, passo a abordar, separadamente, as matérias em discussão:

1. Decadência da Restituição Tributária quanto a pagamentos realizados há mais de 05 anos anteriores ao Pedido:

Tratando especificamente da questão debatida nos autos, por força do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, a solução dada ao caso deverá refletir àquela já decidida pelo Supremo Tribunal Federal em caso de repercussão geral ou pelo Superior Tribunal de Justiça, quando em matéria infraconstitucional, reproduzindo o entendimento pacificado pelos Egrégios Tribunais.

Lembremos que havia uma posição pacificada na jurisprudência do STJ quanto ao prazo de 10 anos para a restituição de indébitos decorrentes de pagamento indevidos a título de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quando então, veio a lume a Lei Complementar nº 118, de 2005, que expressamente passou a prever que esse prazo seria de 05 anos do pagamento indevido (art. 3º), pretendendo, inclusive, aplicar referidos ditames a pagamentos feitos anteriormente à edição da referida legislação, ao inserir redação no art. 4º, em que afirmara que essa norma teria caráter meramente interpretativo.

Essa atribuição de caráter interpretativo do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, trazida pela redação do inconstitucional artigo 4º (segunda parte) da mesma Lei, trouxe ao meio jurídico a discussão acerca da aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário, confrontando contribuintes e Fisco na busca por seus direitos em face da consideração do princípio da segurança jurídica.

Ao passo em que os Tribunais de todo o país deram à Lei Complementar nº 118/2005 a interpretação de que a redução do prazo ali estipulada era válida e aplicava-se desde a edição da lei, considerando ainda o caráter retroativo trazido pelo “efeito interpretativo” de seu artigo 3º, os contribuintes consideraram ofendido o princípio da irretroatividade da norma, sendo inconstitucional o dispositivo que determinava o caráter interpretativo do artigo 3º, considerando-se o prazo prescricional aquele vigente na data da ocorrência do fato gerador.

Foi para apaziguar esse conflito que o v. Acórdão proferido pelo Pretório Excelso, em apertada síntese, considerou descaracterizado o caráter interpretativo da norma sob debate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, segunda parte, e atribuindo ao artigo 3º da mesma Lei Complementar o *status* de nova norma, ressaltando a aplicação da mesma à relevância das situações jurídicas já existentes.

A ementa do julgado considerado como norte na solução de discussões que versem sobre a mesma matéria restou assim consignada:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA – NECESSIDADE DE OBSERVANCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DE PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada do art. 150, §4º, 156, VII e 168, I do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implica inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata as pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção e confiança e de garantia de acesso à justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08 (sic.), que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco, impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/058, considerando-se válida a aplicação do novo

prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, §3º do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.” (STF - RE. 566.621. Rel. Ministra Ellen Gracie. Dt. Jul. 04/08/2011. Dta. Publ. 11/10/2011).

Para direcionar a conclusão que o caso concreto irá receber a partir da aplicação do julgado do STF, é necessário avaliar se o direito pleiteado pelo contribuinte se subsume ao entendimento exarado no Acórdão quanto aos seguintes aspectos abordados pela decisão:

1. Pretensões deduzidas tempestivamente, à luz do prazo aplicável na data da publicação da Lei (tese dos 5 + 5 anos, como comumente convencionou-se chamar); ou
2. Pretensões deduzidas em até 120 (cento e vinte) dias após a publicação da Lei, ou seja, até 09.06.2005.

Da análise dos autos, verifica-se que a situação do contribuinte interessado repousa na hipótese de nº “1” acima exposta, pois que o protocolo do Pedido de Restituição ora analisado foi efetuado muitos anos depois da edição da Lei Complementar nº 118/2005, mais precisamente em 27 de setembro de 2007.

Verificado que a LC 118/2005 foi publicada em 09/02/2005, bem como, à constatação do fato de que a recorrente não apresentou seu pedido de restituição ainda no período da *vacatio legis* da lei (até 09/06/2005), afasta-se qualquer exceção que se poderia dar ao caso em tela.

Assim, em sendo o pedido de restituição ora analisado, datado de 27/09/2007, têm-se por decaído o direito de pedir a restituição de valores supostamente pagos indevidamente ou a maior pelo sujeito passivo nos períodos anteriores à agosto de 2002, mormente diante da inércia do interessado em protocolar seu pedido durante o tempo de transição, antes de deflagrados os efeitos da Lei Complementar nº 118/2005, nos termos do acima exposto.

Na esteira das considerações tecidas, voto no sentido de **negar provimento** quando aos períodos anteriores à agosto de 2002.

2. Inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins:

Quanto aos períodos não atingidos pela decadência, a discussão que emana dos autos, diz respeito a possibilidade, defendida pela Recorrente, ou à vedação, sustentada pela Administração de se excluir da base de cálculo da Contribuição à COFINS, os valores relativos ao ICMS incidentes sobre as operações de venda, sob o fundamento de que tais valores, na realidade, constituir-se-iam em receitas pertencentes ao Estado e não ao contribuinte.

Adentrando ao mérito da questão, sabe-se que a matéria é objeto de discussão no âmbito do STF, em sede de Recurso Extraordinário nº 240.785-2/MG, em curso de julgamento desde 1999, que discute a incidência no âmbito da Lei nº 9.718/98. Em referido RE o “score” está 6x1 em favor do contribuinte, tendo sido publicado o seguinte resultado de julgamento:

"O TRIBUNAL, POR MAIORIA, CONHECEU DO RECURSO, VENCIDOS A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA E O SENHOR MINISTRO EROS GRAU. NO MÉRITO, APÓS OS VOTOS DOS SENHORES MINISTROS MARCO AURÉLIO (RELATOR), CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, CARLOS BRITTO, CEZAR PELUSO E SEPÚLVEDA PERTENCE, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, E DO VOTO DO SENHOR MINISTRO EROS GRAU, NEGANDO-O, PEDIU VISTA DOS AUTOS O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS SENHORES MINISTROS CELSO DE MELLO E JOAQUIM BARBOSA. FALARAM, PELA RECORRENTE, O PROFESSOR ROQUE ANTÔNIO CARRAZA E, PELA RECORRIDA, O DR. FABRÍCIO DA SOLLER, PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. PRESIDÊNCIA DA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE. PLENÁRIO, 24.08.2006".

Sabe-se também, no entanto, que houve a apresentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, na qual foi concedido provimento judicial para que se sobrestassem os julgamentos de matérias similares a esta até o julgamento final da lide pela Corte Suprema, sendo em razão desta liminar que tais demandas aguardam o pronunciamento do STF, inclusive as que estavam pendentes perante este Conselho por força da Portaria MF nº nº 256, de 22 de junho de 2009, revogada através da Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013.

Tenho, no entanto, que a matéria está muito longe de restar pacificada mesmo com eventual decisão do STF favorável aos contribuintes, pois que dela emanariam efeitos que alterariam premissas firmadas há décadas a respeito do ICMS, inclusive de ordem criminal (por ser imposto próprio ou de terceiro, p. ex.) e que acabariam por não resolver, também, as demandas que poderiam se originar nos períodos em que as contribuições ao PIS e à COFINS passaram a ser apuradas sob o regime da não cumulatividade, pois que viria à toma o questionamento sobre o direito de se tomar crédito sobre a parcela do ICMS incluído no custo das mercadorias para revenda ou dos insumos adquiridos para produção ou fabricação de bens.

Firmou-se a premissa de que o ICMS é um “imposto próprio”, ou seja, seu ônus é do próprio contribuinte, e seu mecanismo de incidência não comporta a transferência jurídica do encargo ao adquirente da mercadoria (diferentemente do IPI, no qual se fatura o preço do produto e o preço do IPI, separadamente). Daí surgem efeitos primeiramente no art. 166, do CTN, para fins de eventual indébito e demandas por créditos, e também no âmbito criminal, pois que a simples falta de pagamento de ICMS poderá passar a ser considerada “apropriação indébita”, pois que o contribuinte passaria a ser mero depositário do tributo, para repassá-lo ao ente arrecadador estadual.

Daí porque já no início da década de 1990, o Superior Tribunal de Justiça editou as Súmulas nºs. 68 e 94, com os seguintes teores:

Súmula 68. A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

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

Autenticado digitalmente em 13/03/2014 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/0

3/2014 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 13/03/2014 por JOAO CARLOS CASSUL

I JUNIOR

Impresso em 28/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Súmula 94. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Sabe-se que o FINSOCIAL foi substituído pela COFINS com a edição da Lei Complementar nº 70/91, tanto que no início acabou recebendo a alcunha de “novo Finsocial”, acomodando com isso as diversas discussões quanto à sua constitucionalidade que pairavam no Brasil pós Constituição de 1988.

A digressão história anterior foi necessária para dizer que a análise jurídica da exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS passa pela análise da constitucionalidade do art. 13, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que determina que o ICMS seja calculado “por dentro”, e que lhe concede todo esse contorno de “imposto próprio”, como mencionado alhures. E essa competência para declarar a inconstitucionalidade de Lei tributária não cabe aos julgadores do CARF, nos termos da Súmula CARF nº 2. Trata-se de uma função que compete ao STF e que o fará com o julgamento da ADC nº 18.

Até lá, tem-se a presunção de constitucionalidade da Lei, tanto do art. 13 da LC 87/96, como da Lei nº 9.718/98 questionada em sede de STF, e que não preveem a hipótese de exclusão da receita bruta de vendas ou do faturamento, os valores relativos ao ICMS incidente sobre as vendas, de modo que não merece amparo o pleito recursal.

Finalmente, trago à colação parte do voto do ilustre Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, que ao julgar o Processo nº 13851.001210/2006-40 (sessão de janeiro de 2014, pendente de publicação), com maestria pontuou:

...em relação à inclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, pois como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou, no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos

Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/06, Rel. Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 29/05/06 p. 169)

Finalmente releva notar que no caso excogitado (pretensão de exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo “os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello). (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ vol. 188/237)

Com efeito, na esteira das considerações acima, voto no sentido de **negar provimento ao Recurso Voluntário.**

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.