



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

Processo nº 11030.002361/2008-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3801-002.830 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 25 de fevereiro de 2014
Matéria COFINS- PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Recorrente INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS MARAU LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 28/02/2007

BASE DE CÁLCULO. ICMS. VALOR DA OPERAÇÃO.

O ICMS integra o valor da operação de venda, devendo ser incluído na base de cálculo da Cofins, nos termos da Lei nº 10.833, de 2003.

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO.

O ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins, conforme decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.87/SP, proferido segundo a sistemática do art. 543-C do CPC, que deve ser reproduzida no âmbito do CARF, por determinação do art. 62-A do seu Regimento Interno.

INCONSTITUCIONALIDADE. DE NORMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

Não compete aos julgadores administrativos pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel votaram pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Sergio Celani - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Paulo Sergio Celani, Marcos Antônio Borges, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Adoto o relatório do acórdão recorrido, por retratar suficientemente a lide.

“Trata o presente processo de *Pedido de Restituição* (apresentado em formulário) protocolizado em 04/11/2008, relativo a pretensas compensações indevidas de COFINS realizadas em janeiro e fevereiro de 2007, sob a alegação de que haveria entendimento favorável à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição em julgamento de RE do STF (nº 240.785-2), tendo havido posicionamento de seis Ministros favoráveis à exclusão.

Feita a devida análise, o Órgão de origem emitiu *Despacho Decisório indeferindo* o pedido de restituição, argumentando pela inexistência, na legislação atinente à COFINS, de qualquer previsão para a exclusão da base de cálculo de valores relativos ao ICMS, bem como que a interessada não identificou alguma ação patrocinada por ela cujo objeto fosse a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Cientificada, a contribuinte apresentou, através de procurador, manifestação de inconformidade. Nela, em síntese, expõe:

- em 14/03/2008 (*sic*), através de formulário, protocolou pedido de restituição de valores pagos a maior de PIS e COFINS, vez que foram pagos sem a exclusão do ICMS da base de cálculo;
- atualmente, tanto o PIS quanto a COFINS obedecem ao estatuído na Lei nº 9.718, de 1998, que estabelece serem receita bruta e faturamento, expressões equivalentes, não fazendo parte do conceito de faturamento (ou receita bruta) a parcela referente ao ICMS (arts. 2º e 3º);
- encontra-se em fase decisória, o Recurso Extraordinário nº 240.785, tendo por relator o Ministro Marco Aurélio, segundo o qual, o conceito de faturamento *decorre de um negócio jurídico, de uma operação*, assim, *a base de cálculo da extravarar, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar*. Portanto, o valor do ICMS não

pode ser incluído na base de cálculo da COFINS e do PIS, por não estar incluso no conceito de *faturamento*, sendo *ingresso* na escrituração contábil das empresas;

- o ICMS, tanto quanto o IPI, são cobrados do consumidor final, não a título de receita, mas sim como recolhimento antecipado para posterior transferência ou encontro de contas com o Poder Público, não podendo ser inserido no conceito de faturamento (receita bruta);

- o ICMS não representa riqueza do contribuinte, não podendo ser considerado para fins de apuração da COFINS e PIS. Do contrário, estar-se-ia utilizando o tributo com efeito confiscatório, onerando o contribuinte em duplicidade, como se fosse uma penalidade a ser aplicada, em manifesta ofensa ao direito de propriedade e ao princípio constitucional da capacidade contributiva;

- o ICMS não é fato signo presuntivo de riqueza da empresa, mas sim do Estado, não se podendo considerá-lo na apuração das contribuições em questão. A empresa pugna pelo deferimento do pedido de restituição, por restar evidente a inconstitucionalidade da cobrança de PIS e de COFINS sem que se exclua o ICMS da base de cálculo;

- a empresa requer sejam conhecidos os seus argumentos, devidamente embasados nos princípios e legislação fiscal, devendo ser provida a *Manifestação de Inconformidade* em sua totalidade, a fim de que reste deferido o pedido de restituição formulado, vez que é inconstitucional a cobrança do PIS e da COFINS sem a exclusão do ICMS da base de cálculo;

- requer, também, que os créditos a serem restituídos sejam acrescidos de juros remuneratórios com base da taxa SELIC, desde seu pagamento indevido até a data da restituição/compensação;

- requer a publicação da pauta de julgamento no DO, com indicação da empresa recorrente.

A repartição preparadora atestou a tempestividade da peça de contestação.”

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre indeferiu a manifestação de inconformidade conforme ementa a seguir:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1997 a 28/02/2007

BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO.

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

Contra esta decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário em que se insurge contra a incidência da contribuição sobre o ICMS, baseando-se nos mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, em especial, no voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE nº 240.785.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Sergio Celani, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade para julgamento nesta turma especial.

Sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins

Conforme destacado no acórdão recorrido, o ICMS é parte integrante do preço das mercadorias e serviços vendidos, vale dizer, integra o valor da operação.

Sobre ele incide a Cofins, no regime não-cumulativo, por determinação do art. 1º, §1º, da Lei nº 10.833, de 2003.

Por outro lado, não há previsão de exclusão deste valor da base de cálculo do tributo.

Cito a Lei nº 10.833, de 2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende 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.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - de venda dos produtos de que tratam as Leis nºs 9.990, de 21 de julho de 2000, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 10.485, de 3 de julho de 2002, e 10.560, de 13 de novembro de 2002, ou

quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

IV - de venda de álcool para fins carburantes; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita. (Incluído pela Lei nº 10.684, de 2003).”(o grifo não consta do original)

Em reforço a esta conclusão, a 2ª Turma Especial da 3ª Seção de Julgamento do CARF, no **acórdão nº 3802-001.617**, relatado pelo Conselheiro Francisco José Barroso Rios, decidiu pela inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, conforme ementa abaixo:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2006

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ JULGADO SEGUNDO A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. ENTENDIMENTO QUE VINCULA O CARF POR FORÇA DE SEU REGIMENTO INTERNO.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.877-SP, proferido segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, entendeu que a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, em sintonia com as Súmulas 68 e 94 da citada Corte. Tal entendimento deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, por força do disposto no caput do artigo 62-A do Regimento Interno do referido Conselho.”

Transcrevo as razões constantes do voto que levaram a turma a assim decidir, que adoto como razões para, no presente caso, decidir do mesmo modo.

“A suspensão liminar dos julgamentos dos processos envolvendo a matéria, determinada pelo STF, motivou fosse também sustado, pelo STJ, o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.127.877-SP, recurso o qual fora recebido na origem segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, conforme despacho proferido pelo Sr. relator, Min. Teori Zavascki, em 03/11/2009.

Contudo, findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, o STJ proferiu decisão monocrática e definitiva no aludido REsp nº 1.127.877-SP (transitada em julgado em 20/06/2012),

entendimento o qual deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, conforme caput do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, abaixo transcrito:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, não há como reconhecer direito creditório favoravelmente à recorrente, já que o STJ, no âmbito do REsp nº 1.127.877-SP, entendeu que o ICMS integra sim a base de cálculo da COFINS, conforme ementa do voto acima referenciado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

A jurisprudência existente, com força vinculadora sobre este julgamento administrativo, é favorável à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep.

Logo, corretos o despacho decisório e a decisão recorrida no entendimento de que a recorrente não possui direito ao crédito pleiteado.

Alegações de inconstitucionalidade no Recurso Voluntário.

O art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, alterado pela lei nº 11.941, de 2009, conversão da MP nº 449, de 2008, e o artigo 62, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, vedam aos julgadores do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvadas algumas hipóteses não presentes neste caso.

E a Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória pelos membros da CARF, diz:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Assim, as arguições de inconstitucionalidade não podem ser admitidas neste julgamento.

A questão da incidência das contribuições sobre o ICMS no STF

O STF é quem dá a última palavra em matéria constitucional.

No âmbito daquele tribunal, a discussão sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep encontra-se como segue:

Na ADC nº 18, questiona-se o art. 3º, §2º, I, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, cuja redação é a seguinte:

“Art.3º - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...)

§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 Importo sobre Produtos Industrializado- 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.”

Nesta ação, foi concedida medida cautelar suspendendo a apreciação das demandas que envolvam a aplicação do dispositivo questionado.

Em face desta decisão, julgamentos de recursos que tratavam da mesma matéria foram sobrestados.

Posteriormente, foi tomada a seguinte decisão:

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu a questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 25.03.2010.”

Logo, transcorridos mais de 180 dias da decisão, perdeu eficácia a medida cautelar, não cabendo mais o sobrestamento com base nesta ação judicial.

Por outro lado, verifica-se que o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep, conforme decisões exaradas nos RE 240.785 e 574.706, pendentes de julgamento.

Entretanto, em nenhum destes casos, há decisão final favorável a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

O RE nº 240.785 teve seu julgamento suspenso até o julgamento da ADC nº 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento deste RE, uma vez que aquela, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria

Neste RE nº 240.785, consta a seguinte decisão:

“Petição/STF nº 134.230/2009

DESPACHO

PROCESSO – SEQUÊNCIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – ALCANCE E PEDIDO DE VISTA – REMESSA DE CÓPIA AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL.

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Auto Americano S/A Distribuidor de Peças apresenta questão de ordem na qual requer a sequência do julgamento do extraordinário, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo, pois o recurso tramita há dez anos.

Alega que, em 13 de agosto de 2008, o Plenário deferiu medida cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 18-5/DF, suspendendo a apreciação das demandas que envolvam a aplicação do artigo 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98, bem como decidiu sobrestar o julgamento deste recurso, em face da referida decisão. Sustenta que a citada cautelar teve seus efeitos prorrogados por duas vezes – 4 de fevereiro e 16 de setembro de 2009 – e que, conforme constou da ementa do acórdão, a medida cautelar deferida não abrange os processos em curso no Supremo.

Esclarece buscar no extraordinário a interpretação conforme à Constituição do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 70/91, não tendo suscitado a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

Ressalta haver o Tribunal assentado, na questão de ordem apresentada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 18-5/DF, que os processos de controle concentrado de constitucionalidade preferem aos de controle difuso. Afirma que, antes da mencionada questão de ordem, o extraordinário retratava o caso

piloto alusivo à incidência de ICMS sobre a COFINS, contando com 6 votos favoráveis à tese da recorrente e 1 contra.

Salienta que o Plenário, em 17 de setembro de 2008, enfrentou situação idêntica ao examinar o tema da incidência da COFINS em relação às sociedades civis prestadoras de serviços, decidindo em sentido oposto ao firmado neste processo, porquanto determinou a sequência do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 377.457 e 381.964, nos quais a posição da Corte até então era desfavorável aos contribuintes, mesmo em face do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.071.

O processo está com vista ao Ministro Gilmar Mendes.

2. Surgem duas questões interessantes. Invariavelmente, tenho revelado ser imprópria a concessão de medida acauteladora para afastar a jurisdição, mas esse não é o entendimento da sempre ilustrada maioria. Além disso, conforme a informação do Gabinete, o processo no qual interposto este recurso extraordinário está com vista ao Ministro Gilmar Mendes.

3. Encaminhem cópia deste despacho a Sua Excelência.

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 23 de novembro de 2009, às 10h45.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator”

Quanto ao RE nº 574.706/PR, a Ministra Carmen Lúcia, Relatora do RE, apreciando petição nº 27.549/2010 da Procuradoria da Fazenda Nacional, exarou a seguinte decisão:

“DECISÃO (Petição n. 27.549/2010)

1. Em 12.5.2010, a Recorrida informou que “o presente recurso, que versa acerca da validade constitucional da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS teve sua repercussão geral reconhecida em 25.4.2008. (...) esse tema também está sob apreciação da Suprema Corte nos autos da ADC 18” (fl. 166).

Requer a submissão do “presente feito ao crivo do Plenário da Corte na mesma sessão daquela em que for levada à apreciação (...) a ADC 18” (fl. 167).

2. A Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 18 tem por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º, da Lei n. 9.718/1998. Esse dispositivo exclui do conceito de faturamento, para fins de base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, o ICMS cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

3. Os arts. 126 e 127 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõem que:

“Art. 126. Os processos conexos poderão ser objeto de um só julgamento.

Parágrafo único. Se houver mais de um Relator, os relatórios serão feitos sucessivamente, antes do debate e julgamento.

Art. 127. Podem ser julgados conjuntamente os processos que versarem a mesma questão jurídica, ainda que apresentem peculiaridades.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, os relatórios sucessivos reportar-se-ão ao anterior, indicando as peculiaridades do caso.”

4. Pelo exposto, defiro o pedido.

Publique-se.

Brasília, 1º de agosto de 2013.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**

Relatora”

Portanto, no RE nº 240.785, pretende-se interpretação conforme à Constituição do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 70/91, não tendo sido suscitada a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98; e, no RE nº 574.706/PR, foi deferido pedido de que fosse julgado em conjunto com a ADC nº 18, que versa sobre a mesma questão jurídica.

Nem a ADC nº 18, nem os RE nºs. 240.785 e 574.706/PR, tiveram seus julgamentos terminados. Logo, nenhum deles interfere no presente julgamento administrativo.

Conclusão.

Pelo exposto, tendo em vista que o ICMS integra o valor da operação e que não há previsão legal para sua exclusão da base de cálculo da Cofins e que o STJ, na sistemática de repercussão geral, decidiu que o ICMS integra a base desta contribuição, **voto por negar provimento ao recurso voluntário**, mantendo-se o despacho decisório.

(assinado digitalmente)
Paulo Sergio Celani.

Processo nº 11030.002361/2008-15
Acórdão n.º **3801-002.830**

S3-TE01
Fl. 12

CÓPIA