



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

Processo n° 11030.902186/2012-44
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3803-005.281 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 29 de janeiro de 2014
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS MARAU LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2003 a 31/05/2003

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

Inclui-se na base de cálculo da contribuição a parcela relativa ao ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte, eis que toda receita decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços corresponde ao faturamento, independentemente da parcela destinada a pagamento de tributos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso; vencidos os conselheiros João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues que convertiam o julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado (Presidente), Hélcio Lafetá Reis (Relator), Belchior Melo de Sousa, João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em contraposição à decisão da DRJ Porto Alegre/RS que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada por Indústria de Plásticos Marau Ltda., esta manejada em decorrência da emissão de despacho decisório em que a repartição de origem denegara o pedido de restituição formulado, relativo a indébito da Cofins devida em maio de 2003, apurada com base na Lei nº 9.718, de 1998, no montante de R\$ 2.944,55.

Em sua Manifestação de Inconformidade, o contribuinte alegara que o indébito decorreria de pagamento a maior da Cofins, em razão do cálculo efetuado com base na totalidade da receita bruta auferida no período, sem a exclusão da parcela referente ao ICMS, que, no seu entender, por se revestir da qualidade de ingresso, não integraria o conceito de faturamento.

Junto à Manifestação de Inconformidade, o contribuinte trouxe aos autos cópias de parte do livro Registro de Apuração do ICMS, de planilha de apuração da contribuição por ele elaborada, do Pedido Eletrônico de Restituição (PER) e do DARF, que, segundo ele, comprovariam a origem do direito creditório pleiteado.

A DRJ Porto Alegre/RS não reconheceu o direito creditório por considerar que inexistiria previsão legal que autorizasse a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Registre-se que, em sua decisão, a Delegacia de Julgamento não fez qualquer juízo de valor ou mesmo qualquer referência ao conjunto probatório trazido aos autos pelo contribuinte, restringindo sua análise à matéria de direito.

Cientificado da decisão de primeira instância em 7 de agosto de 2013, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em 5 de setembro do mesmo ano e reiterou seu pedido de restituição, repisando os mesmos argumentos de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis

O recurso é tempestivo, atende as demais condições de admissibilidade e dele conheço.

Com base no relatório supra, contata-se que a controvérsia nos autos se restringe à existência ou não do direito de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

De início, ressalte-se que permanece pendente, pelo prisma constitucional, a discussão acerca da exclusão do valor do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e Cofins. A matéria encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (STF) que já reconheceu a sua repercussão geral, estando pendente de julgamento o mérito do Recurso Extraordinário nº 574.706, cuja ementa tem o seguinte teor:

Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.

Encontra-se pendente de julgamento, também, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ¹, cuja ementa da medida cautelar assim dispõe:

EMENTA Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstante o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal

Por não se ter ainda uma decisão definitiva de mérito no STF, não há que se invocar o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI-CARF), em que se prevê a obrigatoriedade de os conselheiros reproduzirem o teor de decisão transitada em julgado em processos submetidos à regra da repercussão geral (art. 543-B do Código de Processo Civil – CPC).

Além do mais, tendo a Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, revogado os parágrafos primeiro e segundo do mesmo art. 62-A do Anexo II do RI-CARF, desde então, não se perscruta mais acerca de possível sobrestamento de julgamentos no âmbito deste Colegiado enquanto pendente decisão definitiva no regime do art. 543-B do CPC.

Para a análise do mérito da presente controvérsia, não se pode perder de vista que o ICMS é imposto cujo cálculo se processa pelo método denominado “por dentro”, ou seja, o montante do imposto integra a sua própria base de cálculo; logo, pretender excluir o valor do imposto para cálculo do PIS e da Cofins é pretender reduzir o próprio faturamento.

Em conformidade com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula nº 68 com o seguinte teor: *a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.*

Essa mesma conclusão tem sido exarada em outros julgados, como por exemplo na decisão contida no Recurso Especial nº 501.626/RS e no AMS 2004.71.01.005040-8/PR do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

REsp 501626 / RS

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.

2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS. (grifei)

3. Recurso especial improvido.

AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2004.70.01.005040-8

Ementa: PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS.

Inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS devido pela empresa na condição de contribuinte (Súmula 258, TFR e Súmula 68, STJ), eis que tudo o que entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias corresponde à receita - faturamento -, independente da parcela destinada a pagamento de tributos. (grifei)

Nesse sentido, tem-se que a receita de vendas de mercadorias configura o faturamento da pessoa jurídica, base de cálculo da contribuição, sendo irrelevante haver ou não tributo nela incluso, pois a Constituição Federal, ao atribuir competência à União para instituir a contribuição, não dissecou os elementos constituintes do termo linguístico “faturamento”, prevendo-se a incidência sobre todo o montante assim constituído.

Além do mais, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN), “[a] lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998, as contribuições para o PIS e a Cofins incidem sobre o faturamento, encontrando-se previstas no § 2º do art. 3º da mesma lei as exclusões autorizadas, havendo a previsão de exclusão do ICMS (inciso I do art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998) quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; mas somente nessa hipótese.

Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

Diante do exposto, voto por NEGAR provimento ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator

Processo nº 11030.902186/2012-44
Acórdão n.º **3803-005.281**

S3-TE03
Fl. 74

CÓPIA