



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

Processo nº 13804.000910/2007-63
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-003.898 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2017
Matéria PIS/PASEP E COFINS
Recorrente MARFRIG FRIGORÍFICOS COM. ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2006

REPERCUSSÃO GERAL. ARTS. 1.036 A 1.041 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 62 DO RICARF/15. EFEITOS. APLICAÇÃO. TERMO INICIAL.

Consoante art. 62 do RICARF/15, as decisões de mérito julgadas sob o rito do recurso repetitivo e da repercussão geral, nos moldes dos arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), são de observância obrigatória no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF quando recobertas pelo atributo da “definitividade”, não se lhes aplicando enquanto pendente recurso ou não escoado prazo para sua potencial interposição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2006

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O ICMS incidente sobre vendas, devido por sujeição passiva direta, isto é, por obrigação própria, não pode ser excluído da base de cálculo da Contribuição para PIS/Pasep por falta de previsão legal, que contempla tão-somente aquele recolhido na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2006

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O ICMS incidente sobre vendas, devido por sujeição passiva direta, isto é, por obrigação própria, não pode ser excluído da base de cálculo da

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS por falta de previsão legal, que contempla tão-somente aquele recolhido na condição de substituto tributário.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado negar provimento ao recurso voluntário, da seguinte forma: (a) por maioria de votos, foi rejeitada a demanda, de ofício, do Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (que informou a intenção de apresentar declaração de voto), acompanhada pelos Conselheiros André Henrique Lemos e Tiago Guerra Machado, de sobrestamento com relação à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições; e (b) por maioria de votos, negar provimento no que se refere à demanda pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições, vencidos os Conselheiros Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Mara Cristina Sifuentes e André Henrique Lemos.

Rosaldo Trevisan – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Robson José Bayerl, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Fenelon Moscoso de Almeida, Tiago Guerra Machado e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

Relatório

Cuida-se de pedido de restituição de PIS/Pasep e Cofins, perído janeiro/2002 a dezembro/2006, correspondente à parcela do ICMS sobre vendas incluída na base de cálculo dos tributos em comento.

A DERAT/SP indeferiu o pedido, por ausência de previsão legal, e considerou não declaradas as compensações atreladas ao pleito formulado.

O contribuinte apresentou peça recursal contestando, inicialmente, a não declaração das compensações aviadas, por ausência de respaldo no art. 74 da Lei nº 9.430/96, pugnando pela concessão do efeito suspensivo e, no mérito, defendeu a procedência da repetição do indébito, remetendo à discussão travada no RE 240.785/MG, sustentando, ainda, que os valores recebidos a título de ICMS não configuram receita e/ou faturamento, mas simples ingresso, ao passo que não se incorporam ao seu patrimônio; que inexistente norma legal que preveja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins, em clara violação ao art. 150, I da CF/88 e art. 110 do CTN; e, que a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins pela Lei nº 9.718/98, implicaria em reconhecer que o ICMS sobre vendas não pode ser considerado faturamento da pessoa jurídica.

Em 14/05/2008 o recorrente comunicou o deferimento de medida judicial, no bojo do MS 2008.03.00.006950-1, TRF 3ª Região, determinando o processamento da reclamação como manifestação de inconformidade, com concessão do efeito suspensivo inerente à espécie recursal.

A DRJ São Paulo I/SP julgou a manifestação improcedente, *verbis*:

“CONCOMITÂNCIA.

A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa.

BASE DE CALCULO. COFINS. INCLUSÃO.

O ICMS devido pela empresa compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da COFINS. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo da COFINS que não estejam expressamente previstos em lei.

BASE DE CÁLCULO. PIS. INCLUSÃO.

O ICMS devido pela empresa compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo do PIS. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo do PIS que não estejam expressamente previstos em lei.

Solicitação Indeferida”

O recurso voluntário repetiu os argumentos da manifestação de inconformidade.

Em maio/2016, durante as sessões de julgamento, foi comunicada concessão de liminar, datada de 22/05/2017, no MS 1002996-75.2017.4.01.3400, 3ª VF/SJDF/TRF 1ª Região, para a retirada de pauta do processo administrativo em referência e, implicitamente, o seu sobrestamento até decisão final do *mandamus* (efls. 598/600).

Referido mandado de segurança discute a suspeição dos conselheiros, representantes da Fazenda Nacional, nos termos do art. 42 do RICARF/2015 (Portaria MF 343/2015), frente ao advento da MP 765/2016, que, dentre outros assuntos, criou o bônus de eficiência para a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil.

Às efls. 628/630 foi apensada decisão exarada pelo Presidente do TRF 1ª Região suspendendo os efeitos da decisão liminar em tela.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

Preambularmente, considerando que o processamento da reclamação inaugural como manifestação de inconformidade se deu por força de provimento judicial, necessária a verificação da manutenção da ordem concessiva que ampara o recorrente.

Em consulta ao sítio virtual do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, confirmei a existência de decisão judicial vigente que acolhe a demanda formulada, consubstanciada hodiernamente no provimento da apelação manobrada pelo interessado, ocorrida em 12/02/2014, encontrando-se o processo suspenso/sobrestado por decisão da vice-presidência, em função do julgamento, em repercussão geral, do RE 574.706/PR.

Por bem refletir o histórico do feito, reproduzo o relatório da referida apelação:

“Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado no dia 20/2/2008, face ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, visando que seja processada a manifestação de inconformidade apresentada no processo administrativo nº 13804.000.910/2007-63, uma vez trata-se de compensação "não homologada" e não de compensação "não declarada", atribuindo-lhe efeito suspensivo a esta e a seus recursos, nos termos dos §§ 9º, 10 e 11 do artigo 74 da Lei nº 9.430/91; bem como, seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado no processo nº 10880.720.016/2008-93, que exige os valores constantes das DComp's apresentadas pela contribuinte apresentadas.

A liminar foi indeferida (fls. 79/82). Inconformada, a impetrante interpôs agravo de instrumento, ao qual foi deferida a antecipação da tutela recursal (fls. 88/91).

Após a apresentação das informações das autoridades impetradas (fls. 98/102 e 149/170) e a juntada do Parecer do Ministério Público Federal (fls. 125/129), sobreveio sentença denegatória da segurança.

Apela a impetrante, pugnando pela reforma da sentença, sustentando que a manifestação de inconformidade apresentada no processo administrativo nº 13804.000.910/2007-63 possui efeito suspensivo, pois as compensações não foram "não declaradas". Por outro lado, alega que a lei suspende a exigibilidade dos créditos tributários no caso de reclamações e recurso administrativos (artigo 151, III, do CTN) (fls. 247/258).

A apelação foi recebida somente com efeito devolutivo (fl. 261) decisão contra a qual a impetrante interpôs agravo de instrumento (fls. 267/277), tendo sido deferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 301/305).

A União apresentou contrarrazões de apelação, pugnando pelo não provimento do apelo (fls. 283/297).

Vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso, mantendo-se a r. sentença tal qual proferida (fls. 300/303).

Em decisão proferida em 7/1/2014, neguei seguimento à apelação, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil (fls. 206/210).

Inconformada com a decisão de fls. 206/210 a apelante interpôs pedido de reconsideração/agravo, com fundamento no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil. Pretende ver recebida e processada a Manifestação de Inconformidade, atribuindo-lhe efeito suspensivo, uma vez que o Pedido de Restituição/Compensação dos pagamentos a maior do PIS e da COFINS em virtude da inclusão do ICMS na base de cálculo, não podem ser consideradas "não declaradas", pois tal entendimento da Receita Federal não se coaduna com a previsão expressa na Lei nº 9.430/96 e do Decreto nº 70.235 (fls. 212/222)."

Então, por força de determinação judicial e por preencher os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário interposto.

Na seqüência, registro que os efeitos das decisões prolatadas no bojo do MS 1002996-75.2017.4.01.3400, como narrado, até o presente momento, não representam óbice ao prosseguimento do julgamento administrativo, não havendo ordem judicial vigente que impeça a sua realização.

A questão versada nestes autos diz respeito à possibilidade de exclusão do ICMS, tributo de competência dos Estados-Membros, da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins e do PIS/Pasep.

Em recentíssima decisão plenária, de 15/03/2016, ainda pendente de publicação, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE 574.706, julgado sob o rito da repercussão geral, reputou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de apuração das contribuições em comento, não mais cabendo, portanto, debates sobre a matéria, que passa à pacificação.

Nada obstante, como veiculado pelos meios de comunicação, a União, através da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, irá peticionar a modulação dos efeitos dessa decisão, como se extrai da notícia estampada no sítio virtual do STF, datada de 15/03/2017:

“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 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 nas Constituições, 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.” (Destacado)

Assim, enquanto não definidos os parâmetros temporais que nortearão os efeitos a serem deflagrados pela decisão, a falta de condição de exequibilidade, o que, por via oblíqua, impede, por enquanto, a sua adoção como paradigma de julgamento, não se lhe aplicando as disposições do art. 62, § 1º, “b” e § 2º do RICARF/15 (Portaria MF 343/15):

“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)*

(...)

*§ 2º As decisões **definitivas** de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática 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, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)” (destacado)*

Aliás, nesse ponto, não se pode olvidar a existência do REsp 1.144.469/PR, com trânsito em julgado em 10/03/2017, que decidiu pela legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em debate:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. Nº 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. Nº 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

4. Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax on tax").

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: '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'.

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ:

(...)

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO-APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n.

2.158-35, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: ‘O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica’.

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.”

Em manifestação pessoal oposta àquela externada na mencionada repercussão geral, em julgamento do caso *sub examine*, tenho que aludido imposto estadual, sujeito ao princípio da não-cumulatividade, possui uma sistemática *sui generis* de cálculo, cuja cobrança se dá através da incorporação diretamente no preço dos produtos comercializados, numa fórmula denominado “cobrança por dentro”, de tal sorte que se transforma em verdadeiro custo das mercadorias vendidas, diversamente do que ocorre com o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o ICMS – Substituição Tributária, cuja cobrança se reflete no acréscimo de seu montante ao valor das mercadorias, havendo uma sutil diferença entre as sistemáticas.

Dada essa particularidade, entendo que o pretendido abatimento, para ser tornar factível, deveria vir respaldado em previsão legal, o que incoorre, sendo remansosa a jurisprudência desta Corte Administrativa nesse sentido, citando-se como exemplo o que decidido nos acórdãos 202-18930, 202-18732, 201-78811, 202-18956, 203-13613 e 203-09281 e, mais recentemente, nos arestos 3301-003.004, 3402-002.958, 3802-002.925 e 9303-003.549.

Destarte, nos termos do art. 3º, § 2º da Lei nº 9.718/98 e também nas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, apenas “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”, pode ser excluído da base de cálculo dessas contribuições.

Outrossim, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, também em sede de repercussão geral, acerca da inconstitucionalidade do conceito ampliado de faturamento veiculado na prefalada Lei nº 9.718/98, em nada influencia a questão aqui tratada, haja vista que o ICMS sobre as vendas realizadas não compõe receitas “estranhas” ao faturamento, mas representa parcela do produto da vendas de bens nas operações de conta própria.

Da mesma forma, por ser o ICMS componente do preço de venda, não há como acolher o argumento que se trata de mero ingresso, por não se agregar ao patrimônio do contribuinte, eis que, na condição de parte do preço, a sua exclusão deve contar com norma expressa nesse sentido, mesmo porque, indigitada parcela (ICMS) não será integralmente

repassada ao Estado, mas apenas a diferença contraposta aos créditos a que faz jus o contribuinte, por aplicação do regime não cumulativo.

Então, por constituir-se em preço de venda, dada sua cobrança “por dentro”, distintamente do que apregoa o recorrente, não há necessidade de norma específica a determinar a inclusão do ICMS na apuração do PIS/Pasep e Cofins, bastando a tal desiderato a legislação de regência dessas contribuições, ao dispor, para o caso vertente, que o faturamento corresponde à receita bruta da venda de mercadorias, além das regras próprias daquele imposto, que prevê sua incorporação ao preço de venda.

Nesse ponto, peço licença para transcrever parte do voto do Min. Gilmar Mendes, exarado no RE 240.785-2/MG, que compartilha o mesmo entendimento sobre o assunto:

“Ora, se a importância correspondente ao ICMS integra o valor da operação final, na linha do decidido pelo Plenário no RE 212.209/RS, constitui também produto da venda ou da prestação de serviço e faturamento do contribuinte, da mesma maneira que os outros fatores do preço das mercadorias e serviços.

Em outras palavras, o montante relativo ao ICMS incorpora-se ao preço, de forma que é pago pelo comprador e é recebido pelo vendedor ou pelo prestador de serviço, ingressando em seu domínio, em consequência da respectiva operação.

Em se tratando de tributos reais, como a COFINS, a exclusão de qualquer fator que componha seu objeto – na espécie, o produto da operação – deve ser expressamente prevista, seja por meio de imunidade, como no art. 155, § 2º, XI, da Carta Magna que retira o montante do IPI da base de cálculo do ICMS; seja por meio de isenção, como previsto no art. 2º, parágrafo único, “a” da LC 70/1991, que excepciona o valor correspondente ao IPI da base de cálculo da COFINS.

*De fato, as expressões ‘faturamento’ e ‘receita bruta’, por si só, não distinguem quaisquer ingressos operacionais percebidos, nem excluem de antemão qualquer elemento do resultado da operação. Portanto, montante **subtraído** do resultado das operações, a qualquer título, é exceção à base de cálculo e depende de previsão legal.*

Interpretação diversa entenderia como inócuos os supracitados arts. 155, § 2º, XI, da Carta Magna e 2º, parágrafo único, ‘a’ da LC 70/1991, o que não é razoável.

Data maxima venia, a exclusão do montante do produto das operações, sem expressa determinação normativa, importa ruptura no sistema da COFINS e aproxima indevidamente a contribuição sobre o faturamento daquela sobre o lucro.

Com efeito, se excluída da base de cálculo da COFINS a importância correspondente ao ICMS, por que não retirar o valor do ISS, do Imposto de Renda, do Imposto de Importação, do Imposto de Exportação, das taxas de fiscalização, da taxa do IBAMA, do PIS, da CPMF, além da própria COFINS?

Obviamente, o simples fato de fundar-se em ônus tributário não desqualifica a parte do preço como receita bruta.

Além disso, também não impressiona o argumento de que o valor do ICMS seja destinado não ao contribuinte, mas ao estado federado. De fato, é necessário dissociar o preço das mercadorias e serviços, ou seja, o quantum entregue pelo comprador e recebido pelo vendedor, das obrigações decorrentes e atreladas à operação.

Caso contrário, também as comissões de intermediários, a participação dos empregados, royalties, licenças, direitos autorais, seguro, frete, despesas aduaneiras, além de tarifas de crédito, por exemplo, também deveriam ser subtraídas do resultado.

Na verdade, o acolhimento do entendimento da recorrente abrirá diversas fragilidades no sistema da COFINS, criando outro tributo pautado pelas circunstâncias pessoais do contribuinte e de cada parcela que integra o resultado das operações. Inevitavelmente, passa-se a tratar a presente contribuição como tributo pessoal, aproximando-a de tributo sobre a renda ou sobre o lucro.

(...)

Repita-se que a COFINS cuida de tributação sobre o faturamento, a receita bruta, o produto das vendas, não de imposição sobre a renda ou o lucro. O fundamento ou a destinação final do quantum não é relevante para a base de cálculo da COFINS, apenas o recebimento pelo contribuinte no curso de suas atividades.

(...)é importante destacar que nem sempre a totalidade do valor correspondente ao ICMS recebido pelo contribuinte da COFINS será repassado ao Estado, seja porque em muitos casos há crédito de operações anteriores a serem considerados, consoante o princípio da não-cumulatividade, seja porque o fenômeno da substituição tributária pode ter exigido antes o recolhimento do tributo.

Em síntese, o valor referente ao ICMS destacado em nota fiscal não é transferido automaticamente, nem é vinculado ao recolhimento do tributo – como se permanecesse intangível no caixa do contribuinte de direito até sua entrega ao erário estadual. Na realidade, ele constitui disponibilidade econômica que integra o preço e é empregado consoante o discernimento do vendedor, ainda

que eventualmente seja contabilizado o ônus tributário, após consideração dos respectivos créditos no período de apuração.” (destaques no original)

Noutra senda, este sodalício desde há muito já se entendeu incompetente para examinar a inconstitucionalidade de normas legais plenamente vigentes e que não foram objeto de revogação, declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e/ou resolução do Senado Federal, conforme Súmula CARF nº 2 (*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*).

O Decreto nº 70.235/72, art. 26-A, nessa linha, foi alterado para se incluir vedação expressa quanto a qualquer possibilidade de discutir o assunto, cujas exceções encontram-se taxativamente arroladas no seu texto, *verbis*:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”

Resta, por fim, o exame do julgamento proferido no RE 240.785-2/MG, de relatoria do Min. Marco Aurélio de Mello, encerrado em 08/10/2014, que deu provimento ao apelo do contribuinte para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins, como se extrai de sua 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.”

O resultado do referido julgado se encontra redigido da seguinte maneira:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Não participou da votação a Ministra Rosa Weber, com fundamento no art. 134, § 2º, do RISTF. Não votaram os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.”

Em princípio, poder-se-ia invocar as disposições do art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235, que ressalva a vedação de manifestação sobre constitucionalidade de normas aos casos que a lei já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, para justificar a reprodução do mencionado recurso extraordinário ao caso dos autos administrativos.

Todavia, a leitura que faço do comando em apreço não aponta para a simples existência de uma única decisão da Corte, desde que plenária e definitiva, para sua adoção pelas turmas julgadoras desta Casa, isto porque a “definitividade” a que se refere o preceptivo, a meu sentir, não se vincula à ocorrência dos efeitos da coisa julgada, formal ou material, no âmbito do processo, mas sim à “definitividade” como fixação de entendimento sobre a matéria *sub judice*, o que se verifica pela recorrência de decisões em um mesmo sentido, leia-se, jurisprudência firme.

Então o termo “definitividade”, inserto no predito art. 26-A, atrela-se à jurisprudência do tribunal sobre determinada matéria e não à imutabilidade da decisão isolada proferida, com a propagação dos efeitos da coisa julgada, naquele processo, como exposto.

E essa ausência de “definitividade” acerca da exegese a ser firmada sobre o tema ficou patente nas discussões havidas durante a sessão de 08/10/2014, onde restou consignada a impossibilidade de se atribuir efeito *erga omnes* à decisão, com o reconhecimento da repercussão geral nesse extraordinário, senão veja-se:

“08/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 240.785 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, pela ordem. Na segunda-feira, às dezessete horas, a Fazenda Nacional pleiteou, neste recurso extraordinário – e como já tive a oportunidade de registrar, urge a conclusão deste julgamento –, que se aguarde a apreciação conjunta da Ação Declaratória nº 18, que acabou sendo incidente a inviabilizar a finalização do exame deste recurso extraordinário, e do Recurso Extraordinário nº 574.706, que está sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia. Digo que proferi decisão indeferindo o pedido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, como estamos aguardando - e virá oportunamente - o eminente Ministro Gilmar Mendes, que fará parte da turma julgadora, no momento oportuno, chamaremos esse processo a julgamento e decidiremos essa questão levantada por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, pela ordem. Na segunda-feira, às dezessete horas, a Fazenda Nacional pleiteou, neste recurso extraordinário – e como já tive a oportunidade de registrar, urge a conclusão deste julgamento –, que se aguarde a apreciação conjunta da Ação Declaratória nº 18, que acabou sendo incidente a inviabilizar a finalização do exame deste recurso extraordinário, e do Recurso Extraordinário nº 574.706, que está sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia. Digo que proferi decisão indeferindo o pedido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, como estamos aguardando - e virá oportunamente - o eminente Ministro Gilmar Mendes, que fará parte da turma julgadora, no momento oportuno, chamaremos esse processo a julgamento e decidiremos essa questão levantada por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, seria o caso de indagar: até quando teremos incidentes que resultam no tumulto da marcha processual?

(...)

Repito, Presidente: urge, sob pena de desgaste para o Supremo, ultimar a entrega da prestação jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Nada impede, Senhor Presidente, que se conclua o julgamento do presente recurso extraordinário, iniciado em 1999 e renovado em 2006. Vale observar, de outro lado, que, mesmo que não se reconheça, na espécie, a existência de repercussão geral, ainda assim esta Corte terá a oportunidade de examinar a mesma controvérsia jurídica, agora sob o regime do art. 543-B do CPC, por ocasião do julgamento do RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, em cujo âmbito o Plenário Virtual já reconheceu presente o caráter transcendente do litígio constitucional em discussão, (...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Segundo disposto na Constituição Federal, para termos base na edição de verbete vinculante, precisamos de reiteradas decisões do Supremo. Por isso é que devemos entregar a prestação jurisdicional, o que já tarda.

(...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu reconheço o incômodo e a posição desconfortável em que se encontra a Advocacia-Geral da União neste caso, porque há um dado que nós não podemos negar – e aí não vale a pena ficar a espiolhar e a escrutinar razões: fato é que o julgamento começou com uma composição e agora o Tribunal tem outra composição. Esse é um dado fático que nós não podemos negar. E por isso, inclusive, já anteciparia a minha posição no sentido de que nós nos limitemos a julgar este Recurso Extraordinário sem lhe atribuir caráter de repercussão geral – ao contrário do manifestado pelo Ministro Celso -, porque, de fato, a composição mudou; três Ministros que participaram do julgamento não mais estão, e hoje nós temos um RE com quatro Ministros. E nós temos agora um Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida além da ação declaratória de constitucionalidade proposta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nesse momento, depois dessas manifestações, o que está em xeque, o que está em pauta é apenas a continuidade do julgamento. A questão, se haverá ou não, ou se será ou não atribuída a repercussão geral, depois nós examinaremos após colher os votos restantes se for o caso. Mas eu ouço ainda os Colegas. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Salientei, Senhor Presidente, que o exame da presente controvérsia constitucional poderá efetivar-se, sob a égide do regime jurídico-processual da repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA,

que versa o mesmo tema em causa (legitimidade constitucional da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, então, surge a problemática colocada pelo ministro Gilmar Mendes: o Colegiado hoje tem outra composição. Por isso é que não devemos, neste caso que estamos a julgar, implementar eficácia maior.

(...)”

É inconteste que a mencionada decisão é um importante precedente jurisprudencial, cuja exegese acabou por prevalecer na decisão tomada no RE 574.706/PR; todavia, em razão do quadro descortinado no último julgamento, mormente o possível exame de modulação dos seus efeitos, ainda não é possível aplicar as disposições do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e do art. 62 do RICARF/2015.

Com estas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

Robson José Bayerl

Declaração de Voto

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

1. Da necessidade de suspensão do presente feito

1. Como consabido, a questão referente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins foi recentemente decidida no Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, oportunidade na qual restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

2. Contudo, nos termos da Solução de Consulta RFB nº 6.012, publicada em 04/04/2017, vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 137 de 2017, o que se verifica é a ausência de solução definitiva do mérito, o que implica, para a Receita Federal do Brasil, ausência de previsão legal que possibilite a exclusão do imposto da base de cálculo das

Contribuições para o PIS e COFINS devidas nas operações realizadas no mercado interno, posição à qual se acresce a inexistência, até o presente momento, de Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional sobre a matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal – Art. 19, II, da Lei nº10.522, de 19 de julho de 2002. Assim, em observância ao RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, considerando que a decisão ainda não se tornou definitiva, não está este Conselho vinculado à decisão e, desta forma, passa-se a demonstrar a nossa convicção a respeito do tema.

3. Há de se assentir, no entanto, para o fato de que, ainda que prevaleça o posicionamento contrário à tese firmada pela excelsa Corte na ocasião do julgamento do presente recurso voluntário, a contribuinte se verá obrigada a buscar a guarida do Poder Judiciário, onde muito provavelmente obterá êxito, e restará à coisa pública arcar não apenas com as despesas inerentes ao processo, com o custo da atividade da Procuradoria da Fazenda Nacional, como também com as verbas sucumbenciais, sobretudo ao se ter em conta o caráter transubjetivo de uma decisão que, em que pese ainda não publicada, é por todos conhecida. Não é possível se perder de vista, ademais, que, segundo o preceptivo do *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil, é o desígnio do legislador que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la "*estável, íntegra e coerente*", em prestígio à segurança jurídica que deve pautar a relação entre aplicadores e jurisdicionados. A dicção prudente do direito deve, portanto, preferir a coerência e, assim como a posição individual do aplicador deve observância à decisão colegiada, o entendimento administrativo não pode se lançar à deriva de seus próprios fundamentos e perder de vista a terra firme da construção pretoriana das cortes superiores de seu país.

4. Assim, o caminho da resolução para fins de sobrestamento do presente feito até que se torne definitiva a decisão no recurso extraordinário em referência seria o caminho mais adequado e consentâneo com os ideários de estabilidade, integridade e coerência? Contrariamente a tal proposta, a resolução se presta a tal finalidade? Está-se diante não de uma prejudicialidade externa em sentido estrito, mas de uma potencial (ainda que provável) decisão, ou seja, de uma "*prejudicialidade tênue*". Não se cogitaria de resolução para se suspender o processo caso o colegiado "tivesse notícia" de que uma determinada lei cujo conteúdo implicasse alteração da decisão a ser proferida estivesse na iminência de ser aprovada. Contudo, não se trata deste caso: embora ambas se tratem de normas gerais cogentes, está-se diante de uma decisão da Suprema Corte brasileira que apenas aguarda formalização e cujo conteúdo já se conhece, galgando a condição de notoriedade. A formalização superveniente do acórdão judicial alterará o colorido jurídico da relação que se discute no presente caso: saber disso é suficiente para se suspender o presente processo de forma não apenas a economizar a verba pública correspondente, mas também garantir aos jurisdicionados (contribuinte e Fazenda Pública) uma prestação mais célere, que apenas será procrastinada com uma decisão contrária ao pleito formulado na seara administrativa, pois este é o sentido do interesse público que deve ser preservado, e ainda que este relator, individualmente considerado, e este colegiado, em sua formação atual, ao menos de forma majoritária, discordem da exclusão do ICMS da base das contribuições.

5. Destaca-se, ademais, que o Recurso Extraordinário nº 574.706 teve a sua repercussão geral reconhecida e que o § 5º do art. 1.035 da Lei nº 13.105/2015 é expresso ao determinar que, uma vez reconhecida a repercussão geral, deverá ser determinada a "*suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*": ao dispor sobre "processos", não fez o legislador distinção entre processos administrativos e judiciais. Milita em desfavor da aplicação de tal dispositivo o fato de que, no presente caso, não haver notícia de que a Ministra Relatora tenha determinado *expressamente* a suspensão.

6. No entanto, em 23/02/2017, caso em tudo semelhante ao presente foi decidido no sentido da suspensão do processo administrativo que tramita neste Conselho: no curso do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, procedeu-se à suspensão dos processos que tramitam neste Conselho acerca de matéria idêntica, decidida de maneira favorável à contribuinte pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em **decisão pendente de publicação**:

"A Fundação Armando Álvares Penteado, admitida no processo como interessada, requer a comunicação, mediante ofício, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF acerca da suspensão dos processos que versem a mesma matéria do extraordinário.

(...). Relata a ausência de implementação da medida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, vinculado ao Ministério da Fazenda, responsável pelo exame dos recursos contra atos formalizados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB. Afirma que a recusa do Órgão decorre da falta de previsão regimental a respaldar a suspensão dos processos.

***Ressalta a iminência de julgamento, no CARF, de processo administrativo relevante para a entidade.** Notícia a expedição de ofício, pela Secretaria Judiciária, a todos os tribunais do território nacional, não tendo havido comunicação aos órgãos administrativos.*

(...) Em se tratando de processo sob repercussão geral, surgem conseqüências danosas. Uma vez admitida, dá-se o fenômeno do sobrestamento de processos que, nos diversos Tribunais do País, versem a mesma matéria, sendo que hoje há previsão no sentido do implemento da providência requerida § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil.

*(...) **A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer conciliando-se celeridade e conteúdo. Daí a necessidade de atentar-se para o estágio atual dos trabalhos do Plenário.** Dificilmente consegue-se julgar, fora processos constantes em listas, mais de uma demanda, o que projeta no tempo, em demasia, o desfecho de inúmeros conflitos de interesse.*

No caso, tem-se quatro votos proferidos no sentido da inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991. Enquanto isso, o Poder Público continua aplicando-o, gerando dificuldades de toda ordem para entidades beneficentes.

*(...) **Implemento a medida acauteladora, suspendendo, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, o curso de processos que veiculem o tema, obstaculizando o acionamento, pela Administração Pública, do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991"** - (seleção e grifos nossos).*

7. Assim, em 07/03/2017 foi expedido o Ofício nº 594/R endereçado ao Presidente deste Conselho com cópia da decisão do Ministro Marco Aurélio Mello que suspendeu os processos administrativos que tratam da matéria.

8. Faz-se necessário, neste sentido, admitir não a aproximação do direito continental a um vero sistema de precedentes, pois há **substancial distância** entre regras específicas de vinculação ínsitas às especificidades do sistema processual, judicial e administrativo, brasileiro e tais modelos estrangeiros, que não guardam relação com nossa realidade, mas dar voz, na formação dos fundamentos da decisão, à postura expressamente adotada pelo legislador pátrio, em observância ao direito positivo, do qual destacamos os seguintes dispositivos:

Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) - Art. 927. *Os juízes e os tribunais observarão:*

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

*III - os **acórdãos** em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e **em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos**;*

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. *Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:*

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Não por outro motivo, reafirmamos a nossa discordância com relação à **equivocada** ementa do **Acórdão CSRF nº 9303004.394**, de relatoria da Conselheira Tatiana Midori Migiyama, proferido em sessão de **09/11/2016**, em que, **por unanimidade de votos**, decidiu-se nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/03/2008

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. IPI. PRINCÍPIO DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

*Em respeito ao Princípio da Eficácia Vinculante dos Precedentes, emanado explicitamente pelo Novo Código de Processo Civil, cabe no processo administrativo, quando houver similitude fática dos casos tratados e jurisprudência pacificada, a observância dos precedentes jurisprudenciais fluidos (sic) pelos Tribunais, conforme arts. 15, 926 e 927 da Lei 13.105/15. Ressurgindo à competência tributária trazida pela Constituição Federal, **quando se tratar de atividades relacionadas aos serviços gráficos personalizados passíveis de tributação pelo ISS, é de se afastar a incidência de IPI**, conforme inteligência promovida pelo art. art. 1º, § 2º, da LC 116/03.*

Discordamos da existência de um suposto “princípio da eficácia vinculante dos precedentes jurisprudenciais”, de conteúdo contramajoritário e que milita em desapeço de “(...) *uma das bases imprescindíveis na realização de uma certa concepção do Estado e do Direito*”¹ que tem na intencionalidade normativa das funções estatais o fundamento da separação dos poderes que não pode ser perdido como um sopro ideológico, mas, antes, como uma categoria institucional bem demarcada. Não há, portanto, de se assentir com o precedente em geral como preceito genérico a ser seguido, fonte formal e engastada da decisão, mas, antes, como matéria-prima viva na forja do amadurecimento dos conceitos segundo o entendimento das instituições, o que apenas reafirma a necessidade de separação para que este diálogo continue a existir, sob pena de se fomentar uma estrutura monologal de Estado dotada do poder de dizer o direito.

¹ NEVES, A. Castanheira. O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª edição (Reimpressão), 2014, pp. 14 e 15.

Assim, os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2016 preceituam *regras específicas e pontuais* no sentido da uniformidade do comportamento das instituições jurisdicionais. Contudo, a uniformização não é o fim ensimesmado do preceptivo, mas, antes, prover os ideários de estabilidade, integridade e coerência e, neste sentido maiúsculo, de segurança jurídica, é possível se cogitar que “(...) *ao objetivo da mera uniformidade da jurisprudência deve substituir-se o objetivo da unidade do direito – ou, se quisermos, aquela ‘uniformidade’ deverá passar a entender-se de modo a ver-se nela a manifestação jurisprudencial desta unidade e para cumprimento da sua específica perspectiva normativo-intencional*”:² antes um farol a ser seguido do que uma camisa de força para o aplicador. Passasse, assim, à análise não de um equivocado “princípio da eficácia dos precedentes jurisprudenciais”, que deve ser desde logo censurado, vergastado e abandonado, mas de regras pontuais de uniformização de *casos* que deram conta da matéria, rumo a uma postura integrativa e de unicidade do ordenamento.

9. Este, ademais, foi o posicionamento **unânime** desta turma, no **Acórdão CARF nº 3401-003.806**, proferido em **26/06/2017**, de minha relatoria, cujo trecho pertinente da ementa abaixo se transcreve:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2007

PRINCÍPIO DA EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INEXISTÊNCIA.

Em que pese a necessidade de se buscar, tanto quanto possível, a unicidade do ordenamento a ser refletida na prestação jurisdicional estável, íntegra e coerente, inexistente no direito pátrio o "princípio da eficácia vinculante dos precedentes". Assim, ainda que possa o julgador administrativo decidir no mesmo sentido da jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na persecução de tais valores, a ela não está vinculado, devendo, não obstante, cumprir e aplicar as regras pontuais de uniformização previstas nos arts. 15, 926 e 927 da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil).

10. Realizados tais esclarecimentos, em tudo consentâneos com o quanto defendido no presente voto, pode-se afirmar que a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, acima transcrita, é merecedora de encômios, pois não há de se ofertar ao jurisdicionado decisão esquizóide, ou seja, tendente ao isolamento, falha em se relacionar com os demais componentes da sociedade jurídica que integra. O padrão evasivo de distanciamento dos vetores de amadurecimento institucional é contrário aos artigos acima transcritos, e este Conselho não pode se alhear das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida como se desconhecesse não apenas o Código de Processo Civil de seu país como também a decisão favorável à tese defendida pela contribuinte no presente caso. Obrigá-la a buscar a chancela posterior do Poder Judiciário em um caso como o presente caminha em sentido contrário ao interesse público, incorrendo, assim, em apego exagerado ao formalismo e às suas próprias decisões, visão míope e distorcida de que o livre convencimento do aplicador estaria de alguma forma alheado do esforço argumentativo da construção do direito, infenso à unicidade da ordem jurídica. Não é que os

² *Idem*, p. 656.

comandos uniformizadores ganhem verticalidade, mesmo porque se discute caso ainda sem a definitividade do trânsito em julgado, mas não se pode relegar ao esquecimento, como se inexistente, aquilo que sabemos e conhecemos.

11. Desta feita, diante de decisão não definitiva, propõe-se não a concordância com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, mas simplesmente a conversão do presente julgamento em diligência para que se suspenda este processo administrativo, com fundamento não apenas nos fundamentos utilizados pela decisão do Ministro Marco Aurélio, como também nos dispositivos do Código de Processo Civil, todos acima transcritos e referenciados, até o ulterior trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706.

12. No entanto, como se depreende da leitura do **Acórdão CARF nº 3401-003.627**, proferido em sessão de 25/04/2017, de minha relatoria, o racional ora expandido no sentido da suspensão do processo foi suplantado pela turma, por voto de qualidade, em conformidade com trecho da ementa, abaixo transcrito:

REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que julgado o respectivo recurso extraordinário, porém pendente de publicação e definitividade a decisão prolatada, não importa o sobrestamento do processo administrativo que trata da mesma matéria, por ausência de previsão regimental, não se aplicando as disposições do Código de Processo Civil, por força da evolução histórica do art. 62-A, §§ 1º e 2º do RICARF/09 (Portaria MF nº 256/09), incluídos pela Portaria MF 586/2010 e revogados pela Portaria MF nº 545/2013.

13. Acrescemos a tais considerações, os argumentos veiculados em artigo sobre o tema que escrevemos em co-autoria com Diego Diniz Ribeiro³:

"(...) o fato de ainda inexistir publicação do acórdão citado é questão exclusivamente formal, já que o conteúdo da decisão foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação. Ademais, convém lembrar que, desde o ano de 2002, as sessões do STF são transmitidas ao vivo pela TV Justiça e que este julgamento, em especial, atraiu enorme audiência da comunidade jurídica em razão da sua relevância.

(...) Aliás, é exatamente em razão de tais valores que o CPC/2015 prescreve que, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, todos os demais processos (e não só aqueles processos já em fase recursal) deverão ser sobrestados, até que haja decisão no chamado leading case. É o que prevê o art. 1.035, §5º do CPC.

³RIBEIRO, Diego Diniz e BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo. "CARF deve suspender processos de ICMS na base da Cofins?". Brasília: Jota, 03 de maio de 2017, disponível em: <<https://jota.info/artigos/carf-deve-suspender-processos-do-icms-na-base-da-cofins-03052017>>, último acesso em 01/08/2017.

A questão, todavia, que deve ser aqui debatida é se tal dispositivo deve ou não ser convocado no âmbito dos processos administrativos tributários. Para tanto, insta analisar o que dispõe o art. 15 do CPC. Segundo referido dispositivo, as disposições do CPC devem ser aplicadas de forma supletiva e subsidiária, ou seja, atribuem-se às normas do CPC, respectivamente, uma função normativo-substitutiva e também uma função normativo-integrativa.

Para a questão aqui analisada, o que interessa é o caráter subsidiário do CPC/2015 e, conseqüentemente, sua função normativo-integrativa, que pode ser vista por duas perspectivas.

A primeira delas com base na embolorada ideia de que o direito se perfaz pelo intermédio exclusivo da lei, calcada, pois, na concepção de um divinal legislador que não deixa comportamentos sociais sem prescrições normativas e que, quando isso eventualmente ocorre, o próprio direito legislado cria mecanismos no sentido suplantar tais buracos, o que se dá por intermédio de institutos como a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade. Aí então a função integrativa clássica do CPC/2015 em face de uma lacuna legislativa referente ao processo administrativo tributário.

Todavia, uma visão mais moderna deste caráter subsidiário da lei parte do pressuposto de que tal norma integrativa deverá ser convocada de modo a potencializar os valores que lhes são próprios, bem como os valores do próprio Direito enquanto método de – repita-se – resolução, com justiça, de problemas de convivência humana. Nesse sentido, quando se fala no caráter subsidiário do CPC, sua convocação no processo administrativo, inclusive o tributário, deve ser no sentido de potencializar os princípios constitucionais do processo civil, dentre os quais se destacam os seguintes: integridade, unidade e coerência das decisões de caráter judicativo, de modo a também tutelar, reflexamente, igualdade de tratamento a jurisdicionados em situações análogas e, por fim, segurança jurídica.

Assim, com base em tais premissas, quer parecer que, na hipótese de recurso extraordinário afetado por repercussão geral, o sobrestamento prescrito no já citado art. 1.035, §5º do CPC, também deve se estender aos processos administrativos de caráter tributário, pois, dessa forma, estar-se-á prestigiando os sobreditos valores jurídicos, tão importantes para o Direito.

Não obstante, mesmo que se empregue a função integrativa de uma norma subsidiária em um sentido clássico, ainda sim a solução aqui proposta (sobrestamento do processo administrativo tributário) seria a única resposta cabível para o caso em tela. E isso porque, ao se analisar as disposições legais que tratam do processo administrativo tributário (Decreto 70.235 e Lei 9.784/99), é impossível encontrar qualquer disposição normativa que trate do problema aqui enfrentado, qual seja, o que fazer com processo administrativo que apresente recurso com causa de pedir autônoma e cujo teor está pendente de julgamento no âmbito judicial, em sede de processo com caráter transindividual. Não havendo disposições legais nas leis que tratam o processo administrativo tributário, deve ser aplicado de forma subsidiária o CPC." - (seleção e grifos nossos).

14. Assim, voto pela conversão do presente feito em diligência para fins de sobrestamento do processo administrativo em apreço até o ulterior trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 574.706.

2. Da inclusão do ICMS na base do PIS

15. Vencido na questão acerca do sobrestamento do presente processo, forçoso reconhecer que excelentes argumentos militam em favor das contribuintes no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais, entre os quais se destacam: **(i)** a existência de destaque do ICMS que torna possível se aferir o montante exato que se inclui na base de cálculo das contribuições, **(ii)** a existência de repercussão jurídica, no sentido de que o imposto se materializa em um valor repassado juridicamente à contribuinte tendo como destino os cofres públicos, o que implica a ideia de mera transferência ou repercussão, **(iii)** configuração de situação não-isonômica, uma vez que contribuintes que exercem a mesma atividade passam a ser tratados desigualmente a depender da alíquota aplicável de ICMS.

16. Entendemos, contudo, que o ICMS integra o valor final da operação de venda e compra, e a chamada "incidência por dentro" não é vedada, salvo nos casos específicos previstos pela legislação. Assim, não há vedação genérica para que um tributo inclua outro, ou até mesmo ele próprio, em sua base de cálculo, e este é o caso do IPI ao incidir sobre o ICMS ou do ICMS, ao incidir não apenas sobre o próprio ICMS, como também sobre o IPI. Tal circularidade em nada destoia das normas de regência do sistema tributário nacional: a incidência por dentro convive em igualdade de condições com a incidência por fora, como ocorre no caso da CSL, hipótese em que se verifica a exclusão do tributo da sua base de cálculo. Há de se destacar, ainda, que a Lei nº 10.637/2002 (arts. 1º ao 11) e a Lei nº 10.833/2003 (arts. 1º ao 16) não contemplam a hipótese da exclusão do ICMS incluído no preço de venda. Destaca-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes para subsidiar a argumentação do presente voto:

"(...) a COFINS não incide sobre a renda, sobre o incremento patrimonial líquido, que considera custos e demais gastos que viabilizaram a operação (como o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro), mas sobre o produto das operações (antes da EC 20/1998: as operações restringiam-se a vendas e prestações de serviços), da mesma maneira que outros tributos como o ICMS e o ISS.

Com efeito, a imposição sobre o produto de vendas e prestação de serviços como ocorre com a COFINS, o ICMS e o ISS cuida de tributo real (Objektsteuer), que não exige a observação das circunstâncias pessoais do contribuinte (...). Logo, a receita bruta (faturamento, produto das operações) em oposição à receita líquida compreende a importância total recebida pelo contribuinte sem exclusão a priori de quaisquer componentes independentemente de sua destinação ou natureza como margem de lucro, custos diretos, custos indiretos ou ônus tributário.

Ora, se a importância correspondente ao ICMS integra o valor da operação final, na linha do decidido pelo Plenário no RE 212.209/RS, constitui também produto da venda ou da prestação de serviço e faturamento do contribuinte, da mesma maneira que os outros fatores do preço das mercadorias e serviços.

Em outras palavras, o montante relativo ao ICMS incorpora-se ao preço, de forma que é pago pelo comprador e é recebido pelo vendedor ou pelo prestador de serviço, ingressando em seu domínio, em consequência da respectiva operação. Em se tratando de tributos reais, como a COFINS, a exclusão de qualquer fator que componha seu objeto na espécie, o produto da operação, deve ser expressamente prevista, seja por meio de imunidade, como no art. 155, § 2º, XI, da Carta Magna que retira o montante do IPI da base de cálculo do ICMS; seja por meio de isenção, como disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar 70/1991, que excepciona o valor correspondente ao IPI da base de cálculo da COFINS.

De fato, as expressões faturamento e receita bruta, por si só, não distinguem quaisquer ingressos operacionais percebidos nem excluem de antemão qualquer elemento do resultado da operação. Portanto, montante subtraído do resultado das operações, a qualquer título, é exceção à base de cálculo e depende de previsão legal. Interpretação diversa entenderia como inócuos os citados arts. 155, § 2º, XI, a Carta Magna e 2º, parágrafo único, da LC 70/1991, o que não é razoável.

(...) Com efeito, se excluída da base de cálculo da COFINS a importância correspondente ao ICMS, questiono: por que não retirar o valor do ISS, do Imposto de Renda, do Imposto de Importação, do Imposto de Exportação, das taxas de fiscalização, da taxa do IBAMA, do PIS, além da própria COFINS?

Obviamente, o simples fato de fundar-se em ônus tributário não desqualifica a parte do preço como receita bruta. Além disso, também não impressiona o argumento de que o valor do ICMS seja destinado não ao contribuinte, mas ao estado federado. De fato, é necessário dissociar o preço das mercadorias e serviços, ou seja, o quantum entregue pelo comprador e recebido pelo vendedor, das obrigações decorrentes e atreladas à operação.

Caso contrário, também as comissões de intermediários, a participação dos empregados, royalties, licenças, direitos autorais, seguro, frete, despesas aduaneiras, além de tarifas de crédito, por exemplo, também deveriam ser subtraídas do resultado. Na verdade, o acolhimento do entendimento da recorrente abrirá diversas fragilidades no sistema da COFINS, criando outro tributo pautado pelas circunstâncias pessoais do contribuinte e de cada parcela que integra o resultado das operações. Indeadamente, passa-se a tratar a presente contribuição como tributo pessoal, aproximando-a de tributo sobre a renda ou sobre o lucro.

Rigorosamente, os fundamentos aqui apresentados para excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS poderiam também ser aplicados para afastar diversos custos que viabilizam as operações de compra e venda e de prestação de serviço, sejam de natureza tributária, sejam de natureza civil.

Ainda que transferido apenas temporariamente ao contribuinte, qualquer parcela do valor do preço das vendas e dos serviços (após a EC 20/1998, também outras operações) irrefutavelmente faz parte do faturamento. De fato, após a entrega do numerário, o contribuinte dispõe dela da forma que entender conveniente: utilizando para quitar outros débitos que vencem primeiro, movimentando como capital de giro até a apuração, investindo em aplicações financeiras, etc.

Repita-se que a COFINS cuida de tributação sobre o faturamento, a receita bruta, o produto das vendas, não de imposição sobre a renda ou o lucro. O fundamento ou a destinação final do quantum não é relevante para a base de cálculo da COFINS, apenas o recebimento pelo contribuinte no curso de suas atividades.

(...) Em primeiro lugar, conforme já destacado, esta Corte reconheceu no RE 212.209/RS, Redator para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 14.2.2003, que o quantum referente ao ICMS compõe o valor da operação e, por isso, também está incluído, como outros custos de viabilização, em sua própria base de cálculo. Consequentemente, o destaque do ICMS é apenas para controle fiscal, não para diferenciar a natureza da parcela.

Em segundo lugar, frise-se que o ICMS não funciona como imposto retido. De fato, o ICMS não é recolhido automaticamente com a ocorrência da operação, mas é recebido pelo vendedor, que o integra ao seu caixa, ao seu patrimônio e, apenas ao término do período de apuração, repassa-o ao Estado federado, depois de considerada a compensação de créditos.

Em terceiro lugar, é importante destacar que nem sempre a totalidade do valor correspondente ao ICMS recebido pelo contribuinte será repassado ao Estado, seja porque em muitos casos há crédito de operações anteriores a serem considerados, consoante o princípio da não cumulatividade, seja porque o fenômeno da substituição tributária pode ter exigido antes o recolhimento do tributo" - (seleção e grifos nossos).

17. Assim, com base nos fundamentos acima externados, o ICMS deve integrar a base de cálculo do PIS e da Cofins e, neste sentido, voto pela improcedência do recurso voluntário neste particular.

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco