



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

Processo n° 13851.000718/2001-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-005.670 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2018
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente VERAS AGROPECUÁRIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/10/2000

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

O ICMS integra o preço de venda das mercadorias ou serviços, devendo ser computado no cálculo da receita bruta ou faturamento, para fim de incidência das contribuições sociais, não havendo previsão legal para sua exclusão das bases de cálculo, salvo quando cobrado na substituição tributária

ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF N° 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro José Renato Pereira de Deus que dava-lhe provimento. Designado o Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

(assinado digitalmente)

Fenelon Moscoso de Almeida - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède, Fenelon Moscoso de Almeida, Walker Araujo, Vinicius Guimaraes (suplente convocado), José Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior, Raphael Madeira Abad.

Relatório

Por bem transcrever os fatos até então verificados, adota-se o relatório da do acórdão nº 14-13.103, da 5ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto, prolatado na sessão de 06 de julho de 2006, como parte do relato dos acontecimentos verificados nos presentes autos, observe-se:

Trata-se de lançamento consubstanciado em auto de infração, lavrado em 25/06/2001, para exigir da empresa acima identificada o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) concernente aos períodos de apuração de janeiro a dezembro 1996; janeiro, abril e junho a outubro de 1997; março e dezembro de 1998; janeiro, maio, julho, agosto e outubro de 1999 e fevereiro, maio, junho a agosto e outubro de 2000, no valor de R\$ 19.113,62, acrescido da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), na importância de R\$ 13.115,25 e dos juros de mora, na quantia de R\$ 14.335,14, enunciando como base legal o artigo 77, inciso III, do Decreto-lei nº 5.844, de 1943; artigo 149 da Lei nº 5.172, de 1966; artigos 1º, 2º e 10º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 1991 c/c artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.218, de 1991; artigo 13 da Lei nº 9.065, de 1995; artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações das Medidas Provisórias n's. 1.807 e 1.858, de 1999 e artigos 44, inciso I, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

O procedimento fiscal imputa falta e/ou insuficiência de recolhimento da exação nos períodos em comento, ante o fato da empresa ter deixado de incluir na base de cálculo do tributo, assim entendida o faturamento (até o mês de janeiro de 1999) ou a receita bruta (a partir de fevereiro de 1999), os valores da venda de cana de açúcar, apurados junto a seu comprador segundo notas fiscais de entrada, e importâncias relativas a cheques recebidos de terceiros sem o competente registro na contabilidade. Há, também, valores recebidos a título de vendas de imóveis, que embora constantes da contabilidade da autuada, foram oferecidos à tributação apenas em parte.

Cientificada em 27/06/2001, fl. 09, a autuada ingressou com a impugnação de fls. 129/134, acompanhada dos documentos de fls. 135/145, por meio da qual fustiga a exigência argumentando, em preliminar, que os valores atinentes aos períodos de apuração do ano de 1996 estão sendo cobrados judicialmente na ação de execução fiscal nº 2001.61.20000777-9, em trâmite na ia Vara da Justiça Federal de Araraquara, não cabendo

exigência paralela do mesmo débito. Quanto ao mérito diz que as mercadorias adquiridas por OMETTO P /AVAN S/A

não correspondem in totum às receitas auferidas, pois para tanto seria preciso que se comprovasse o efetivo recebimento de tais créditos, o que não ocorre quando se tem em foco o fato de que o valor atinente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), de competência estadual e natureza indireta, é pago pelo contribuinte de fato e apenas repassado pelo contribuinte de direito, ou seja, aquele que efetuou o faturamento, que assume a posição de mero depositário, conforme já decidiu o Juízo da 4ª Vara Federal de São Paulo na ação nº 95.0046457-8 e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região no processo nº 89.0339000-8.

Relativamente aos dois cheques emitidos por CONSTRUTORA IKAL LTDA, aduz que tais valores (R\$ 10.000,00 e R\$ 15.000,00) encontram-se lançados na contabilidade e não se enquadram nos conceitos de receita bruta e faturamento estabelecidos na Lei Complementar nº 70, de 1991.

Já no que diz respeito à receita da venda de imóveis afirma que estes não constituem mercadoria e, destarte, não produzem receita operacional, bem como, que não explora o ramo de atividade de venda de imóveis, sendo que alienou, em caráter eventual, bens integrantes do ativo imobilizado, e que qualquer exigência pautada fora do conceito de faturamento ditado pelo legislador complementar (artigo 2º, da LC 70, de 1991), revela-se inconstitucional.

Ao final, requereu a improcedência do lançamento.

Em 22/07/2005, por força da Resolução DRJ/RPO/Nº 346, esta Quinta Turma acordou em baixar os autos para diligência, a fim de que fosse verificado se o lançamento, ou parte dele, já se encontrava no processo de cobrança judicial gerado pelo registro da dívida ativa nº 80.6.99.187197-99. Em atendimento, a digna autoridade fiscal prestou os esclarecimentos de fls. 186/187.

A impugnação realizada pela contribuinte foi julgada parcialmente procedente, pela DRJ, recebendo o acórdão a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/10/2000

Ementa: BASE DE CÁLCULO. ICMS.

É entendimento pacífico que o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação — ICMS, por constituir parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços, integra a base de cálculo da

contribuição, exceto quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/10/2000

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis regularmente emanadas do Poder Legislativo, eis que da exclusiva alçada do Poder Judiciário, em face do princípio da independência dos Poderes da República.

Lançamento Procedente em Parte

Inconformada a recorrente interpôs o recurso voluntário onde alegou, em preliminar que embora decido pela DRJ a exclusão de lançamentos referente a cheques depositados, esses não teriam sido retirados do demonstrativo de cálculo do débito, e no mérito, repisa os argumentos relacionados à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais.

Seguindo seu tramite ordinário, os autos foram distribuídos a este Conselheiro julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

O recurso é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

I - Preliminar

Segundo a recorrente em que pese ter a DRJ ter excluído da cobrança certos valores relacionados à suposta omissão de receitas, esses não teriam sido excluídos do demonstrativo de créditos, conseqüentemente, persistindo sua exigência.

Do referido acórdão extrai-se as conclusões a respeito do assunto, observe-se:

(...)

No que toca à imputação de subtração dos valores de R\$ 10.000,00 e R\$ 15.000,00 do crivo do tributo, relativos a dois cheques emitidos por CONSTRUTORA IKAL LTDA., verifica-se que a tributação se deu por presunção desses depósitos terem por origem operações realizadas à margem da contabilidade caracterizando, dessa forma, a omissão de receitas.

Os indícios coletados pela fiscalização, e que indicariam omissão de receitas, não são suficientes para embasar a presunção que se pretendeu construir.

Com efeito, a existência dos depósitos bancários, cuja origem não seja comprovada, só foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 42, com vigência a partir de 01/01/1997, verbis:

Art. 42 - Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

O caso em análise, no entanto, diz respeito a fatos geradores anteriores à vigência do referido artigo 42 da Lei n.º 9.430 de 1996, e carece dos necessários reforços capazes de transmudar mera presunção em definitiva certeza. Isto porque, até então, tal

hipótese apenas retratava indício de omissão, não tendo o condão de caracterizar, por si só, o ilícito. Assim, na ausência de presunção legal para o período em análise, cabia à fiscalização demonstrar, de forma cabal, que os valores depositados correspondiam a rendimentos tributáveis não oferecidos à tributação. A inversão do ônus da prova, transferindo ao contribuinte a obrigação de afastar, através de documentação hábil e idônea, as conclusões da fiscalização que deram causa à imputação, apenas se processa a partir da formação da presunção legal.

O nexó causal entre cada depósito e a receita supostamente omitida deixou de, ser demonstrado no presente caso e, por conseguinte, não pode prevalecer a exigência fiscal.

(...)

Em decorrência, é de se excluir da tributação relativa ao ano de 1996 a importância de R\$ 500,00 (2% de 25.000,00), bem como, a quantia de R\$ 375,00 (75% de 500,00) a título de multa.

Da análise dos documentos acostados aos autos verifica-se que realmente não foram consideradas as exclusões apontadas no acórdão, motivo pelo qual acolho a pretensão da recorrente, havendo assim a necessidade de serem expurgados da cobrança os valores de R\$ 500,00 (2% de 25.000,00), bem como, a quantia de R\$ 375,00 (75% de 500,00) a título de multa.

II - Do Mérito - Exclusão ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS

Quanto ao mérito a controvérsia refere-se à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

Questão idêntica foi apreciado recentemente no julgamento do processo nº 10530.004513/2008-11, traduzido no Acórdão nº 3201-003.725, em que, por maioria de votos,

foi dado provimento ao recurso voluntário. E por comungar com as razões trazidas pelo voto condutor do julgado da lavra do I. Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, com respaldo no art. 50, § 1º, da Lei 9.784/1999, aqui adota-se como razão de decidir os mesmos fundamentos apresentados pela nobre Relatora no referido voto, que seque transcrito:

Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Redator designado

Em que pese o elevado conhecimento da matéria em julgamento e o bem fundamentado voto proferido pelo Ilustre Conselheiro relator, ousou divergir do posicionamento adotado em relação a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições PIS/COFINS.

O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.

Referida decisão possui a seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

O Supremo Tribunal Federal STF já está a aplicar o entendimento firmado em outros processos, conforme se depreende do julgado adiante colacionado:

"COFINS E PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços – ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário nº 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação dos honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, quando se tratar de recurso formalizado em processo cujo rito os exclua. AGRAVO – MULTA – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente inadmissível ou improcedente, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância protelatória."(RE 440787 AgRsegundo, Relator(a):Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe098 DIVULG 18052018 PUBLIC 21052018)

Com a decisão proferida pela Corte Suprema, não mais prevalece o contido no REsp 1.144.469/PR do Superior Tribunal de Justiça STJ.

O entendimento ora esposado encontra amparo no fato de o próprio Superior Tribunal de Justiça STJ não mais estar aplicando o seu antigo posicionamento. A Corte Superior de Justiça, de modo reiterado, está decidindo de acordo com o julgado no RE 574.706.

A título ilustrativo, colaciona-se recentes decisões em tal sentido, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR).

1. O recurso especial foi interposto na vigência do CPC/1973. Dessa forma, sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao

patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para realizar a adequação prevista no art. 1.030, II do CPC/2015." (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. A Jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça possuía o entendimento de considerar legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ. Posicionamento este ratificado pela Primeira Seção do STJ

no julgamento do Resp 1.144.469/PR, processado e julgado como representativo de controvérsia. 2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do RE 574.706RG/PR, com repercussão geral reconhecida, firmou tese contrária à fixada pela Primeira Seção do STJ. 3. Juízo de retratação exercido nestes autos (art. 1.040, II, do CPC/2015), para negar provimento ao apelo nobre da Fazenda Nacional." (REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança. II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte. III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS

não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017. IV. Nesse contexto, retornaram os autos por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral. V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Neste contexto, não há como negar plena efetividade ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, já que o próprio Superior Tribunal de Justiça STJ não mais aplica o entendimento firmado no REsp 1.144.469/PR. Pertinentes são as palavras da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em voto proferido no processo 10580.721226/200701 (Acórdão 3301004.355):

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia. É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de “decisão definitiva de mérito”, para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF."

Cito, ainda:

"Os órgãos do Estado são entes sem vida, sem inteligência e sem sentimento; são dirigidos por gestores que assumem o compromisso constitucional de respeitar os princípios democráticos, dentre os quais o efetivo cumprimento das decisões judiciais. De outra forma, não faz sentido o próprio governo, integrante do sistema, desrespeitar as leis.

A Fazenda Pública e os órgãos públicos de maneira geral, por não terem vida, não se sensibilizam com os fatos que ocorrem em seu redor, diferentemente do que acontece com seus agentes políticos ou administrativos." (CARDOSO, Antonio Pessoa. Cumprimento das leis Estado deve ser referência de valores do Direito. Revista Consultor Jurídico, 25 de junho de 2011, 7h41)

Um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Sobre a inteira e imediata aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, o Superior Tribunal de Justiça STJ assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. **2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgREDED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RSAgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.** 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido." (AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA,
julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018) (nosso destaque)

Do voto, destaco:

"3. No mais, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a existência de precedente sob o regime de repercussão geral firmado pelo Plenário daquela Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgREDED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 18.9/2017; ARE 909.527/RSAgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.)"

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, no Recurso Extraordinário nº 574.706 e em conformidade com o que tem adotado o Superior Tribunal de Justiça STJ.

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Por todo o exposto, vota-se por dar provimento ao recurso.

III - Da conclusão.

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, dando-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida- Redator Designado

Com as vênias de praxe, dissinto do entendimento do eminente Relator no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

A controvérsia versa sobre ser a inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS inconstitucional, e ilegal, por não possuir natureza de faturamento e/ou receita da venda de mercadorias e/ou serviços.

Sobre ser inconstitucional, por ofensa ao inc. I, do art. 195, da CF/88, a inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS, não há como discordar da decisão recorrida, no sentido de que os órgãos julgadores administrativos não são detentores de competência para apreciar argüições de pretensa inconstitucionalidade, por força do *caput*, do art. 62, do RICARF, e da Súmula CARF nº 2:

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

Inclusive, a questão da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, encontra-se em discussão no foro apropriado (STF): RE nº 574.706/PR, absolutamente, não se confundindo com a matéria do RE nº 585.235/MG (RE nº 457.592/SP) sobre a inconstitucionalidade da base de cálculo prevista no §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, ambos, submetidos ao regime de repercussão geral.

Aponta a Recorrente, precedente firmado pelo STF no julgamento do RE nº 240.785/MG, o qual restou assim ementado:

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.

(STF; RE 240.785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe246 DIVULG 1512-2014 PUBLIC 16122014 EMENT VOL0276201 PP00001).

Por conta desse precedente do STF, também, no STJ existem(iam) decisões contrárias às suas próprias Súmulas nº 68 e 94:

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

(PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/1992, DJ 04/02/1993)

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

(PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/1994, DJ 28/02/1994)

Apesar dos precedentes jurisprudenciais existentes, nenhum deles possui(a) efeito vinculante e *erga omnes*, não sendo de reprodução obrigatória no âmbito dos julgamentos do CARF (§2º, do art. 62, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015), sendo o *leading case* que pretende solucionar essa controvérsia o RE nº 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral (Tema 69/STF), bem como a ADC nº 18.

Assim, não tendo os Tribunais do Poder Judiciário dado uma solução definitiva para esta discussão e diante de uma necessária segurança jurídica mínima, resta(va) socorrer-se à jurisprudência administrativa formada no âmbito do CARF, uniforme no sentido de entender como válida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Difícil, até mesmo, encontrar decisão da CSRF nessa matéria, visto, possivelmente, inexistente paradigmas, no sentido da exclusão do ICMS, que possibilite seguimento do recurso especial de divergência. Como exemplos de decisões recentes, abaixo, ementas reproduzidas, na parte pertinente à matéria em exame:

Acórdão nº 3302-003.204, de 18/05/2016:

BASE DE CÁLCULO. RECEITA DA VENDA DE MERCADORIAS. FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

A base de cálculo da Cofins compreende o valor total da receita de vendas de mercadorias, que corresponde ao valor total do faturamento, equivalente ao valor total da operação de venda, neste incluído, o valor do ICMS.

Acórdão nº 3301-002.833, de 23/03/2016:

EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

As contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins incidem sobre o faturamento, no qual está incluído o valor do ICMS incidente sobre as vendas. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Sobre ser ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS, por não possuir natureza de faturamento e/ou receita da venda de mercadorias e/ou serviços, contrapõe-se o entendimento legal (DL nº 1.598/77), fiscal e contábil, que a receita bruta de vendas e serviços engloba o ICMS, na medida em que este integra o preço, e que a receita líquida de vendas e serviços é obtida após a diminuição dos impostos incidentes sobre vendas.

Pesa também o fato da legislação de regência: parágrafo único, do artigo 3º, da Lei nº 9.715/98; e inciso I, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, permitir somente a exclusão da receita bruta do ICMS substituto tributário:

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de recurso afetado ao rito dos recursos repetitivos (Tema 313/STJ): **Recurso Especial nº 1.144.469/PR**, decidiu pela *legalidade do valor referente ao ICMS ser incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins*, por considerar que *valor do ICMS integra o faturamento da empresa*, acórdão **transitado em julgado em 10/03/2017**, de reprodução obrigatória no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, nos termos do § 2º, do art. 62, do RICARF, ainda que consciente da decisão, não transitada em julgado, do STF no RE nº 574.706/PR, **no momento do presente julgamento, permanecemos obrigados ao decidido definitivamente pelo STJ:**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.469 - PR (2009/0112414-2)

EMENTA 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. [...]

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". (grifei)

Portanto, no mesmo sentido da decisão recorrida, no mérito, não prevalecendo as arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade, sou pela inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida - Redator Designado