



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

Processo nº 13906.000110/2006-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-003.442 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de março de 2017
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente SEMENTES PARANÁ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2005

COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE ICMS.

Na sistemática da não cumulatividade, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, André Henrique Lemos e Rodolfo Tsuboi.

ROSALDO TREVISAN – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Moscoso de Almeida, Orlando Rutigliani Berri (suplente), André Henrique Lemos, Rodolfo Tsuboi (suplente) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre o **Pedido de Restituição** de fls. 2 a 6^l, apresentado

em 14/07/2006, em formulário, relativo à Contribuição para o PIS/PASEP apurada de 2002 a 2005 (períodos de 04/2002, 07/2002, 09/2002, 10/2002, 11/2002, 04/2003, 07/2003, 09/2003, 10/2003, 11/2003, 12/2003, 02/2004, 04/2004, 05/2004, 06/2004, 10/2004, 11/2004, 12/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2005, 07/2005, 09/2005, 10/2005 e 11/2005), em função de "exclusão de ICMS da base de cálculo" (fl. 4), em total de R\$ 18.145,86.

No Parecer de fls. 37 a 41, que fundamenta o **Despacho Decisório** de fl. 42, informa-se que não há amparo, na legislação de regência, para exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, pela legislação de regência, e que o órgão administrativo não detém competência para análise de constitucionalidade, indeferindo-se a restituição, e verificando-se não haver compensações a ela vinculadas.

Cientificado da decisão em 18/03/2009 (AR à fl. 45), o contribuinte interpôs **manifestação de inconformidade** em 16/04/2009 (fls. 46 a 59), alegando, em síntese, que: (a) o ICMS, por ser tributo indireto, não deve integrar o faturamento para efeito de cálculo da contribuição, pois não constitui faturamento nem receita, a exemplo do IPI, expressamente excluído da base de cálculo da COFINS pela Lei Complementar nº 70/1991; e (b) a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição afronta o artigo 195, I da Constituição Federal.

Em 12/08/2009 ocorre o **julgamento de primeira instância** (fls. 77 a 81), no qual se decide unanimemente pela improcedência da manifestação de inconformidade, sob os seguintes fundamentos: (a) não compete ao colegiado administrativo a apreciação de inconstitucionalidade de norma legal vigente; e (b) o ICMS, ao contrário do IPI, compõe o preço da mercadoria, e, por consequência, a base de cálculo da contribuição, não havendo permissivo legal para sua exclusão.

Cientificada do acórdão da DRJ em 26/08/2009 (AR à fl. 84), a empresa apresenta **Recurso Voluntário** em 18/09/2009 (fls. 85 a 98), basicamente reiterando a argumentação expressa em sua manifestação de inconformidade.

Em 19/05/2016 o processo foi distribuído a este relator, por sorteio, tendo sido indicado para a pauta em outubro de 2016, em sessão suspensa por determinação do CARF, assim como em novembro e dezembro do mesmo ano.

Em janeiro e fevereiro de 2017, o processo também foi indicado para pauta, e retirado por falta de tempo hábil para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso apresentado preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

A discussão levada a cabo no processo é essencialmente de direito, e se refere à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Sustenta a recorrente que o valor do ICMS não compõe a receita, tampouco o faturamento, devendo ser excluído da base de cálculo das contribuições (Contribuição para o PIS/PASEP e COFINS).

Sobre o tema, é de se destacar que as leis que regulam a matéria (no regime não cumulativo, que é o tratado nos autos) são as de nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, que dispunham, à época dos fatos, em seus arts. 1º:

“Art. 1º A contribuição (...) tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

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

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

(...)

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

(...)

VII - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.” (grifo nosso)

O texto normativo apresenta a base de cálculo no § 2º de seu art. 1º, a partir do conceito de faturamento do *caput*, detalhado no § 1º. E no § 3º são relacionadas as exclusões, entre as quais não se encontra menção ao ICMS pago (apesar de haver menção expressa de exclusão à transferência onerosa a terceiros de ICMS originado de operações de exportação).

Assim, por ausência de previsão legal, descabe a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições. Entender de forma diversa da expressa na lei, acrescentando a hipótese de exclusão, em face de princípios de ordem constitucional, implicaria análise administrativa de constitucionalidade, o que é vedado a esta corte administrativa (embora seja demandado na peça recursal), conforme assenta a Súmula CARF nº 2:

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

Nesse sentido decidiu de forma unânime este CARF:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. NÃO CUMULATIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE ICMS. Na sistemática da não cumulatividade, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep.” (Acórdão n. 3403-001.774. Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, unânime, sessão de 26.set.2012) (No mesmo sentido o Acórdão n.3403-003.449)

“EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. Até que o Supremo Tribunal Federal venha a decidir definitivamente em Repercussão Geral o Recurso Extraordinário nº 574.706 e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 18, em que há medida liminar deferida pelo plenário do STF, quando, a partir de então, a decisão será oponível contra todos e à própria administração, sendo ela positiva ou negativa aos contribuintes, não há como dar guarida ao pedido da Recorrente.” (Acórdão n. 3403-003.045. Rel. Cons. Luiz Rogério Sawaya Batista, unânime, sessão de 29.mai.2014)

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. Ante a inexistência de uma posição judicial para a matéria, deve ser prestigiado o entendimento consagrado por este Tribunal administrativo para o tema, o que se dá em busca de segurança jurídica, tratamento igualitário entre diferentes contribuintes e, ainda, unidade judicativa. (Acórdão n. 3402-003.091. Rel. Cons. Jorge Olmiro Lock Freire, unânime - em relação à matéria, sessão de 21.jun.2016)

A matéria está longe de ser pacífica, e é objeto de longa discussão no âmbito do Poder Judiciário, desenvolvida há mais de uma década. No entanto, não há como reconhecer, a nosso ver, administrativamente, tal direito, diante do conjunto normativo existente.

Endosse-se que externamos o posicionamento aqui mantido na redação de voto vencedor em processo apreciado no seio desta turma, recentemente:

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. Por ausência de previsão legal, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da COFINS, descabendo a sua exclusão.

PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. Por ausência de previsão legal, o valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP, descabendo a sua exclusão. (Acórdão n. 3401-003.165. Rel. Cons. Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, vencido, conjuntamente com o Cons. Waltamir Barreiros - Redator Designado Cons. Rosaldo Trevisan, maioria, sessão de 28.abr.2016)

Destaque-se que a matéria foi recentemente apreciada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, que chegou a conclusão alinhada com as aqui expostas.

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

A mesma conclusão se estende à Contribuição ao PIS. (Acórdão n. 9303-003.549. Rel. Cons. Vanessa Marini Ceconello, Relator Designado Cons. Gilson Macedo Rosenburg Filho, maioria, sessão de 17.mar.2016)

Por fim, acrescente-se que se está ciente de que o Supremo Tribunal Federal recentemente apreciou o tema, no RE nº 574.706/PR, chegando a conclusão diversa, pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições. No entanto, tal decisão, que ainda não é definitiva, estando, inclusive, sujeita a eventual modulação, não possui o condão nem de vincular as decisões deste colegiado (por ausência de previsão regimental), nem de reverter a vinculação existente por força do REsp nº 1.144.469/PR (com expressa previsão regimental, no artigo 62 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015).

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

Rosaldo Trevisan