



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13971.002136/2007-01
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-008.955 – 3ª Turma
Sessão de 17 de julho de 2019
Matéria COFINS - ICMS NA BASE DE CÁLCULO
Recorrente AMERICANA COMÉRCIO EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2007, 01/10/2003 a 30/10/2003

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

Inexistente julgamento do STJ, em sede de recurso repetitivo, nem julgamento plenário com trânsito em julgado do STF, a matéria deve ser examinada pelo CARF sem a vinculação de que fala o art. 62-A do RICARF.

Recurso especial do contribuinte negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Acordam, ainda, (i) por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de diligência suscitada pela conselheira Tatiana Midori Migiyama, vencida, também, a conselheira Érika Costa Camargos Autran e (ii) por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de sobrestamento suscitada pelo conselheiro Demes Brito, vencidas, também, as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Tatiana Midori Migiyama. Julgamento iniciado na reunião de 06/2019.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente

(Assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo contribuinte (fls. 254/264), admitido parcialmente somente em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo, nos termos do despacho de fls. 283/288, contra o Acórdão 3202-001.079 (fls. 240/247), de 25/02/2014, assim ementado parte que interessa ao julgado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2003, 01/10/2003 a 30/10/2003

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. PERDA DA EFICÁCIA DA LIMINAR CONCEDIDA NA ADC Nº 18. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO.

A partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADC nº 18, que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa.

Inexistente julgamento do STJ, em sede de recurso repetitivo, nem julgamento plenário definitivo do STF, a matéria deve ser examinada pelo CARF sem a vinculação, de que fala o art. 62A do RICARF.

COFINS. LEI COMPLEMENTA Nº 70/1991. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA CARF Nº 2.

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

Em síntese, entende a recorrente que é ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, visto não se enquadrar aquele tributo estadual no conceito de receita. Por tal, pede o provimento do recurso para sua exclusão da base impositiva daquela contribuição social.

A Fazenda, em contrarrazões (fls. 330/336), pugna pelo improvimento do especial de divergência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire - Relator

Conheço do recurso nos termos em que admitido.

A questão de mérito, como relatado, resume-se à discussão se deve ou não o ICMS incidente na operação de venda ser tributado pela COFINS.

A discussão é antiga, porém com decisão proferida pelo STF, mas ainda pendente de trânsito em julgado pelo STF.

Inicialmente o STJ, no REsp 1.144.469/PR, julgado na sistemática de repetitivos, definiu que "o valor do ICMS destacado na nota fiscal, 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". Contudo, o STF, no RE 574.706/PR, julgado no âmbito de repercussão geral, em 15/03/2017, definiu:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Porém, em visita ao sítio do STF, constata-se que referido julgado ainda não transitou em julgado, pendente de modulação dos seus efeitos em embargos da Fazenda Nacional. Dessarte, tal decisão, embora norteadora sobre o mérito da questão, ainda não nos vincula, dessa forma afastando-se a incidência do art. 62-A do RICARF.

Dessa forma, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei 9.784/99, sem reparos à r. decisão por seus próprios termos.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, conheço do recurso especial do contribuinte, mas negolhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire

Declaração de Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Depreendendo-se da análise dos autos do processo, peço vênia ao ilustre conselheiro relator para expressar meu entendimento acerca da matéria trazida em recurso – qual seja – exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Antes de expressar o meu entendimento acerca da matéria, importante trazer os posicionamentos diferentes e recentes do CARF:

Aplicação da decisão do STJ quando da apreciação do REsp 1144469/PR, julgado em sede de repetitivo - Acórdão 3402-006.217;

Aplicação da Solução de Consulta Interna nº 13/2018 - Acórdão 3302-006.898;

Aplicação da decisão do STF favorável ao contribuinte quando da apreciação do RE 574.706, julgado em sede de repercussão geral - em sentido amplo - Acórdão 3201-004.124;

Direcionamento pelo Sobrestamento do processo até decisão definitiva do RE 574.706/PR - Acórdão 3402-006.283;

Direcionamento pela conversão de julgamento em diligência - para que a unidade de origem mensure o ICMS a ser excluído, em seu entendimento, da base de cálculo do PIS e da Cofins - Acórdão 3402-002174.

Sendo assim, atualmente, temos 5 posicionamentos diferentes no CARF relativo a mesma matéria. O que, para melhor expor meu entendimento, reflito brevemente sobre cada posicionamento.

Quanto ao 1º posicionamento, vê-se que o colegiado refletiu “*A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda, na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, conforme julgamento do STJ no Resp 114.469/PR. Impossibilidade de aplicação da tese firmada pelo STF no RE 574.706 pela ausência de trânsito em julgado.*”

Nada obstante a esse posicionamento, entendo que não há como se aplicar a decisão antiga do STJ dada em sede de repetitivo, vez que o STF, em sede de repercussão geral, ao apreciar o RE 574706 fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins” – que, por sua vez, é contrário aquela decidida pelo STJ.

Tem-se ainda que a tese *de per si* já foi firmada – ou seja, o ICMS efetivamente não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins, independentemente dos embargos opostos pela Fazenda Nacional – que não poderão, a rigor, mudar a tese, mas apenas clarificá-la.

O que, continuar aplicando a decisão do STJ traria insegurança jurídica e estaria em desacordo com o CPC que traz que, independentemente de não haver ainda o trânsito em julgado do RE em sede de repercussão geral, se apreciado o mérito, tal como ocorreu pelo STF, a tese jurídica firmada deverá ser aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Eis o art. 987 do CPC:

“Art. 987.....

[...]

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que verse sobre idêntica questão de direito.”

O STF, como protetor da Constituição Federal, definiu tal tese devendo hierarquicamente ser observada frente as questões de legalidade enfrentadas anteriormente pelo STJ envolvendo a mesma discussão.

Ademais, sendo a decisão do STF superveniente à decisão do STJ e firmada a tese constitucional, deve ela ser respeitada, nos termos do art. 987, § 2º, do CPC, independentemente de não ter havido o trânsito em julgado daquela decisão, pois os embargos opostos pela Fazenda Nacional, a meu sentir, não poderia alterar o decidido pelo STF, apenas esclarecê-la.

Entendo ainda que o STF não poderia, nesse caso, aplicar a modulação temporal “futura” (a partir do julgamento dos embargos), tampouco modulação pessoal (em relação ao passado, atingir apenas aqueles que ingressaram com medida judicial), vez que não houve pedido de modulação pela Fazenda Nacional no decorrer do processo, tampouco seria o caso, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, de se modular os efeitos da referida decisão.

Com efeito, a Lei 9.868/99, em seu art. 27 traz (Grifos meus):

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Vê-se que o STF somente poderia modular os efeitos de uma decisão por razões de segurança jurídica ou por excepcional interesse social.

No presente caso, entendo que não há como o STF modular os efeitos de sua decisão por razões de segurança jurídica, pois:

Os tribunais inferiores já estão aplicando o decidido pelo STF – “fazendo” transitar em julgado várias decisões a diversos contribuintes;

O próprio CARF já aplicou a tese do STF mediante acórdão 3201-004.124;

A Fazenda Nacional não trouxe aos autos pedido de modulação dos efeitos da decisão anteriormente ao julgamento pelo STF em sede de repercussão geral. Sendo assim, vê-se que, a rigor, aquele tribunal não poderia nem apreciar essa questão por meio de embargos, pois omissão no julgamento que não tratou da “modulação dos efeitos” não houve efetivamente.

Tem-se que o STF somente poderia modular os efeitos, nos termos ainda do art. 927, §3º, do CPC, de modo a favorecer a segurança jurídica. E, respeitando a segurança jurídica, não há como o STF aplicar tal modulação, considerando a tese já firmada, as decisões dos tribunais inferiores que estão aplicando a decisão do STF e a ausência de omissão nos autos daquele processo, que em nenhum momento mencionou pedido de modulação dos efeitos.

Modular os efeitos daquela decisão traria efetivamente insegurança jurídica aos contribuintes, tribunais e Fazenda Nacional, bem como à própria Receita Federal que já emitiu precipitadamente entendimento sobre qual o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Ademais, refletindo ainda o art. 27 da Lei 9.868/99 e CPC, tem-se que o STF ainda poderia modular os efeitos da decisão se houvesse excepcional interesse social.

Se condicionarmos a modulação ao interesse social, vê-se que modular os efeitos dessa decisão traria prejuízo à sociedade que, por sua vez, espera a segurança jurídica e

repele a “surpresa” com uma modulação que nunca foi pedida nos autos anteriormente ao julgamento.

Ademais, apenas esclarecendo que não se poderia considerar eventualmente a “crise do país” como interesse social, vez que estaríamos refletindo o interesse do Estado, e não social. E, indiretamente, a economia do país depende das grandes indústrias e dos grandes contribuintes que, por sua vez, poderão ser prejudicados com a modulação temporal “futura” dos efeitos daquela decisão.

Sendo assim, com a devida vênia, não concordo com o decidido em acórdão nº 3402-006.217.

Relativamente ao 2º posicionamento manifestado através do acórdão 3302-006.898, refletindo *“O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme Solução de Consulta Interna nº13 Cosit, de 18 de outubro de 2018, interpretando entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal”* – entendo que não poderíamos também aplicar esse entendimento, independentemente de o contribuinte ter ou não obtido trânsito em julgado em sua decisão.

Ora, após decisão do STF, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração porque restou, para ela, dúvidas em relação ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins. Se há dúvidas para a Fazenda Nacional, como a Receita Federal do Brasil poderia precipitadamente expor seu entendimento frente a decisão do STF? Então, a Fazenda Nacional tem dúvidas quanto ao ICMS a ser excluído e a Receita Federal não, podendo esse último órgão expor seu entendimento, ainda que o STF ainda não tenha apreciado os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional?

Aplicar o entendimento proferido em Solução de Consulta Cosit nº 13/2018 seria ignorar a dúvida suscitada em embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no STF. Ademais, “juridicamente”, e não economicamente, faz todo o sentido excluir o ICMS destacado na Nota Fiscal de saída, pois esse é o único ICMS que, a rigor, faria parte da receita de venda das mercadorias que, por sua vez, é base de cálculo do PIS e da Cofins. Como excluir um ICMS que não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins – ou seja, a receita de venda? E juridicamente considerar o controle “contábil” para excluir um ICMS “recolhido”, considerando as entradas e saídas naquele período, independentemente de terem tais insumos que geraram o crédito sidos utilizados na mercadoria vendida? E como proporcionalizar o ICMS “recolhido” a ser excluído, considerando os diferentes regimes tributários de PIS e Cofins observados pelos contribuintes?

Sendo assim, torna-se, com a devida vênia, desajuizado, aplicar o entendimento proferido em Solução de Consulta.

Refletirei sobre o 3º posicionamento ao final desse singelo voto.

Quanto ao 4º posicionamento, qual seja, aplicação do sobrestamento do processo até decisão definitiva do RE 574.706/PR, entendo ser ponderada tal decisão, eis que poderá evitar medida judicial – ação anulatória de decisão administrativa – afastando, considerando as decisões favoráveis proferidas no âmbito do judiciário, o pagamento de ônus de sucumbência pela Fazenda Nacional. Ademais, considerando que atualmente o Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é omissivo em relação à possibilidade ou não de se sobrestar processos, é de se considerar o art. 15 do CPC para o colegiado se direcionar por sobrestar esse processo. Eis o art. 15 do CPC:

“ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Sendo assim, tendo previsão legal no CPC pelo sobrestamento, visando a segurança jurídica que tanto merece o contribuinte e a Fazenda Nacional, me direcionaria pelo “sobrestamento” até a apreciação dos embargos de declaração pelo STF. O que concordo com o decidido em acórdão 3402-006.283.

Quanto ao 5º posicionamento, qual seja, direcionamento pela conversão de julgamento em diligência - para que a unidade de origem mensure o ICMS a ser excluído, em seu entendimento, da base de cálculo do PIS e da Cofins, entendo ser válida tal proposição, vez que, independentemente da Solução de Consulta Cosit nº 13/2018, não há como saber qual o ICMS que estamos discutindo, bem como qual o posicionamento da unidade de origem e quais os regimes de tributação pelo PIS e Cofins o contribuinte observa. Nesse sentido, considerando diversas interpretações, em respeito ao art. 10 do Decreto 70.235/72, que traz que o auto de infração deverá conter, entre outros, a determinação da exigência, entendo que seria válida a decisão proferida em acórdão 3402-002.174 com o intuito de mensurar o ICMS, pelo entendimento da autoridade fiscal, que deve ser efetivamente excluído. Tal informação seria relevante para, se for o caso, expor o entendimento com mais propriedade, considerando até mesmo diferentes regimes tributários envolvendo as contribuições que o contribuinte possa observar.

Por fim, relativamente ao 3º posicionamento, qual seja, aplicação da tese do STF de “forma ampla”, entendo, depreendendo-se da leitura do acórdão consignado por aquele tribunal, ser o mais correto.

Naquele acórdão temos (Grifos meus):

“[.]

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública,

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser **validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS**.

[...]

12. Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário para excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

[...]

Proponho como tese do presente julgamento: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”.

A posição vencedora considerou, de forma singela, em seus votos, tendo em vista as citações de pareceres de ilustres tributaristas e manifestações pessoais, que não poderia o ICMS ser tributado pelo PIS e Cofins, por não se encartar na natureza de receita. Sendo assim, a meu ver, resta claro que o decidido pelo STF é pela possibilidade de se excluir o ICMS destacado em Nota da base de cálculo do PIS e da Cofins, e não o efetivamente recolhido.

Frise-se tal entendimento o voto do Ministro Celso de Melo (Grifos meus):

“[...]

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, quero destacar que a orientação, por mim ora referida, que censura, de modo correto, por inconstitucional, a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS (e da contribuição ao PIS) foi assim resumida na lição de ROBERTO CARLOS KEPPLER e de ROBERTO MOREIRA DIAS (“Da Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins”, “in” Revista Dialética de Direito Tributário nº 75, p. 178, item n. 4, 2001):

“(...) o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Cofins pelos seguintes motivos: (i) **o alcance do conceito constitucional de faturamento e receita não permite referida dilação na base de cálculo da exação**; (ii) isso representaria afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e (iii) o previsto no art. 154, I, da Constituição Federal seria afrontado.” (grifei)

Com essas considerações e com apoio em seu magnífico voto, senhora Presidente, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário interposto pela

empresa contribuinte, acolhendo, ainda, a tese formulada por Vossa Excelência no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”(grifei).

É o meu voto.”

É de trazer também o voto do Ministro Marco Aurélio(grifos meus):

“[...]

Após a tormenta, sempre vem a calmaria. O que inicialmente imaginei foi uma mudança de entendimento do Tribunal quanto à não incidência da contribuição sobre o valor do ICMS. Mas vejo que se confirmaria a óptica do precedente.

Digo não ser o ICMS fato gerador do tributo, da contribuição. Digo também, reportando-me ao voto, que, seja qual for a modalidade utilizada para recolhimento do ICMS, o valor respectivo não se transforma em faturamento, em receita bruta da empresa, porque é devido ao Estado. E muito menos é possível pensar, uma vez que não se tem a relação tributária Estado-União, em transferir, numa ficção jurídica, o que decorrente do ICMS para o contribuinte e vir a onerá-lo.

Acompanho Vossa Excelência, portanto, provendo o recurso, que é do contribuinte.”

Recorda-se ainda a fala do Ministro Ricardo Lewandowski:

“[...]

*Em suma, eu penso que a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e Cofins subverte, sim, o conceito de faturamento ou de receita, em afronta àquilo que dispõe o artigo 195, I, b, da Constituição Federal, como foi, com muita propriedade, a meu ver, e com o devido respeito aos argumentos em contrário, agora ressaltado pelo Ministro Luiz Fux: **o valor corresponde ao ICMS - eu, mais uma vez, repiso esse argumento - não possui a natureza jurídica de faturamento ou de receita.** Por esse motivo é que a incidência dessas mencionadas contribuições - o PIS e a Cofins - sobre o tributo estadual fere, como disse o Ministro Celso de Mello num voto brilhante, agora reportado pelo Ministro Luiz Fux, dentre outros princípios, o princípio da capacidade contributiva. Para mim, isso está muito claro, extreme de dúvidas.*

Portanto, Senhora Presidente, louvando mais uma vez o voto de Vossa Excelência, o cuidado que Vossa Excelência teve em estudar uma matéria intrincada, difícil, eu acompanho integralmente o seu voto, dando provimento ao recurso e acolhendo a tese proposta por Vossa Excelência.

Sendo assim, a posição que prevaleceu foi pela exclusão do ICMS destacado na Nota na base de cálculo das contribuições, vez que tal ICMS não se encarta na natureza de receita ou faturamento – que, por sua vez, é base de cálculo do PIS e da Cofins.

Importante trazer que pela leitura dos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda, a dúvida quanto ao ICMS a ser excluído surgiu através dos votos das posições vencidas naquele Tribunal, tendo em vista que trouxe em diversos momentos trechos dos votos vencidos. O que reforço o direcionamento pela exclusão do ICMS destacado na Nota Fiscal de saída.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama