



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

Processo n° 13971.003202/2007-52
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-001.481 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2015
Matéria PIS/COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente INDÚSTRIA DE POSTES INDAIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2000

COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETIVOS. APLICAÇÃO OBRIGATORIA PELO CARF.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.877-SP, proferido segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, entendeu que a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, em sintonia com as Súmulas 68 e 94 da citada Corte. Tal entendimento deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, por força do disposto no caput do artigo 62-A do Regimento Interno do referido Conselho.

APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Não cabe a órgão administrativo apreciar arguição de inconstitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária. Súmula CARF nº 02.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencida a Conselheira Tatiana Midori Migiyama. Os Conselheiros Gilberto de Castro Moreira Junior e Thiago Moura de Albuquerque Alves declararam-se impedidos.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira – Presidente

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza e Tatiana Midori Migiyama.

Relatório

O presente processo trata de pedido de restituição do PIS e da Cofins (e-fl. 2/ss), supostamente pago indevidamente pelo fato de ter incluído o ICMS na base de cálculo dos citados tributos, para o período de apuração de janeiro/2001 a 12/2006, no valor de R\$ 686.739,62.

Para elucidar os fatos ocorridos transcreve-se o relatório constante da decisão de primeira instância administrativa, *verbis*:

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição, por meio do qual a contribuinte intenta a repetição de recolhimentos à maior efetuados a título de PIS e de COFINS. Alega que recolheu os valores devidos com a inclusão, na base de cálculo da contribuição, da parcela relativa ao ICMS, o que seria indevido.

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal em Blumenau/SC pelo seu indeferimento, fazendo-o com base na afirmação de que a base de cálculo do PIS e da COFINS, como definida pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998, "refere-se a uma universalidade, um todo composto pelas receitas da empresa, pouco importando qual é a composição destas receitas ou se os impostos indiretos compõem o preço de venda". Alega, também que dentre as exclusões da base de cálculo previstas nos dispositivos acima elencados, não consta o ICMS.

Irresignada com tal indeferimento, encaminhou à contribuinte manifestação de inconformidade, na qual contesta a decisão da DRF/Blumenau/SC, afirmando, em síntese, que:

(a) o ICMS não é receita da empresa, mas mera parcela a ser repassada aos cofres públicos estaduais;

(b) não sendo receita da empresa, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS fere o inciso I do artigo 195 da CF/1988.

Produz a contribuinte digressões doutrinárias, ancoradas em precedentes jurisprudenciais, com o fim de deixar evidenciado que o ICMS não é faturamento/receita da pessoa jurídica.

É o relatório.

A 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis proferiu o Acórdão nº 07-22.282, em 19 de novembro de 2010 (e-folhas nº 498/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO: INCLUSÃO DO ICMS

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, compõe a base de cálculo do PIS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, compõe a base de cálculo da Cofins. Não cabe a órgão administrativo apreciar arguição de legalidade ou constitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A interessada regularmente cientificada do Acórdão, em 28/12/2010 (e-fls. 505), interpôs Recurso Voluntário em 27/01/2011 (e-fls. 506/ss), onde repisa os argumentos trazidos na impugnação.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

Nos termos do despacho datado de 21/03/2012 (e-fls. 517), o processo foi sobrestado em decorrência do que dispunha, à época, o artigo 62-A, §1º, do Regimento Interno do CARF (sobrestamento dos recursos administrativos sempre que o STF também houvesse sobrestado o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do CPC).

Contudo, a Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II à Portaria MF nº 256, de 22 junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, de modo que o processo foi devolvido a este Conselheiro para prosseguimento (e-fls. 521).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

A matéria discutida nestes autos é por todos sobejamente conhecida: a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

O nobre Conselheiro Francisco José Barroso Rios, no voto condutor do Acórdão nº 3802-001.618, de 28/02/2013, expôs com admirável clareza a celeuma que envolve a questão. Assim, transcrevo trechos do seu didático voto, adotando seus fundamentos também como razões de decidir deste voto, *verbis*:

Conforme asseverado tanto no recurso como na decisão recorrida, a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é objeto ao menos de dois processos judiciais sob a responsabilidade do STF, no caso, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 240.7852 - MG. Nenhuma das duas ações foi ainda julgada até a presente data.

Relativamente à ADC nº 18 (proposta pelo Presidente da República), o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei no 9.718/98. A suspensão dos julgamentos deferida liminarmente foi sucessivamente prorrogada nas sessões plenárias realizadas em 04/02/2009, em 16/09/2009, e, finalmente, em 25/03/2010, quando o Tribunal, pela última vez, prorrogou por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

Quanto ao RE nº 240.785-2 - MG, o mesmo foi também sustado até o julgamento do ADC nº 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento do RE em tela, uma vez que a ADC, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria.

Por conta da suspensão dos julgamentos determinada pelo STF, os processos envolvendo a mesma matéria, pendentes de serem examinados por este Conselho, ficaram também suspensos, em sintonia com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62-A do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012.

A suspensão liminar dos julgamentos dos processos envolvendo a matéria, determinada pelo STF, motivou fosse também sustado, pelo STJ, o julgamento do Recurso Especial (REsp) no 1.127.877SP, recurso o qual fora recebido na origem segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, conforme despacho proferido pelo Sr. relator, Min. Teori Zavascki, em 03/11/2009.

Contudo, findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, o STJ proferiu decisão monocrática e definitiva no aludido REsp no 1.127.877-SP (transitada em julgado em 20/06/2012), entendimento o qual deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, conforme caput do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, abaixo transcrito:

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

Assim, não há como reconhecer direito creditório favoravelmente à recorrente, já que o STJ, no âmbito do REsp no 1.127.877SP, entendeu que o ICMS integra sim a base de cálculo da COFINS, conforme ementa do voto acima referenciado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das

Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

(negritei)

Pois bem.

Em 08/10/2014, foi concluído no STF o julgamento do **RE nº 240.785-2 - MG**, no qual se discutia a constitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Cofins. Os ministros, por maioria de votos, deram provimento ao recurso extraordinário, autorizando a redução do valor cobrado a título de Cofins. Contudo, a citada decisão produz efeito apenas para as partes envolvidas no processo. Confira-se a ementa do julgado:

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 8 de outubro de 2014.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

Registre-se que o julgado supra mencionado ainda não tem decisão definitiva em razão de estar sob análise os embargos de declaração apresentados pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Ademais, está pendente de julgamento no STF o **RE nº 574.706 – PR**, este com **repercussão geral reconhecida**. Confira-se a ementa da decisão que reconheceu a sistemática da repercussão geral, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia (julgamento em 24/04/2008):

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

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

Destarte, em face de todo esse imbróglio jurídico (ou como preferia Alfredo Augusto Becker, “carnaval tributário”), o que resta definido, **até o presente momento**, é o REsp nº 1.127.877-SP (transitado em julgado em 20/06/2012), que firmou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, o qual deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, conforme dispõe o caput do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, abaixo transcrito:

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

Por esse motivo, não há como reconhecer direito creditório favoravelmente à recorrente, já que o STJ, no âmbito do REsp nº 1.127.877SP, entendeu-se que o ICMS integra a base de cálculo da COFINS (ao menos até que o STF profira decisão definitiva na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18 ou no RE nº 574.706 - PR, com repercussão geral reconhecida).

A jurisprudência do CARF vem trilhando nesse sentido. Confirmam-se os seguintes acórdãos: nº 3202-001.266, de 19/08/2014, Conselheira Relatora Irene Souza da Trindade Torres Oliveira; nº 3402-002-501, de 17/09/2014, Conselheiro Relator Fernando da Gama Lobo D’Eça; nº 3302-002.370, de 26/11/2013, Conselheiro Gileno Gurjão Barreto; nº 3402-002.454, de 19/08/2014, Conselheiro João Carlos Cassuli Junior.

Por fim, em relações as arguições de inconstitucionalidades aduzidas no recurso, cumpre esclarecer que este Tribunal administrativo não é competente para se pronunciar sobre tais matérias, conforme Súmula CARF nº 2, *verbis*:

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

Ante ao exposto, voto por **negar provimento** ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri