



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

Processo nº 13974.000191/2009-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3001-000.093 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 31 de outubro de 2017
Matéria Composição da base de cálculo do COFINS
Recorrente MACHADO DE SOUZA ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2001

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE.

Comprovado tratar-se de crédito tributário restrito a COFINS apurada e recolhida sobre base de cálculo sem a exclusão do ICMS é de se reconhecer o direito à restituição do crédito pleiteado.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos os conselheiros Cleber Magalhães e Renato Vieira de Avila, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cássio Schappo.

(assinado digitalmente)
Orlando Rutigliani Berri - Presidente

(assinado digitalmente)
Cleber Magalhães - Relator

(assinado digitalmente)
Cássio Schappo - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Orlando Rutigliani Berri, Cleber Magalhães, Renato Vieira de Avila e Cássio Schappo.

Relatório

Por retratar com fidelidade os fatos, adoto o relatório produzido pela 4ª Turma da DRJ/Florianópolis (efl 95 e ss):

Trata o presente processo de pedido de restituição por meio do qual a contribuinte acima qualificada intenta a repetição de recolhimentos que teriam sido indevidamente efetivados a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS entre 01/01/2000 a 31/12/2001.

O motivo para o pleito repetitório seria a indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, o que justificaria a repetição dos recolhimentos na proporção em que tal inclusão foi feita.

Na apreciação do pleito, manifestouse a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville/SC, mediante Despacho Decisório, pelo seu indeferimento, fundamentando que a alegação de inconstitucionalidade e/ou a ilegalidade das disposições legais que ampliaram as bases de cálculo das contribuições não pode ser acatada em sede administrativa em face da vinculação das autoridades fiscais aos atos legais regularmente editados.

Inconformada com o indeferimento de seu pleito, encaminhou a contribuinte, por meio de seu procurador legal, manifestação de inconformidade na qual alega, em síntese, que o ICMS não poderia ser incluído na base de cálculo das contribuições porque não é receita ou faturamento da empresa. Alega que a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições é flagrantemente ilegal e inconstitucional.

A DRJ/Florianópolis ementou da seguinte forma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2001 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: 01/01/2000 a 31/12/2001

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

No Recurso Voluntário (efl. 104 ess.), a Recorrente repete as alegações já trazidas ao processo, quando da Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Cleber Magalhães - Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, razão pela qual deve ser conhecido.

O limite da competência das Turmas Extraordinárias do CARF é de sessenta salários mínimos, segundo o 23-B, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017. O valor do salário-mínimo nacional é de R\$ 937,00, segundo a Lei nº 13.152, de 2015. Dessa forma, o limite de valor de litígio para processos a serem julgados pelas turmas extraordinárias é de R\$ 56.220,00. Como o valor em litígio é, segundo o relatório do tribunal *a quo*, de R\$ 18.583,42 (efl. 3), a análise do p.p. está dentro da alçada das turmas extraordinárias.

A questão levantada pela Recorrente refere-se à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706-RG/PR, julgou, no dia 15.03.2017, no sentido de que:

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.

Entretanto, no âmbito do regimento interno do Regimento Interno do CARF, existe previsão no artigo 62, anexo II, sobre a obrigatoriedade de se observar os precedentes em sistema de repetitivos e/ou repercussão geral na análise dos casos:

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).

Assim, o RICARF prevê o requisito da decisão definitiva para a obrigatoriedade da aplicação do precedente, no caso em análise, e o RE 574.706-RG/PR ainda espera a modulação de seus efeitos, não havendo, portanto, trânsito em julgado.

Por outro lado, o REsp 1.144.469/PR, emanado do Superior Tribunal de Justiça, já transitou em julgado. Ele firmou 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.

Logo, deve-se observar a decisão, já transitada em julgado, do STJ e, nesse sentido, em obediência ao RICARF, não acatar a tese de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por todo o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)
Cleber Magalhães

Voto Vencedor

Conselheiro Cássio Schappo - Redator designado

Com a devida vênia do Relator à argumentação empregada no voto, entendo que assiste razão a recorrente.

A contribuinte antes qualificada ingressou junto a Receita Federal do Brasil, através dos processos nº 13974.000189/2009-11 e 13974.000191/2009-91, com pedido de restituição no valor de R\$ 18.583,42 (e-fls.3) de COFINS e R\$ 4.027,33 (e-fls.23) de PIS, respectivamente, pelo pagamento indevido ou a maior, tendo como motivo a inclusão do ICMS na base das respectivas contribuições, demonstrado através de planilhas juntadas aos autos, para o período de janeiro/2000 a dezembro/2001.

Tendo sido indeferidos os pedidos pela DRF/JOI a interessada tempestivamente protocolou Manifestação de Inconformidade (e-fls. 58) e repete o pedido para que seja reconhecido seu direito a restituição dos valores antes mencionados.

A decisão de primeiro grau proferida pela 4ª Turma da DRJ/FNS não reconheceu o direito creditório e julgou improcedente a manifestação de inconformidade, com seus fundamentos sintetizados na ementa assim elabora:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2001**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: 01/01/2000 a 31/12/2001**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.*

Diante do posicionamento da autoridade julgadora de 1º grau, a recorrente reproduz em seu recurso os mesmos argumentos da manifestação de inconformidade e requer mais uma vez o reconhecimento do crédito a ser restituído. Aponta para o fato de que esse assunto estava pendente de julgamento no STF, inclusive sobrestado até pronunciamento definitivo daquela Supre Corte, devendo ser seguido pelo CARF nos termos do art. 62-A, § 1º do RICARF.

É o relatório.

A discussão que se faz nesse processo diz respeito única e exclusivamente ao fato da COFINS e do PIS ter sido calculados e recolhidos com base no faturamento do período, sem que se processasse a exclusão do ICMS contido em sua base de cálculo.

O tema que envolve a definição de faturamento como base da incidência das contribuições do PIS e da COFINS, é motivo de embate na área tributária, já de longa data, envolvendo inclusive o judiciário para dar solução à controversa.

E nesse sentido vem colaborar para a solução definitiva da lide o RE 574.706/PR, através do qual o plenário do STF fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, cuja repercussão geral fora reconhecida nos termos do Acórdão publicado na data de 02/10/2017. Vejamos o que diz sua 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.

Diante da repercussão geral contida no RE 574.706/PR, que vincula o julgamento administrativo no âmbito do CARF, conforme previsão regimental específica (art. 62, § 2º, do atual RICARF), este órgão julgador deverá segui-la:

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.

§ 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).

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário e reconhecer o direito ao crédito pleiteado pela recorrente.

(assinado digitalmente)
Cássio Schappo