



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

Processo nº 19515.000566/2007-44
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.302 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de janeiro de 2018
Matéria COFINS
Recorrente AROUCA REP. COM. E TRANSPORTADORA DE
PROD. ALIMENTÍCIOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Exercício: 2004

BASE DE CALCULO DA COFINS. 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, conforme julgamento do STJ no Resp 114469/PR, julgado na sistemática de recursos repetitivos que permanece vigente e eficaz.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Leonardo Vinicius Toledo de Andrade. Designado para o voto vencedor o Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira. Ficou de apresentar declaração de voto o Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente.

TATIANA JOSEFOVICZ BELISÁRIO - Relatora.

PAULO ROBERTO DUARTE MOREIRA - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente Substituto), Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo Contribuinte em face do acórdão nº **16-35.884**, proferido pela 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I (SP), que assim relatou o feito:

*Cuida o presente processo da lavratura – contra o sujeito passivo em epígrafe – do Auto de Infração às fls. 138 e 139, cuja ciência ocorreu em 22/3/2007 (fl. 138), sendo constituído o crédito tributário no valor total de R\$16.917,54, que inclui contribuição, juros de mora (calculados até 28/02/2007) e multa, relativamente à **contribuição para o financiamento da Seguridade Social (COFINS)**, cujo período de apuração se refere a 29/02 e 30/9/2004; bem como a descrição dos fatos e enquadramento legal constam às fls. 133, 137 e 139.*

2. Constam às fls. 132 a 135, o Termo de Verificação Fiscal – COFINS; às fls. 136 e 137, os demonstrativos de apuração e de multa e juros de mora, todos anexos ao Auto de Infração.

2.1. No Termo de Verificação Fiscal – COFINS, relata a Autoridade Fiscal que foi verificada divergência [...] entre os valores apurados com base nos Livros Contábeis, DIRPJ/2005 e informados nas DCTF's do anocalendário de 2004, relativamente às contribuições a COFINS, e os valores apurados na planilha de “INFORMAÇÕES PRESTADAS À SRF”. Segundo consta nesse termo, o demonstrativo à fl. 135 consolida as diferenças apuradas por conta de falta de recolhimento.

2.2. Consta, nesse Termo, o que segue:

2. Consoante estabelecido no art. 2º, da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, a base de cálculo da COFINS é o faturamento. O art. 3º e o seu § 1º dessa Lei nº 9.718/1998, dispõe que o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. Entendese por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas;

2.1 Estabelece o art. 8º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, que a alíquota da COFINS fica elevada para três por cento;

2.2 Determina, ainda, o art. 17, inciso I, dessa Lei nº 9.718/98 que entra em vigor na data de sua publicação produzindo efeitos em relação aos arts. 2º a 8º, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999; [...]

2.3. Expõe, ainda, a Autoridade Fiscal, nesse Termo, que [...] a empresa, acima identificada, recolheu a menor a contribuição devida a COFINS nos períodos de apuração de Janeiro/1999 a Dezembro/1999, decorrente da não inclusão na base de cálculo dos pagamentos das operações de compras não contabilizadas,

caracterizadas como omissão de receitas; ademais que [...] empresa, acima identificada, deixou de recolher a contribuição COFINS no montante de R\$ 7.706,53 em 2004, consoante demonstrado, mês a mês, no subitem 1 [do Termo] [...], sujeitando-se, portanto, ao lançamento de ofício nos termos dos artigos 841, inciso III, 926 c/c 845, inciso III e 944, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n. 3000, de 26/03/1999, c/c o art. 10 e seu parágrafo único da Lei Complementar n.º 70, de 30/12/91, por infração à legislação da COFINS — Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, mencionada acima no item 2 [do Termo] [negrejouse no texto original].

Irresignada com os lançamentos, em 17/4/2007 (fl. 149), apresentou a Contribuinte peça impugnativa às fls. 149 a 233 que, em síntese, valendose de doutrina e jurisprudência pátrias, assim se manifesta no que toca ao combate à ação fiscal, a ela se referindo a MPF 2006011810 (fl. 186):

i) que a Fazenda Nacional exige, [...] à título de diferença de COFINS, o valor de R\$7.706,53, referente a diferença do valor declarado no IRPJ em relação ao valor declarado na DCTF [fl. 186];

ii) que, [...] ao fundamentar a lei que embasa a cobrança da COFINS, pratica [a Autoridade Fiscal] o chamado erro de direito, ou seja, subsume os fatos "valor de cofins à título de diferença de declarações" em lei não mais vigente à época da ocorrência deste evento, ou seja, a lei ordinária nº 9718/98. Isto porque, a empresa no período de janeiro de 2004 e setembro de 2004, apurado seus lucros com base no lucro real de forma trimestral, aplicandose o sistema não cumulativo da cofins nos moldes da lei 10.833/03 [fl. 186];

iii) que se ausentou a Fazenda Nacional [...] de trazer a legislação para a cobrança do tributo, e não [...] havendo qualquer menção de tipificação, há, por conseguinte, a impossibilidade de saber o do que o contribuinte está sendo acusado e desta forma, há restrição à ampla defesa e ao contraditório, pois como o contribuinte irá se defender sem saber do que está sendo acusado ? Desta forma, questionase qual o artigo, parágrafo e inciso, disposto de forma hipotética condicional na norma, em que teria infringindo o contribuinte ? Veja, não houve menção específica [fl. 187];

iv) que [...] houve erro na aplicação da alíquota da COFINS em virtude de utilização errônea da legislação vigente à época do evento [fl. 190]; v) que [...] a atividade fiscalizadora, deve restringir-se, nos moldes do art. 142 do CTN , Calcular o montante devido através da aplicação da alíquota sobre uma base de cálculo. Da mesma forma, o art. 144, § 1º do CTN, determina que o fisco deverá aplicar a legislação vigente à época da ocorrência da hipótese de incidência tributária, ainda que hoje, a legislação não esteja mais vigente. [...] E qual era a legislação vigente à época do evento ? Simples, a legislação

vigente era a lei ordinária 10.833/03 [fl. 190]; vi) que [...] houve erro de direito da autoridade administrativa quanto ausência de fundamentação legal, pois aplicou legislação que não regulou relação jurídica tributária, ou seja, a lei 10.833/03, se subsumiu a eventos praticados antes de sua vigência, tudo em nome do princípio da irretroatividade da lei tributária. Incidiu desta forma, o fisco em ERRO DE DIREITO [fl. 191];

vii) que um [...] dos elementos necessários do lançamento tributário como ato administrativo é a motivação pela descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviram de fundamento, a falta desses motivos resulta a prática de ato administrativo imotivado e, conseqüentemente, sem motivação, acarretando a sua nulidade insanável [fl. 195];

viii) que, por [...] meio da Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, foi inserida no sistema jurídico tributário a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social COFINS, que adotou com base de cálculo (critério quantitativo da RMIT) o faturamento (Receita Bruta). Posteriormente a lei complementar 70/91 e 07/70, sofreram alterações pelas leis federais n.º 9.715/98 e 9.718/98 [fl. 198];

ix) que, na [...] definição da base de cálculo do PIS e da COFINS, restou consagrado pelo art. 2º a sua incidência sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Na letra "a" do Parágrafo Único do preceito normativo o legislador determinou expressamente a exclusão do Imposto sobre Produtos Industrializados IPI, da base de cálculo, e em relação ao ICMS manteve-se silente [fl. 199];

x) que essa [...] sistemática resulta em dois vícios principais: i) o conceito jurídico de faturamento não abriga a inclusão de outra exação no cômputo da base de cálculo e na obtenção do montante a ser recolhido; ii) o contribuinte estaria sendo compelido ao recolhimento da contribuição social sobre uma base para a qual não tenha revelado capacidade contributiva (§ 1º, art. 145, CF/88) [fl. 199];

xi) que, em [...] ambas exações Pis e Cofins, o critério material encontrase mutilado em seu antecedente normativo, pois "o contribuinte estaria faturando imposto — ICMS, ao invés do faturamento como previsto nas leis 70/91 e 7/70, o que contraria totalmente o conceito de faturamento adotado pelo Direito Comercial [fl. 199];

xii) que [...] a administração fazendária passou a entender que a apuração do montante devido a título de COFINS e PIS deveriam ser levadas à efeito com a inclusão do valor referente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS, ou seja, a integração desse na base de cálculo da contribuição social [fls. 200 e 201];

xiii) que o [...] ICMS é um tributo que é calculado por dentro, isto é, está embutido no prego da mercadoria ou serviço. Assim, caso contribuinte efetue o pagamento de PIS e COFINS sobre o valor total da Nota Fiscal, sem efetuar a exclusão do ICMS, estará efetuando pagamento ao FISCO de importância que não deveria ser destinada aos cofres públicos, uma vez que tal tributo (ICMS) não é componente da receita da sociedade (empresacontribuinte), pois não é parte do seu prego de venda e sua parcela é apenas repassada ao fisco, não constituindo receita, renda e nem permanecendo nos cofres da sociedade, não devendo, portanto integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS [fl. 202];

xiv) que se verifica [...] que a Lei 9.718/98 alargou o campo de incidência da Cofins, com base, em , rápida e singela análise, na competência outorgada na Emenda Constitucional 20/98, pois, enquanto, anteriormente, era prevista a incidência sobre o faturamento assim entendida a receita bruta de venda de mercadorias e/ou de serviços de qualquer natureza, a lei em comento, passou a fazer incidir a contribuição sobre todas as pessoas jurídicas de direito privado, estendendo o conceito de faturamento [fl. 207];

xv) que o [...] conceito de faturamento deve ser entendido como o ato de faturar ou de emitir fatura de venda mercantil e ou prestação de serviços. É o que se depreende das disposições contidas nas legislações específicas, de regência, ou seja, na lei de Duplicata nº 5.474/68 e no Código Comercial Brasileiro [...] [fl. 207];

xvi) que [...] faturamento é o ato de faturar ou de emitir fatura de venda mercantil e ou prestação de serviços e como prescrito no artigo 185, I da CF/88, conclui-se que todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica que não se enquadram no conceito de venda mercantil ou prestação de serviços [fl. 208];

xvii) que a [...] Lei Complementar 70/91 considerava como faturamento a receita bruta da venda de mercadorias ou serviços, em consonância com o artigo 219 e artigos 1º e 2º do Código Comercial Brasileiro e da Lei 5474/68 e a Lei 9718/98 estendeu o conceito de faturamento em relação à todas as pessoas jurídicas, fato este que dispõe de modo contrário ao teor insculpido no artigo 110 do CTN [...] [fl. 208];

xviii) que a [...] Lei no 9.718/98, contudo, fez tabula rasa dessa exigência constitucional (art.195, I) de fazer incidir as contribuições sociais apenas sobre o "faturamento" já que, no art.3º e seus §, deu nova definição à expressão "faturamento" para dizer que correspondia à "receita bruta" e que esta, por seu turno, abrangeria "...a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica." [fl. 209];

xix) que [...] a total desvinculação da base de cálculo ao "faturamento" então autorizado pelo inc. I do art. 195 da CF/88 como campo de incidência dessa contribuição social. A totalidade das receitas da pessoa jurídica, independente de sua

classificação contábil, representa todo e qualquer ingresso, no que se compreende — mas não se esgota — o "faturamento" descrito no decreto-lei nº 2.397/87, no art.6 da Lei Complementar nº 07/70 e no art.2º da Lei Complementar nº70/91 [fl. 209];

xx) que a [...] Lei Ordinária nº 9.718/98 igualmente desrespeitou o art. 110 do Código Tributário Nacional, já que desprezou o conceito de "faturamento" existente no ordenamento jurídico. Com efeito, a citada Lei Complementar nº 70/91, em seu art.2, e a Lei Complementar nº 07/70, em seu art.22, definiram a expressão vinculando-a à soma das vendas de mercadorias ou serviços num determinado período [fl. 209];

xxi) que, se [...] havia definição de "faturamento" e "receita bruta" no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Ordinária nº 9.817/98, ao modificá-la, descumpriu o art. 110 do Código Tributário Nacional, que preserva a definição e o conteúdo dos institutos de direito privado [fl. 209];

xxii) que [...] a EC nº 20/98 é inútil para convalidar os dispositivos referidos da Lei Ordinária nº 9.718/98, anterior aquela. É que, quando da edição desta última, era ela totalmente incompatível com os ditames do inc. I do art. 195 da Constituição, pelo que eivada do vício de nulidade [fl. 211];

xxiii) que a [...] superveniência dessa Emenda Constitucional nº 20/98 não é suficiente para convalidar ou sanar o vício da Lei Ordinária nº 9.718/98, já que a constitucionalidade de uma lei é medida no exato momento de sua edição, e, não, depois. Nesse sentido, a firme jurisprudência da Excelsa Corte [fl. 211];

xxiv) que a [...] Lei 9.718, tratase de conversão da MP 1724/98 e a Fazenda Nacional defende a sua recepção pela Emenda Constitucional nº 20. Tal entendimento não levou em conta, por certo, o comando inserto no art. 246, do texto definitivo da Constituição Federal [...] [fl. 212];

xxv) que, ainda que [...] o fenômeno da repristinação praticada pelo advento da 'EC nº20/98; ainda que se aceita que a Lei 9.718, nascida com reconhecido vício de inconstitucionalidade, possa ser convalidada por posterior alteração do texto constitucional com o qual era incompatível, certamente há de se reconhecer que o instrumento legislativo utilizado para disciplinar a Emenda Constitucional nº 20a Medida Provisória nº 1.724 — não era idôneo para tanto [fl. 212];

xxvi) que, [...] a partir da lei nº 9.718/98, a COFINS passa a ser exigida à alíquota de 3%, haja ou não compensação com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas CSLL.. Em fase do disposto no §1º desse mesmo art. 8º, as empresas que puderem efetivar mencionada compensação pagarão menos CSLL do que pagariam antes dessa nova autorização legal compensatória. Em tese, o que pagariam antes dessa nova autorização legal compensatória. Em tese, o que recolhessem a mais de COFINS (o equivalente à alíquota adicional de 1%), recolheriam a menos de CSLL [fl. 213];

xxvii) que, no [...] que se refere à COFINS , o aumento da alíquota para os mais pobres , além de raro no Direito Tributário Brasileiro , fere de morte o art 194, parágrafo único, IV da CF/88 , além de arranhar o princípio da isonomia [fl. 216];

xxviii) que, neste [...] período de cobrança do tributo, houveram vendas que ocorreram, mas não se converteram em recebimento, ou sejam, clientes que não adimpliram suas aquisições [fl. 216];

xxix) que, para [...] efeito de recolhimento mensal dessas contribuições, como regra geral, as empresas são compelidas a apurar o total das receitas pelo regime de competência, sendo obrigadas a escriturar como receitas o total das vendas "faturadas", independentemente do seu efetivo recebimento [fl. 216];

xxx) que, [...] pelo referido regime contábil, essas empresas, mensalmente, são obrigadas a recolher o PIS e a COFINS também sobre valores que não tenham ingressado em seus cofres. É dizer, além destas empresas terem que suportar a perda econômica de não terem recebido pelas mercadorias e/ou serviços vendidos (no caso de inadimplência), elas ainda têm que recolher os tributos PIS e COFINS, cuja soma das alíquotas atualmente é de 9,25% sobre tais saídas [fl. 217];

xxxi) que [...] o fisco federal entende que a incidência destas contribuições abrange inclusive os valores faturados mas não recebidos. Entretanto, conforme demonstrar-se-á, os valores relativos às vendas não recebidas não estão incluídos no conceito de "receita", base de cálculo destas contribuições. Logo, não existe competência constitucional para esta cobrança [fl. 217];

xxxii) que [...] os resultados deverão ser reconhecidos pelo contribuinte no mês da realização das operações (venda de bens e/ou serviços), independentemente do seu efetivo pagamento por parte dos seus clientes [fl. 218];

xxxiii) que, [...] considerando-se que a base de cálculo do PIS e da COFINS consubstancia-se na "receita", nada mais correto do que se reconhecer que os valores não recebidos não se configuram como "receitas", e portanto, não devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS [fl. 218];

xxxiv) que os [...] valores devido dos contribuintes, a nosso PIS/COFINS sobre tais valores, e indevida no passado. Não recebidos, na verdade, nunca foram receitas. Daí o ver líquido e certo, em não os sofrerem a tributação do mais, em recuperar os recolhimentos realizados de forma indevida no passado [fl. 218];

xxxv) que [...] há expressa previsão legal quanto à impossibilidade da legislação tributária alterar a definição, o conteúdo, conceitos e formas de direito privado, para que se

possa definir ou limitar as competências tributárias, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional [fl. 219];

xxxvi) que [...] aplicado corretamente o dispositivo constitucional e a legislação de PIS e COFINS, o conceito de receita e faturamento irá abranger somente valores que ingressaram nos cofres das pessoas jurídicas, acrescendolhes ao seu patrimônio [fl. 224];

xxxv) que [...] que o princípio da capacidade contributiva está diretamente ligado ao fato gerador, ou seja, fato que expresse um preciso e inequívoco valor econômico. Não se pode conceber a exigência do tributo quando inexistente o conteúdo econômico, em decorrência da regra estampada no artigo 145, §1º, da Constituição Federal [fl. 227];

xxxvii) que, no [...] caso da inadimplência, passa a ser evidente que não há qualquer autorização constitucional ou legal para tributação de valores não recebidos, sem qualquer expressão econômica, principalmente, porque os tributos que incidem sobre o faturamento e/ou receita, como é o caso do PIS e da COFINS, exigem claramente a concretização dessa realidade econômica [fl. 227];

xxxviii) que [...] a cobrança do PIS e da COFINS, nos casos de inadimplência, tem natureza puramente confiscatória, já que além do decréscimo patrimonial decorrente dos custos e despesas incorridas com a atividade empresarial (fabricação das mercadorias, prestação de serviços, por exemplo) vendidas e não recebidas, os contribuintes são compelidos a dispor ainda mais de seu patrimônio para quitar as contribuições em comento [fl. 229];

xxxix) que a [...] permanência da exigência de PIS e da COFINS sobre valores faturados e não recebidos, sem possibilidade de exclusão da base de cálculo após a verificação da ocorrência da inadimplência, torna a conduta da administração pública imoral e ofensiva aos princípios constitucionais. E dizer, tributar o contribuinte por valores que este deixou de receber, tendo prejuízo, é o mesmo que aceitar um claro enriquecimento sem causa, por parte do Estado [fl. 230];

xl) finalmente, que, [...] comprovado que o eventual crédito constituído neste auto de infração está decaído (período anterior à 06/06/2001) e a parte do valor do auto cujo o crédito não teria decaído, sofre de ilegalidades e inconstitucionalidades devendo portanto, ser o auto de infração, julgado improcedente [fl. 233].

4. O presente processo foi encaminhado a esta Delegacia por meio do despacho à fl. 989.

5. É o relatório.

Após exame da Impugnação apresentada pelo Contribuinte, a DRJ proferiu acórdão assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL COFINS*

Exercício: 2004

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não havendo ocorrência do previsto no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se falar em cancelamento ou anulação de Auto de Infração.

*DIFERENÇAS INJUSTIFICADAS ENTRE VALORES
INFORMADOS E VALORES CONFESSADOS OU PAGOS.*

Havendo diferenças não justificadas entre valores informados em DIPJ e aqueles informados/confessados em DCTF ou pagos, cabe lançá-las, fundandose o Lançamento em bases econômicas concretas, representadas por receitas ou valores inseridos em informações do próprio contribuinte perante o Erário.

MERAS ALEGAÇÕES.

Meras alegações, desacompanhadas de documentos válidos para tal, não propiciam a modificação ou extinção da pretensão da Fazenda Nacional.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário aduzindo, **apenas**, a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, requerendo o sobrestamento do Recurso até julgamento final do RE 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal.

Após os autos foram remetidos a este CARF e a mim distribuídos por sorteio.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário

O Recurso é próprio e tempestivo e dele tomo conhecimento.

Como relatado, o Recurso Voluntário apresentado é singelo e apresenta um único pedido:

Ante o exposto, requer seja conhecido o presente recurso, sobrestando-o, até o julgamento final do RE 574.706/PR do STF, e ao final provendo o recurso (na eventual do julgamento favorável do STF-Repercussão Geral) reproduzindo a decisão do STF.

Com efeito, a questão já foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com acórdão recentemente publicado:

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 DJe-223 DIVULG 29-09-2017 **PUBLIC 02-10-2017**)*

Inicialmente vinha me manifestado pela aplicação do entendimento Firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo, deixando de aplicar a decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente em razão da determinação regimental.

Isso porque, na hipótese, conforme disposição regimental, o julgamento deste órgão está vinculado à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Resp 1.144.469 (Recurso Repetitivo), contrária ao recente julgado do STF.

Assim, sempre com do entendimento pessoal desta Relatora, no sentido de que a decisão proferida pelo STF nos autos do RE 574.706 tem eficácia imediata e vinculante à administração pública, deixava de aplicá-la por entender existir vedação regimental, aplicando,

outrossim, o entendimento já ultrapassado proferido pelo STJ nos autos do REsp 1144469/PR, em sede de Recurso Repetitivo, em julgado definitivo.

Contudo, altero meu posicionamento para deixar de aplicar o referido entendimento do STJ em sede de Recurso Repetitivo. **E o faço pela constatação de que o próprio Tribunal já vem deixando de aplicar aquela decisão justamente em face do posicionamento firmado pelo STF.**

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. CRÉDITO PRESUMIDO. PIS. COFINS. IRPJ. CSLL. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO CABIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O crédito presumido de ICMS, concedidos pelos Estados-Membros, configura incentivo voltado à redução de custos, não assumindo natureza de receita ou faturamento, motivo pelo qual não compõe a base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS.

III - Revela-se incabível a inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

IV - Tratando-se de recurso especial sujeito ao Código de Processo Civil de 1973, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

V - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1606998/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 19/12/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL 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 Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando 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. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

(AgInt no AgRg no AgRg no AREsp 430.921/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 07/11/2017))

Ora, se o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a impossibilidade de se continuar aplicando a decisão por ele proferida em sede de Recurso Repetitivo, realinhando seu entendimento ao que restou decidido pelo STF, seria, no meu entendimento, ilógico, irrazoável e anti econômico que esta Corte Administrativa permaneça assim atuando.

Assim, voto por aplicar ao presente feito o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR na sistemática de Repercussão Geral.

Desse modo, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para, em consonância com a decisão proferida pelo STF, determinar que, na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, sejam excluídas as parcelas relativas ao ICMS, uma vez que esta não compõe o conceito de faturamento.

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira - Redator Designado.

Coube-me a designação para redigir o voto vencedor que prevaleceu em relação ao bem fundamentado voto da relatora, com o qual acompanhei a divergência.

A recorrente postula o sobrestamento do Recurso até julgamento final do RE 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a decisão, que aguarda o trânsito em julgado, é no sentido da impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS,

Ocorre que, aos julgadores do CARF impõe-se a aplicação do que restar decidido pelo STJ e STF na sistemática do arts. 543-B e 543-C, do antigo CPC, a teor do que prescreve o disposto no caput do art. 62 da Portaria MF nº 343/2015 - RICARF¹.

No tema 313 do STJ - "legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins" - tem-se decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos, no REsp nº 1.144.469 /PR, com trânsito em julgado em 13/03/2017, no sentido de que o ICMS integra as bases de cálculo do Pis e da Cofins, firmada a seguinte tese:" ii) 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".

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido de forma favorável à tese da ora recorrente no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, como ainda não se trata da "decisão definitiva" a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não é o caso de sua reprodução no presente julgamento. Deveras, é possível que o STF module os efeitos da decisão.

Ademais, a decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos proferida no REsp nº 1.144.469 /PR continua vigente e eficaz conquanto não reformada pelo Órgão.

¹ 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)

Conclusão

Firmado nos fundamentos expostos, voto para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Paulo Roberto Duarte Moreira.

Declaração de Voto

Conselheiro - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme Portaria de condução e Regimento Interno, apresenta-se esta declaração de voto.

O próprio conceito de faturamento (de aplicação obrigatória neste Conselho conforme disposto no Art. 62 do RICARF) proferido no âmbito do STF (Recursos Extraordinários STF 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840) deixa claro que o PIS deve incidir sobre às receitas das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadoria e serviços, ou seja, o PIS não incide sobre o ICMS de uma forma geral, porque este não é "faturamento", não é receita e não tem nenhuma conexão com as atividades econômicas do contribuinte, é um mero ingresso transitório que não agrega ao patrimônio do contribuinte.

Se trata de uma questão hermenêutica e não de uma questão de "ausência de previsão expressa para exclusão do ICMS na base de cálculo do Pis cumulativo". Ainda que taxativo o rol de exclusões permitidas, a hermenêutica permite a correta avaliação dos fatos em relação à norma.

O ingresso do valor que será utilizado para pagamento do ICMS não caracteriza fato gerador e, portanto, não configura a hipótese de incidência prevista no Art. 2.º da Lei 9.718/98. 2

Sendo assim, não é possível cobrar tributo sem o surgimento da obrigação tributária principal, conforme garantia prevista no Art. 113 do Código Tributário Nacional. 3

² Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

³ TÍTULO II

Obrigação Tributária

CAPÍTULO I**Disposições Gerais**

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Tal entendimento também tem expressão neste conselho, a exemplo o voto do Conselho Augusto Fiel no Acórdão 3401003.165, que de forma concisa, abordou a obrigatoriedade da aplicação de decisão definitiva do STF neste Conselho, sendo a decisão do Recurso Extraordinário n.º 240.785, a utilizada para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS em sinergia com a decisão do STF que estabeleceu o conceito de faturamento. Pela Ementa facilmente se conclui tal entendimento, transcrita integralmente a seguir:

"Ementa.

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."

Somado ao fato de que o Recurso Extraordinário n.º 240.785 é decisão definitiva (transitada em julgado em 23/02/15), proferida pelo plenário do STF e, portanto, tem aplicação obrigatória neste Conselho conforme disposto no Art. 62 do RICARF⁴, é importante registrar que em 15/03/17 o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, portanto, não pode integrar a base de cálculo das contribuições, conforme notícia oficial transcrita a seguir:

"Quarta-feira, 15 de março de 2017

Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é inconstitucional.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (15), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam 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.

⁴ 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: I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituições, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”. O posicionamento do STF deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados em outras instâncias.

Além da presidente do STF, votaram pelo provimento do recurso a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, que inaugurou a divergência, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O recurso analisado pelo STF foi impetrado pela empresa Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que julgou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Votos

O julgamento foi retomado na sessão de hoje com o voto do ministro Gilmar Mendes, favorável à manutenção do ICMS na base de cálculo da Cofins. O ministro acompanhou a divergência e negou provimento ao RE. Segundo ele, a redução da base de cálculo implicará aumento da alíquota do PIS e da Cofins ou, até mesmo, a majoração de outras fontes de financiamento sem que isso represente mais eficiência. Para o ministro, o esvaziamento da base de cálculo dessas contribuições sociais, além de resultar em perdas para o financiamento da seguridade social, representará a ruptura do próprio sistema tributário.

Último a votar, o ministro Celso de Mello, decano do STF, acompanhou o entendimento da relatora de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional. Segundo ele, o texto constitucional define claramente que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas. O ministro ressaltou que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, que é integralmente repassado aos estados ou ao Distrito Federal.

Modulação

Quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão, a ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode

vir a enfrentar o tema em embargos de declaração interpostos com essa finalidade e trazendo elementos para a análise."

Ainda que não transitada em julgado, esta decisão do Supremo Tribunal federal colocará fim à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, reforçando diversos precedentes judiciais deste próprio tribunal, assim como de Tribunais Regionais Federais, a exemplo os Acórdãos do TRF da 3.^a Região, de nº 4760892, nº 4936897 e nº 4947108.

Também não há como completar o lançamento (em dizer que o ICMS está embutido no preço do produto por exemplo) sob a possibilidade de agressão ao critério jurídico adotado no lançamento, seja qual for, não tratou da possibilidade do Pis ou do Cofins incidir sobre o ICMS, o que configuraria o descumprimento do Art. 146 do CTN.

Portanto, merece provimento o Recurso Voluntário em toda a matéria de fundo desta lide administrativa, de forma que deve ser cancelada toda a cobrança do ICMS na base de cálculo do PIS.

CONCLUSÃO.

Diante do exposto, vota-se para dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do Contribuinte, com principal fundamento no Art. 113, 142 e 146 do CTN, assim como nas mencionadas decisões definitivas do STF, no Art. 62 do Regimento Interno deste Conselho e na jurisprudência nacional.

Declaração de voto proferida.

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima