



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10183.722422/2011-53
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-011.073 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2023
Recorrente ALFA DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/12/2009

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Rejeita-se a assertiva de nulidade dos atos administrativos quando não for comprovada nenhuma violação ao art. 59 do Decreto nº 70.235/72, bem como não ficar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO NO CARF.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral, devem ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/12/2009

COMBUSTÍVEIS. CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE.

Os créditos da Cofins não cumulativa relativos às aquisições de combustíveis, a serem descontados por distribuidores, equivalem aos valores devidos por seus fornecedores, que podem ser produtores, importadores ou outros distribuidores, e independem dos valores devidos em suas vendas próprias.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

Consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574.706, afetado à repercussão geral, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Superada tal discussão, conclui-se que devem ser revistas as bases de cálculo da autuação, nos termos da decisão do STF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/12/2009

COMBUSTÍVEIS. CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE.

Os créditos de PIS/Pasep não cumulativo relativos às aquisições de combustíveis, a serem descontados por distribuidores, equivalem aos valores devidos por seus fornecedores, que podem ser produtores, importadores ou outros distribuidores, e independem dos valores devidos em suas vendas próprias.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.
Consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 574.706, afetado à repercussão geral, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Superada tal discussão, conclui-se que devem ser revistas as bases de cálculo da autuação, nos termos da decisão do STF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos Frederico Schwochow de Miranda - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lazaro Antonio Souza Soares, Alexandre Freitas Costa, Jorge Luis Cabral, Marina Righi Rodrigues Lara, Carlos Frederico Schwochow de Miranda, Ricardo Piza di Giovanni (Suplente convocado), Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo (Presidente). Ausente a conselheira Renata da Silveira Bilhim, substituída pelo conselheiro Ricardo Piza di Giovanni.

Relatório

Por bem retratar a situação dos autos, adota-se o relatório do Acórdão recorrido, que segue transcrito:

Contra a empresa qualificada em epígrafe (distribuidora de combustíveis) foram lavrados autos de infração de fls. 4/19, em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep dos períodos de junho a dezembro de 2009, exigindo-se o crédito tributário no valor total de R\$4.915.170,38.

Conforme descrição dos fatos dos autos de infração de fls. 6/7 e 14/15, a fiscalização calculou os créditos relativos às compras de álcool efetuadas no período, às alíquotas de 1,50% (PIS) e 6,90% (Cofins), que foram deduzidos das contribuições sobre as receitas de vendas, calculadas às alíquotas de 3,75% (PIS) e 17,25% (Cofins), apurando os valores devidos mês a mês. Considerando que a interessada somente apresentou DCTFs dos períodos fiscalizados após o termo de início do procedimento, a fiscalização concluiu pelo afastamento da espontaneidade, acarretando a exigência de ofício dos valores, com acréscimo da multa de 75%.

Cientificada, a interessada apresentou as impugnações de fls. 176/195 e 212/231, de mesmo teor, com a ressalva de que uma se referiu à Cofins (e à Lei n.º 10.833/2003) e a outra à Contribuição para o PIS/Pasep (e à Lei n.º 10.637/2002). Assim, as duas serão tratadas como uma só peça.

Nelas a impugnante alegou nulidade da autuação em função da falta de acesso à autenticidade do "MPF-F n.º 01.3.01.00-2010-00030-3 CÓDIGO n.º 59038998", cuja consulta no endereço eletrônico da Receita Federal obteve como resposta uma mensagem de "problemas na conexão com o servidor de dados!", o mesmo ocorrendo com o "MPF n.º 01.3.01.00-2011-00039 CÓDIGO n. 16072115". Assim, por impossibilidade de conferência da autenticidade dos MPFs, "que autoriza[m] a presente fiscalização" e "traz[em] em seu[s] bojo[s] inúmeros limites à ATUAÇÃO DO AUDITOR FISCAL", foram desrespeitados os direitos e garantias da autuada, devendo os atos ser anulados por vício insanável.

Ainda sobre vícios no lançamento, pugnou pela nulidade do lançamento em razão de não terem sido citados, no enquadramento legal da autuação, os dispositivos que prescrevem a alíquota a incidir em suas operações, violando o art. 142 do CTN no que se refere à "determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido".

No mérito, suscitou a impossibilidade de tributação das operações com combustíveis pelas contribuições, em função da imunidade prevista no art. 155, § 3º da Constituição Federal.

Reclamou da inadequação do lançamento ao Processo de Consulta n.º 122/2010 (da SRRF da 10ª Região Fiscal) no tocante ao cálculo dos créditos sobre aquisições - cujo entendimento foi no sentido de que era "o crédito a ser abatido, em ambas as situações, correspondente ao valor da contribuição devida pelo vendedor" -, pois o autuante não se utilizou das alíquotas corretas (a devida pelo vendedor), mas sim as de 6,9% (Cofins) e 1,5% (PIS).

Sobre o *quantum debeat*, o Auditor-Fiscal não teria "oportunizado à AUTUADA a possibilidade de DESCONTAR OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS em diversas situações previstas naquele dispositivo legal", limitando-se a conceder, e ainda de forma equivocada, os créditos das mercadorias revendidas.

Pleiteou a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições, por se tratarem de "despesas e não receita". Fez referência à ADC 18, pendente de julgamento no STF e que trata do tema, o que ensejaria ao menos o sobrestamento deste processo administrativo.

Insurgiu-se contra os efeitos confiscatórios da multa de 75%, prática vedada pela CF, art. 150, IV, a incidência de juros sobre a multa de ofício (sendo que aqueles "remuneram o capital principal") e a utilização da taxa Selic como juros de mora, por ferir os princípios da estrita legalidade (tipicidade cerrada), segurança jurídica e os limitadores do poder de tributar.

A 4ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto proferiu decisão (fls. 613 a 624) julgando improcedente a manifestação de inconformidade e mantendo o crédito tributário exigido, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/12/2009

COMBUSTÍVEIS. CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE.

Os créditos da Cofins não cumulativa relativos às aquisições de combustíveis, a serem descontados por distribuidores, equivalem aos valores devidos por seus fornecedores, que podem ser produtores, importadores ou outros distribuidores, e independem dos valores devidos em suas vendas próprias.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/12/2009

COMBUSTÍVEIS. CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE.

Os créditos da Cofins não cumulativa relativos às aquisições de combustíveis, a serem descontados por distribuidores, equivalem aos valores devidos por seus fornecedores, que podem ser produtores, importadores ou outros distribuidores, e independem dos valores devidos em suas vendas próprias.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/12/2009

MPF. AUTENTICIDADE.

A eventual impossibilidade de conferência da autenticidade de Mandado de Procedimento Fiscal via internet não acarreta nulidade do lançamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CAPITULAÇÃO LEGAL IMPERFEITA.

O erro na capitulação legal ou mesmo a sua ausência não acarreta a nulidade do auto de infração quando a descrição dos fatos nele contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma ampla das imputações que lhe foram feitas.

APRECIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

É vedado aos órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário, no qual reproduz, na essência, as razões apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Frederico Schwochow de Miranda, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Das preliminares de nulidade

Em sede preliminar, pede a recorrente pela nulidade do Acórdão de piso, tendo em vista que não teria se pronunciado acerca da “indevida aplicação de juros sobre a multa”, nos termos do tópico 7 (fl. 190) da peça impugnatória.

Assim foi tratado o tema na decisão de primeira instância:

Insurgiu-se contra os efeitos confiscatórios da multa de 75%, prática vedada pela CF, art. 150, IV, **a incidência de juros sobre a multa de ofício** (sendo que aqueles "remuneram o capital principal") e a utilização da taxa Selic como juros de mora, por ferir os princípios da estrita legalidade (tipicidade cerrada), segurança jurídica e os limitadores do poder de tributar.

(...)

Por derradeiro, a insurgência contra o percentual da multa de ofício e a utilização da taxa Selic como juros de mora **resume-se também a alegações de**

inconstitucionalidade, aplicando-se tudo quanto aqui se falou sobre a impossibilidade de se apreciar tais argumentos na esfera administrativa.

Cabe destacar ainda que o assunto encontra-se sumulado por este Conselho, não sendo possível decisão diferente para a questão suscitada (*in verbis*):

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Também não merece prosperar a pretensão de nulidade do Auto de Infração em razão da indeterminação da matéria tributável, uma vez que, diferentemente do que afirma a recorrente, o lançamento atende aos requisitos legais previstos pelo art. 142 do CTN e pelos arts. 9º e 10º do Decreto 70.235/72 (PAF).

Nesse sentido, adoto como minhas razões de decidir os argumentos da decisão de piso, que muito bem abordaram a questão, nos seguintes termos (grifos nossos):

O argumento de que teria havido falha quanto aos requisitos de se "determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido" não se sustenta. Conforme suficientemente descrito nos autos de infração [DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO(S) LEGAL(IS)], **a matéria tributável é a receita decorrente das vendas**. Quanto à apuração do montante do tributo devido, ela está devidamente demonstrada nos anexos referidos nos autos de infração, mais especificamente no DOC. 3 (DEMONSTRAÇÃO DO CRÉDITO E DÉBITO DO PIS COFINS NÃO CUMULATIVO), de fl. 163, **onde constam os valores das compras, com as alíquotas utilizadas para cálculo dos créditos, das vendas, com as alíquotas sobre elas incidentes, e as diferenças das contribuições a serem lançadas**.

Portanto, a simples falta de menção, no campo ENQUADRAMENTO LEGAL dos autos de infração, do dispositivo legal que prevê as alíquotas aplicadas, não afetou a determinação da matéria tributável, nem o cálculo do montante do tributo devido.

Também não se afigura nenhuma evidência de cerceamento do direito de defesa, uma vez que restou patente que a impugnante teve pleno conhecimento das disposições aplicadas, tanto que as contestou em suas peças impugnatórias, especialmente quando suscitou a aplicação de Solução de Consulta da RFB que trata especificamente do tema em discussão.

Cabe destacar ainda que as hipóteses de nulidade estão previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Consoante tal dispositivo, são nulos, além dos atos e termos lavrados por pessoa incompetente, os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, o que não se afigura nos autos.

Portanto, quanto às nulidades suscitadas, não assiste razão a recorrente.

Do mérito

Quanto ao mérito, a primeira alegação apresentada pela recorrente diz respeito a suposta inadequação do lançamento à Solução de Consulta nº 122/2010, da Superintendência Regional da Receita Federal da 10ª Região Fiscal, que assim concluiu (grifos nossos):

Conclusão

14. Diante do exposto, conclui-se que:

- a) na apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins não-cumulativas pelo Recob ou pela sistemática tradicional **podem ser descontados créditos relativos às aquisições de álcool para revenda de produtor, importador ou distribuidor por outro produtor, importador ou distribuidor, sendo o crédito a ser descontado, em ambas situações, correspondente ao valor das contribuições devidas pelo vendedor;**
- b) os demais dispêndios relacionados no art. 3º das Leis n.ºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, podem gerar créditos a serem descontados da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

Assim afirma a recorrente nesse tópico específico:

Insustentáveis, portanto os Lançamentos por não adequação ao previsto na CONSULTA n. 122/2010, por ter utilizado para apuração dos CRÉDITOS nas aquisições as alíquotas de 6,9% **quando deveria ser utilizada a alíquota devida pelo vendedor.** O que impõe o reconhecimento da insubsistência do Lançamento Tributário face ao erro na determinação do *quantum debeatur*.

Como será visto à seguir, mostra-se equivocada a interpretação da recorrente.

Ao solucionar tal consulta, a SRRF10/Disit assim se posicionou (grifos nossos):

2. A Lei n.º 11.727, de 2008, **fixou novos parâmetros em relação à tributação do álcool, incluindo-o na não cumulatividade e estabelecendo uma tributação concentrada no distribuidor,** concomitante com uma menor tributação no produtor ou importador. As regras fundamentais dessa tributação estão postas no art. 5º da Lei n.º 9.718, de 1998, que teve sua redação reescrita pela Lei n.º 11.727, de 2008:

*Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins **incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool, inclusive para fins carburantes, serão calculadas com base nas alíquotas, respectivamente, de:** (Redação dada pela Lei n.º 11.727, de 2008).*

*I – 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) e 6,9% (seis inteiros e nove décimos por cento), **no caso de produtor ou importador;** e (Redação dada pela Lei n.º 11.727, de 2008).*

*II – 3,75% (três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) e 17,25% (dezessete inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), **no caso de distribuidor.** (Redação dada pela Lei n.º 11.727, de 2008).*

(...)

*§ 4º O produtor, o importador e o distribuidor de que trata o caput deste artigo **poderão optar por regime especial de apuração e pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no qual as alíquotas específicas das contribuições são fixadas, respectivamente, em:** (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).*

I – R\$ 23,38 (vinte e três reais e trinta e oito centavos) e R\$ 107,52 (cento e sete reais e cinquenta e dois centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador; (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).

II – R\$ 58,45 (cinquenta e oito reais e quarenta e cinco centavos) e R\$ 268,80 (duzentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor. (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).

(...)

*§ 13. O produtor, importador ou distribuidor de álcool, inclusive para fins carburantes, **sujeito ao regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, pode descontar créditos relativos à aquisição do produto para***

revenda de outro produtor, importador ou distribuidor. (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).

§ 14. Os créditos de que trata o § 13 deste artigo correspondem aos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos pelo vendedor em decorrência da operação. (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).

§ 15. O disposto no § 14 deste artigo não se aplica às aquisições de álcool anidro para adição à gasolina, hipótese em que os valores dos créditos serão estabelecidos por ato do Poder Executivo. (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).

§ 16. Observado o disposto nos §§ 14 e 15 deste artigo, não se aplica às aquisições de que trata o § 13 deste artigo o disposto na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e na alínea b do inciso I do caput do art. 3º da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003. (Incluído pela Lei n.º 11.727, de 2008).

(...) (grifou-se)

Mais adiante, acrescenta a referida Solução de Consulta:

10. Quanto ao questionamento “b)”, relacionado ao aproveitamento de crédito na venda de um produtor, importador ou distribuidor a outro produtor, importador ou distribuidor, afirma o § 14 do art. 5º da Lei n.º 9.718, de 1998, que os créditos “correspondem aos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos pelo vendedor em decorrência da operação”. **Vale dizer, o crédito será tomado com base na forma de tributação do vendedor.** Se este for tributado em alíquota ad valorem, o crédito será calculado por meio da aplicação da alíquota ad valorem correspondente ao vendedor em relação a essa venda. Se o vendedor for optante do Regime Especial de Apuração e pagamento das contribuições, o crédito será calculado pela aplicação da alíquota ad rem correspondente ao vendedor multiplicada pelo número de metros cúbicos de álcool vendidos.

Da leitura atenta da referida Solução de Consulta, conclui-se que o valor do crédito na aquisição de combustíveis (inclusive álcool), por distribuidor desse produto, depende do enquadramento de seu fornecedor.

Se o produto for tributado com alíquota *ad valorem*, o crédito será calculado por meio da aplicação da alíquota *ad valorem* correspondente ao vendedor em relação a essa operação de venda. Ou seja, se o distribuidor estiver adquirindo de outro distribuidor, que tributa suas vendas às alíquotas de 3,75% (PIS) e 17,25% (Cofins), essas são as alíquotas de cálculo do crédito; se a aquisição se der de importador ou produtor, as alíquotas para o cálculo do crédito serão de 1,5% (PIS) e 6,9% (Cofins), as mesmas incidentes na operação de venda desses fornecedores.

A legislação, no § 14 do art. 5º da Lei n.º 9.718/1998, ao referir-se a vendedor, está tratando do fornecedor (produtor, importador ou outro distribuidor), e não do adquirente, neste caso a recorrente.

Conforme demonstrativo anexo ao Auto de Infração (fl. 163), estão de acordo com a referida Solução de Consulta e, portanto, corretas as alíquotas aplicadas pela fiscalização para o cálculo do crédito, de 1,5% para o PIS e de 6,9% para a Cofins, nas compras de fornecedores para revenda, bem como as alíquotas para o cálculo do débito, de 3,75% para o PIS e de 17,25% para a Cofins, nas vendas realizadas pela recorrente.

Portanto, o que observa-se no caso aqui discutido é que o contribuinte não recolheu as contribuições sociais (Cofins e PIS/Pasep) no período de junho a dezembro de 2009, sob o entendimento de que deveria se creditar sobre os valores devidos de suas próprias vendas.

Considerando ainda que a interessada somente apresentou a DCTF e a DACTON dos períodos fiscalizados em 23/02/2011, ou seja, após ciência, em 21/02/2011, do termo de início da ação fiscal, correta a conclusão da fiscalização pelo afastamento da espontaneidade, acarretando a exigência de ofício dos valores, com acréscimo da multa de 75%.

Por fim, pede a recorrente pela insubsistência do lançamento, tendo em vista que os valores relativos ao ICMS não deveriam compor as bases de cálculo das contribuições sociais para o PIS e Cofins, alegando que os valores calculados no Auto de Infração estariam em desacordo com a decisão do STF no *leading case* do RE 574.706. Em não sendo reconhecida a total insubsistência do lançamento tributário, pede que sejam recompostas as bases de cálculo das contribuições, com a exclusão do ICMS.

Nesse sentido, assiste razão à recorrente.

Embora à época do pedido não houvesse decisão definitiva acerca do tema, atualmente não restam dúvidas sobre o caráter definitivo, também na esfera administrativa, da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais.

Assim, desde o trânsito em julgado, em 12/08/2021, encontra-se mais do que pacificada a possibilidade de exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo para incidência do PIS e da Cofins, tendo em vista que o valor relativo ao imposto estadual não se inclui na definição de faturamento, não se sujeitando à incidência das contribuições.

Com efeito, o STF já decidiu, em sede de repercussão geral, que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo das contribuições, conforme RE 574.706, julgado em 15/03/2017:

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.

Cabe destacar ainda que foram apresentados, pela PGFN, embargos de declaração contra a decisão do STF, cujo julgamento se deu em 13/05/2021, nos seguintes termos:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES.

AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO.

MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E **FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS”** - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO.

EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Nos termos do § 2º do art. 62 do RICARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral, devem ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do Conselho.

Sendo assim, restando definitiva a decisão que exclui o ICMS da base de cálculo das contribuições, conclui-se que devem ser revistas as bases de cálculo da autuação, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Pelo exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Frederico Schwochow de Miranda

Fl. 10 do Acórdão n.º 3402-011.073 - 3ª Seju/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10183.722422/2011-53