



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10283.902509/2012-65
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-011.393 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de dezembro de 2022
Recorrente PST ELETRÔNICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

BASE DE CÁLCULO DO COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS PRÓPRIO.

Consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 574.706/PR, afetado à repercussão geral, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

TRIBUNAIS SUPERIORES. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE REPRODUÇÃO DAS DECISÕES PELO CARF.

Nos termos do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" e §2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, os membros do Conselho devem observar as decisões definitivas 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer o direito creditório pleiteado para que seja homologado até o limite da sua extensão, consoante critérios de cálculo estabelecidos no RE n. 574.706.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carolina Machado Freire Martins - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Carlos Delson Santiago (suplente convocado(a)), Fernanda

Vieira Kotzias, Renan Gomes Rego, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Arnaldo Diefenthaler Dornelles (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente (s) o conselheiro(a) Gustavo Garcia Dias dos Santos, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Carlos Delson Santiago.

Relatório

A controvérsia constante dos presentes autos tem início no indeferimento de pedido de restituição, cujo crédito tem origem na composição da base de cálculo da Contribuição na qual, erroneamente, teria sido incluído o ICMS como componente da receita bruta.

Por economia processual e por sintetizar a realidade dos fatos, reproduzo o relatório da Resolução nº 3401-002.237, elaborado pelo ilustre Conselheiro Luis Felipe de Barros Reche:

Refere-se o presente processo a pedido de restituição relativo a pagamento realizado a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), alegadamente recolhida a maior do que o devido, o qual não foi homologado pela unidade jurisdicionante por ter sido integralmente vinculado, o pagamento que daria origem ao crédito, a outros débitos do contribuinte, não restando saldo credor disponível a restituir.

Por economia processual e por sintetizar a realidade dos fatos, reproduzo o relatório da decisão de piso (destaques no original):

“Trata-se de Manifestação de Inconformidade contra indeferimento de pedido de restituição realizado pela Manifestante no PER/DCOMP nº 01063.92447.261007.1.2.04-5340, nos termos do Despacho Decisório, emitido em 01 de agosto de 2012.

No referido PER/DCOMP o contribuinte indicou um crédito no valor original de R\$ 36.576,69, referente ao pagamento efetuado em 13/12/2002, Cofins código 2172, período de apuração 30/11/2002.

Segundo o Despacho Decisório à fl. 47, o DARF indicado como crédito estava integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando saldo disponível para a compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Irresignado com o indeferimento do pleito, tendo sido cientificado em 13/08/2012 (fl. 55), o contribuinte apresentou, em 12/09/2012, a manifestação de inconformidade de fls. 02/10.

Em sua defesa a interessada alega, em síntese, o que segue:

"Não há óbice na legislação tributária para repetição de valores pagos indevidamente, aliás, na inteligência do art. 165, incisos I e II do CTN, o direito ao crédito independe de prévio protesto. Assim a mera informação de que o DARF pago indevidamente está vinculado a um débito na DCTF não pode constituir óbice para a restituição. Nesse sentido, tratando-se de valor recolhido a maior de COFINS, é evidente a existência de direito à restituição do indébito.

No caso, como já exposto, trata-se de erro na composição da base de cálculo da Contribuição, uma vez que a empresa considerou inadvertidamente o ICMS como

componente da sua receita bruta. De acordo com a planilha ora anexada é possível constatar a existência de pagamento a maior uma vez que corrigindo a base de cálculo, ou seja, retirando o valor do ICMS da receita bruta, tem-se que o pagamento realizado é maior do que o devido. "

A Manifestante apresenta, ainda, posicionamentos acerca do conceito de receita bruta, ICMS e postura que deve ser assumida pela Autoridade Julgadora".

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG (DRJ/Belo Horizonte), por meio do Acórdão no 02-89.911 - 6ª Turma da DRJ/BHE (doc. fls. 092 a 103)¹, considerou parcialmente procedente a Manifestação de Inconformidade formalizada. A confecção da Ementa foi dispensada em decorrência pela aplicação da Portaria RFB no 2.724/2017.

Irresignada com o resultado insatisfatório após a decisão de primeira instância e tendo sido cientificada em 26/02/2019 pelo recebimento da decisão recorrida e demais documentos disponibilizados em sua Caixa Postal considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, como se extrai do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (doc. fls. 089), a recorrente manejou seu Recurso Voluntário (doc. fls. 099 a 111) em 28/03/2019, como se extrai do Termo de Solicitação de Juntada (doc. fls. 090).

Em seu apelo, a recorrente alega, em síntese, que:

a) a DRF/BHE teria concluído que "sem a previsão legal para exclusão pleiteada e sem que o julgamento do Supremo tenha sido concluído, não resta caracterizado o pagamento indevido ou a maior que o devido", mas é de se observar que o crédito requerido tem origem na indevida inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, entendimento este referendado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 que, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS";

b) para fins de tributação das contribuições sociais, "receita se caracteriza pela entrada definitiva, configurada pela efetiva disponibilidade de recursos que, ao mesmo tempo em que remuneram, decorrem do efetivo exercício da atividade empresarial", o que significaria que "os ingressos não destinados ao sujeito passivo, mas sim a terceiros, são receitas destes e não daquele que a princípio os recebe", ou seja, "o ingresso correspondente ao imposto estadual, e, assim, é destinado ao fisco estadual, não assiste razão incluí-lo como base de cálculo de contribuições que possuem a obtenção de receita como hipótese de incidência";

c) a presente matéria foi pacificada pela Suprema Corte, a qual, no julgamento do RE nº 574.706, sob o rito da repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições, de forma que "a acertada decisão em sede de recurso repetitivo deve ser observada nas decisões administrativas", tanto que "o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais vem reconhecendo a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS"; e

d) a planilha acostada, "devidamente assinada pelo profissional responsável pela apuração faz a prova necessária para confirmar-se o pagamento indevido", mas, em caso de dúvida, deve ser o julgamento convertido em diligência para que a empresa seja intimada a apresentar outros elementos que o julgador entender necessários.

Ao fim de seu apelo, "pleiteia a Requerente que seja recebida e provida a presente Manifestação de Inconformidade, a fim de afastar o questionado Despacho Decisório, culminando com o reconhecimento do direito à restituição regularmente pleiteada.

Alternativamente, requer a conversão em diligência, nos termos do art. 35 do Decreto nº 7.574/2011, para que sejam feitas demais provas que entender necessário a d. autoridade julgadora".

Observa-se, então, que em 24 de março de 2021 na composição então formada, esta Turma, por maioria, resolveu converter o julgamento do recurso em diligência para aguardar o julgamento definitivo do RE no 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal.

Após o trânsito em julgado do referido Recurso Extraordinário, com a publicação do acórdão em 12/08/2021, os autos retornaram para prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Machado Freire Martins, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

Não havendo arguição de preliminares, passo à análise do mérito.

Conforme bem sintetizado pelo Conselheiro Luis Felipe de Barros Reche, a Recorrente, desde o início, defende que o indébito decorreria de erro na composição da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP, por ter considerado inadvertidamente o ICMS como componente de sua receita bruta, trazendo como comprovação somente planilha na qual seria possível constatar a existência de pagamento a maior.

A decisão da DRJ/Belo Horizonte, ao considerar improcedente a Manifestação de Inconformidade, baseou-se precipuamente:

- i) na inexistência de previsão legal para a exclusão do valor auferido a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS;
- ii) na Solução de Consulta nº 104 de 27/01/2017, pela qual a COSIT revelou o entendimento de que o ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, tanto no regime de apuração cumulativa quanto no regime de apuração não cumulativa;
- (iii) no posicionamento de que a Administração Pública não pode se vincular a entendimento judicial não definitivo.

Assim, em nenhum momento houve manifestação no tocante à existência ou não do direito creditório no montante pleiteado e tampouco foram contestados os elementos de prova trazidos pelo contribuinte.

O cerne da controvérsia, portanto, desdobra-se no reconhecimento de direito de crédito decorrente da exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Depreende-se do acórdão recorrido e da referida resolução que, à época do julgamento, em que pese tratar-se de discussão recorrente nos tribunais, a questão não havia sido resolvida definitivamente, ausente o trânsito em julgado, assim como expressa manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para vinculação ao entendimento consubstanciado na decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, contudo, não há dúvida sobre o caráter definitivo e produção de efeitos, também na esfera administrativa, da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob a sistemática da Repercussão Geral.

Assim, desde o trânsito em julgado, em 13 de maio de 2021, encontra-se mais do que pacificada possibilidade de exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo para incidência do PIS/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.

Ademais, conforme destacado pela i. Conselheira Érika Costa Camargos Autran, Relatora no julgamento que culminou no Acórdão nº 9303-011.834, verifica-se a manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer SEI Nº 7698/2021/ME, cujo excerto é abaixo reproduzido:

(...) A partir do resultado dos embargos de declaração, e constatada a pacificação das referidas questões jurídicas sob o regime da repercussão geral (art. 1.036 e seguintes do CPC), é de se aplicar o disposto no art. 19, VI, a da Lei nº 10.522, de 2002, cabendo à PGFN, em face desse cenário, já nesta primeira oportunidade, informar as orientações inequívocas que já podem ser extraídas do julgado, para que seja, doravante, adequadamente refletida em todos os procedimentos pertinentes pela Administração Tributária federal, sem prejuízo de esclarecimentos complementares por ocasião da publicação do acórdão

13. Diante disso, indispensável, ante os valores sopesados por ocasião da análise da modulação de efeitos, que todos os procedimentos, rotinas e normativos relativos à cobrança do PIS e da COFINS a partir do dia 16 de março de 2017 sejam ajustados, em relação a todos os contribuintes, considerando a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS destacado em notas fiscais na base de cálculo dos referidos tributos.

Finalmente, também no que diz respeito ao presente Recurso Voluntário, a alegação de recolhimento indevido está amparada em decisão do STF, afetada por repercussão geral, que por força regimental vincula este Conselho, conforme o art. 62, §2º do RICARF. Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência:

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

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/08/2007

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706/PR. TEMA 69.

O julgamento do RE 574.706/PR (tema 69) determinou que os valores relativos ao ICMS destacado em nota fiscal não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins. Decisão vinculante por força do art. 62 do Anexo II do RICARF.

PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO E RESSARCIMENTO.
NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO
CREDITÓRIO. ART. 170 DO CTN.

A Lei autoriza a restituição/ressarcimento/compensação de créditos tributários com liquidez e certeza pela via do sistema PER/DCOMP cujo o ônus da prova incumbe a quem do direito se aproveita. Deve ser reconhecido o direito creditório na existência de elementos probatórios que cumpram os requisitos legais. (Acórdão nº 3003-001.892)

Por derradeiro, tratando-se de apuração de crédito tributário, compete à unidade de origem da RFB proceder a análise da documentação dos autos e aferir o valor do direito creditório pertencente à Recorrente.

Conclusão

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer o direito creditório pleiteado para que seja homologado até o limite da sua extensão, consoante critérios de cálculo estabelecidos no RE n. 574.706.

(documento assinado digitalmente)

Carolina Machado Freire Martins