



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.010843/2006-44
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3302-008.218 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de fevereiro de 2020
Recorrente CBA-COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/10/2002, 01/12/2005 a 31/12/2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS. SÚMULA CARF Nº 02. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Não compete ao julgador administrativo afastar normas vigentes em face de alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. APLICAÇÃO DO PARADIGMA POSTERIOR SUA PUBLICAÇÃO. ART. 1.040. CPC.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS. “A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.” (AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe109 DIVULG 01 062018 PUBLIC 04062018)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a exclusão do ICMS recolhido da base de cálculo do PIS e da COFINS. Vencido o conselheiro José Renato Pereira de Deus (relator) que excluía o valor do ICMS recolhido ou o destacado. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Vinicius Guimarães.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

(documento assinado digitalmente)

Vinicius Guimarães - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinicius Guimarães, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Larissa Nunes Girard (Suplente Convocada), Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente). Ausente o conselheiro Corinθο Oliveira Machado.

Relatório

Por bem retratar os fatos até o presente momento, reproduz-se o relatório da Resolução n.º 3803-000.232, preferida pela 3ª Turma Especial da 3ª Seção de Julgamento, em sessão de 24 de outubro de 2012:

Por descrever de forma objetiva e didática os fatos e elementos contidos nos autos a permitir a sua compreensão peço vênha aos pares para adotar o relatório do acórdão recorrido.

Trata o presente processo de dois autos de infração realizados para exigir créditos tributários de PIS e COFINS oriundos de divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, relativas a fatos geradores ocorridos em 2001, 2002 e 2005, nos moldes da tabela abaixo (todos os valores monetários estão expressos em reais):

(vide Acórdão n.º 0822.833).

O lançamento está fundamentado no fato de o contribuinte ter declarado a contribuição para o PIS e a Cofins com base em valores inferiores aos utilizados no Registro de Apuração do ICMS (fls. 23/25), em relação aos períodos de apuração setembro/2001 a outubro/2002, e por ter declarado em DCTF a contribuição para o PIS e a Cofins em valores inferiores ao apurado no Dacon, em relação ao período de apuração dezembro/2005.

Cientificado do presente auto de infração em 05/12/2006 (fl. 485), o contribuinte apresentou a impugnação de fl. 487/497, em A EXISTÊNCIA DA cofins E DO PIS 12/12/2006, alegando em sua defesa, resumidamente:

a) o lançamento tributário é nulo, por contemplar crédito tributário atingido pela decadência, uma vez que algumas competências do ano de 2001 já contavam com mais de cinco anos do fato gerador; b) é indevido o lançamento das supostas diferenças de PIS e COFINS, desconsiderando os recolhimentos efetuados pela empresa, ou qualquer outra circunstancia, notadamente das exclusões de base de cálculo que legalmente eram admitidas à época; c) no que tange a base de cálculo do PIS e da Cofins, a partir da vigência do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, deveriam ser excluídos da receita bruta “os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica”; d) os valores que são transferidos para as empresas fornecedoras das mercadorias não podem ser considerados na base de cálculo do pagamento da COFINS e do PIS, devendo incidir sobre a parte do faturamento relativa

à diferença; e) também desconsiderou que deveria ser excluída da base de cálculo os valores relativos ao ICMS; f) a exigência da COFINS e do PIS sobre a receita de conta alheia e dos valores a título do ICMS fere frontalmente os princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e do não confisco; g) a autoridade administrativa tem o dever de proceder ao lançamento, incumbindo-lhe, ainda, o ônus de demonstrar por que a imputação se fez desta ou daquela maneira, vale dizer, quem deve suportar a carga tributária e por que deve fazê-lo; h) o auditor fiscal, ao lavrar o auto de infração, não observou tal disposição, pois deixou desconsiderar eventuais exclusões da base de cálculo, o que contraria o princípio da legalidade e da tipicidade.

Por fim, requer a declaração de nulidade do auto de infração ou a sua insubsistência.

Conclusos foram os autos remetidos para julgamento pela 4ª Turma da DRJ/FOR que, em sessão realizada em 14/02/2012, proferiu decisão por meio do acórdão n.º 0822.833, cuja ementa transcreve-se adiante:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/10/2002, 01/12/2005 a 31/12/2005

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o ICMS pode ser excluído da receita bruta apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/10/2002, 01/12/2005 a 31/12/2005

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS, o ICMS pode ser excluído da receita bruta apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/10/2002, 01/12/2005 a 31/12/2005

DECADÊNCIA Em caso de pagamento antecipado de tributo, o direito de o Fisco constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos contados da datado fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/10/2002, 01/12/2005 a 31/12/2005

CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MULTA. CONFISCO.

Não cabe ao órgão administrativo de julgamento a discussão de constitucionalidade de lei, que está devidamente fundamentando o lançamento tributário, salvo quando ela já tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, quando haja autorização em ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional, quando haja autorização em súmula da Advocacia Geral da União ou quando haja autorização em parecer do Advogado Geral da União aprovado pelo Presidente da República.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Ao apreciar a questão da decadência suscitada pela Impugnante o voto condutor do acórdão recorrido reconheceu lhe assistir razão em relação aos fatos geradores de PIS e Cofins ocorridos em 30/09/2001, 31/10/2001 e 30/11/2001, os quais devem ser excluídos do presente lançamento.

Quanto aos questionamentos formulados pela interessada, consubstanciada no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em relação à base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins, no sentido de que devem ser excluídos da Receita Bruta os valores computados como receita, que tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, bem assim aqueles valores correspondentes ao ICMS, foram os mesmos replicados pelo voto condutor, em apertada síntese:

Os dispositivos legais que embasaram os fundamentos da defesa foram revogados pela MP nº 2.15835, de 24/08/01 e, sendo os fatos geradores ensejadores do lançamento em questão posteriores à referida revogação, deve ser a impugnação quanto a este aspecto rejeitada por falta de amparo legal.

As hipóteses de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins são taxativas e, para o caso da exclusão do ICMS da base de cálculo desses tributos, conforme suscitado pela Impugnante, isto somente seria admissível se, e somente se, quando da realização de vendas de mercadorias/prestação de serviços fosse o ICMS cobrado pelo vendedor, na condição de substituto tributário. Assim, não estando o contribuinte enquadrado na qualidade de substituto tributário, não há se falar na exclusão pretendida.

Ciente do teor do acórdão retromencionado em 24/04/12 por meio de AR, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário em 21/05/12, conforme atesta o protocolo do órgão preparador, na ocasião reiterando de forma minudente as mesmas razões de defesa contidas na exordial, quais sejam: deve o recolhimento de PIS e de Cofins incidir apenas sobre o real faturamento, excluindo toda e qualquer receita de conta alheia; a fiscalização desconsiderou a possibilidade de verificar a diferença entre os tributos escriturados e aqueles efetivamente pagos, sob a égide do artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98; e a base de cálculo do PIS e Cofins é o faturamento, não podendo se enquadrar nesse conceito os valores referentes a ICMS.

É o relatório.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

Pois bem. O processo encontra-se em termos, trata de matéria relacionada à competência dessa D. Turma, atende aos pressupostos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Como se vê trata de auto de infração lavrado em face da recorrente, tendo em vista em procedimento de fiscalização ter sido verificada da falta de recolhimento referente a contribuições sociais.

Vale ainda ressaltar que a recorrente em seu recurso voluntário reproduz de forma fidedigna o que outrora trouxera em sua impugnação, sem qualquer acréscimo ou juntada de documentos.

I – Alegações sobre inconstitucionalidades

A recorrente traz em seu recurso, a exemplo do que outrora fizera em sua impugnação, supostas agressões à Constituição, invocando os princípios da legalidade e não confisco, na tentativa de infirmar as infrações trazidas pelo auto de infração e mantidas pela decisão recorrida.

Como decidido pelo colegiado a quo, não cabe, no processo administrativo fiscal de constituição de crédito tributário, a apreciação de argumentos de violação de princípios constitucionais, tendentes ao afastamento de lei ou decreto. A arguição de inconstitucionalidade de atos normativos deve ser formulada perante o Poder Judiciário, em vista da competência constitucional prevista nos artigos 97 e 102 da Carta Magna, sendo vedado a este conselho conhecer desta alegação, conforme artigo 59 do Decreto n.º 7.574/2011, exceto nas hipóteses previstas no artigo 62 Anexo II do Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015. Neste sentido, foi publicada a Súmula CARF n.º 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desta forma, afastam-se as alegações da recorrente quanto a necessidade de observância do princípio constitucional da legalidade, em que pese entender que todos os atos realizados no presente processo encontram-se em consonância com mencionado princípio, e, a tese relacionada à aplicação do princípio do não-confisco quando da aplicação da multa de ofício.

II – Nulidade lançamento tributário

Segundo as alegações da recorrente, o lançamento tributário efetuado pela autoridade fiscal seria nulo, uma vez que não teria seguido o que preceitua o art. 142 do CTN.

Entretanto, não assiste razão às alegações do recorrente, uma vez que não se trata de nenhum dos vícios que possivelmente levariam à nulidade do auto, esses trazidos de forma expressa pelo art. 59 do Decreto 70.235/72.

Vale ressaltar ainda que, tanto em sua impugnação, como em seu recurso voluntário o recorrente em momento algum, trouxe os motivos de fato e de direito, pontos de discordância ou produziu provas que pudessem dar guarida às suas alegações.

Desta forma, afasta-se qualquer tipo de alegação de nulidade que supostamente possa ter maculado o auto de infração.

III – Exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS

Há ainda o inconformismo contra a r. decisão de piso, quanto a possibilidade de exclusão dos valores recolhidos a título de ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Nesse sentido o STF em repercussão geral, no RE 574.706, firmou o seguinte entendimento:

"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 REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

Vale lembrar que o Pretório Excelso tem aplicado o entendimento em que não é necessário aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração do RE 574.706, observe-se:

COFINS E PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços – ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe109 DIVULG 01062018 PUBLIC 04062018)

Tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.144.469/PR, não prevalece mais. Ademais, o próprio STJ, de modo reiterado, esta decidindo de acordo com o julgado no RE 574.706, observe-se:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR).

1. O recurso especial foi interposto na vigência do CPC/1973. Dessa forma, sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar 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. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para realizar a adequação prevista no art. 1.030, II do CPC/2015." (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. A Jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça possuía o entendimento de considerar legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ. Posicionamento este ratificado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do Resp 1.144.469/PR, processado e julgado como representativo de controvérsia.

2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do RE 574.706RG/ PR, com repercussão geral reconhecida, firmou tese contrária à fixada pela Primeira Seção do STJ.

3. Juízo de retratação exercido nestes autos (art. 1.040, II, do CPC/2015), para negar provimento ao apelo nobre da Fazenda Nacional." (REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 74.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL LENO, Je de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, , dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da OFINS, contribuições destinadas ao financiamento da seguridade Social. Diante da nova orientação da

Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp .100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 92.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017.

IV. Nesse contexto, retornaram os autos por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.

V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Destaco as conclusões da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, postas no voto do processo n.º 10580.721226/2007-01, Acórdão n.º 3301-004.355:

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE n.º 574.706 RG, com base no REsp n.º 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE n.º 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de "decisão definitiva de mérito", para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF."

Desta forma, um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Assim necessária a observância da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos períodos compreendidos entre 06/2005 a 12/2007, devendo a autoridade preparadora proceder aos cálculos dos créditos, tendo por base os documentos apresentados pela recorrente.

IV – Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, dar parcial provimento para determinar a exclusão do ICMS recolhido ou destacado da base de cálculo do PIS e da COFINS.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Vinicius Guimarães - Redator Designado

Sem embargo das razões ofertadas pela recorrente e das brilhantes considerações tecidas pelo i. conselheiro Relator, o Colegiado, pelo voto de sua maioria, resolveu dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir o valor tão somente do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição.

A matéria é por demais conhecida deste Colegiado, razão por que trato de invocar excertos de recente acórdão, n.º 3302-006.452, de 30/01/2019, para ilustrar meu entendimento sobre a questão. Naquela oportunidade, o eminente relator, conselheiro Walker Araujo, assim se pronunciou sobre o tema:

(...) sobre a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, é de conhecimento notório que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das famigeradas contribuições.

Contra a decisão proferida no RE 574.706, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios da decisão, pleiteando a modulação temporal dos seus efeitos e realizou outros questionamentos, em especial, se o valor a ser excluído é somente aquele relacionado ao arrecadado a título de ICMS e/ou se o valor a ser excluído da base de cálculo abrange, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída, sendo que referidos questionamentos aguardam sua análise e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em que se pese inexistir trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte, entendo que se tornou definitiva a matéria quanto ao direito do contribuinte ao menos de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, restando àquela Corte apenas decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

A respeito do direito do contribuinte excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher(...)

(...) temos a Solução de Consulta Interna n.º 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, emitida nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de calculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de calculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de calculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.715, de 1998, art. 2º; Lei no 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei no 10.637, de 2002, arts. 1º, 2º e 8º; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de calculo da Cofins, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de calculo mensal, conforme o Código de

Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.718, de 1998, arts. 2o e 3o; Lei no 10.833, de 2003, arts. 1o, 2o e 10; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

Neste cenário, entendo que o montante a ser excluído da(s) base(s) de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins é o valor mensal do ICMS a recolher.

Posto isso, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir o valor tão somente do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição.

(assinado digitalmente)

Vinicius Guimarães – Redator designado