



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10825.001553/2009-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-011.041 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2021
Recorrente DESTILARIA GUARICANGA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/09/2004 a 30/09/2008

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO DE PIS E COFINS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

O STF, no julgamento do RE nº 574.076-PR, manifestou o entendimento pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por corresponder à rubrica não integrante do faturamento, modulando-se os efeitos para sua aplicação a partir de 15/03/2017, preservando-se as ações judiciais e administrativas protocoladas antes desta data. Aplicação do art. 62, §1º, II, “b”, e § 2º, do RICARF.

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO. VALORAÇÃO.

Aplica-se a Taxa Selic, até a efetiva restituição ou compensação do indébito, nos termos do art. 39, §4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/1995, não podendo tal taxa ser cumulada com qualquer outro índice, seja ele juros ou correção monetária, uma vez que a Taxa Selic tem dupla natureza, juros de mora e correção monetária.

PER/DCOMP. HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÕES DECLARADAS. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

A homologação e operacionalização de compensação é atribuição da autoridade administrativa da unidade da RFB, sendo o CARF incompetente para realizá-las.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para reconhecer o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins do período de 09/2004 a 09/2008, cabendo à Unidade de Origem a quantificação do crédito da Recorrente. Votou pelas conclusões o Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Liziane Angelotti Meira (Presidente), Semíramis de Oliveira Duro (Vice-Presidente), Marco Antonio Marinho Nunes, José Adão Vitorino de Moraes, Juciléia de Souza Lima e Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada). Ausente o Conselheiro Ari Vendramini.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto contra o **Acórdão n.º 14-56.877 – 11ª Turma da DRJ/RPO**, que julgou improcedente as Manifestações de Inconformidade apresentadas contra:

- i) o Despacho Decisório Saort n.º 1855, emitido em **19/10/2009 (presentes autos)**, por intermédio do qual foi **indeferido** o **Pedido de Restituição - Formulário** relativo aos tributos PIS e Cofins do período de 09/2004 a 09/2008; e
- ii) o Despacho Decisório Saort n.º 1967, emitido em **16/11/2009 (processo apenso)**, por intermédio do qual foi **não homologada** a **compensação** objeto do PER/DCOMP n.º 33047.14396.061009.1.3.04-5396, apresentada com base no mesmo crédito do Pedido de Restituição acima mencionado.

No referido Pedido de Restituição - Formulário, o crédito pleiteado é relativo a pagamento indevido ou a maior de PIS e Cofins do período de **09/2004 a 09/2008**, no valor de **R\$ 892.264,33**, decorrente de alegado cômputo indevido do **ICMS na base de cálculo** dessas contribuições.

Por bem descrever os fatos, adoto, como parte de meu relatório, o relatório constante da decisão de primeira instância, que reproduzo a seguir:

Relatório

Trata o presente processo de Pedido de Restituição de crédito das Contribuições para a Seguridade Social – Cofins e para o PIS/Pasep, referente à exclusão do ICMS da base de cálculo das mesmas, nos períodos de apuração 09/2004 a 09/2008, no valor de R\$ 892.264,33, apresentada através de formulário em 02/10/2009 (fl. 2).

A DRF Bauru indeferiu o pedido por meio do despacho decisório de fls. 302/312, proferido em 19/10/2009, pois não haveria previsão legal para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Cientificado do despacho em 16/10/2009 (fl. 313), o recorrente apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 315/336, em 17/11/2009, para requerer a aplicação das decisões proferidas pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 240.785/MG.

Solicitou a atualização monetária do montante a ser restituído.

Concluiu, para requerer o acolhimento de seu recurso, a anulação do despacho decisório e o reconhecimento do direito creditório.

Posteriormente, o recorrente transmitiu o PER/Dcomp n.º 33047.14396.061009.1.3.04-5396, para se utilizar do mesmo crédito. A declaração foi baixada para tratamento no processo n.º 15892.000230/2009-95 (juntado por apensação).

Foi proferido despacho decisório pela DRF Bauru, que não homologou a compensação, pois o direito creditório já teria sido indeferido, quando da análise do pedido de restituição (fls. 18/21- processo apensado).

Cientificado em 16/11/2009 (fl. 55), o recorrente apresentou manifestação de inconformidade em 15/12/2009, fls. 22/53 (processo apensado), para requerer o sobrestamento da lide até o julgamento do presente processo, ou sua apensação.

No mérito, discorreu sobre os mesmos argumentos que os da manifestação apresentada face ao indeferimento do pedido de restituição.

É o relatório.

Devidamente processadas as Manifestações de Inconformidade apresentadas, a **11ª Turma da DRJ/RPO**, por unanimidade de votos, julgou **improcedente** os recursos e **não reconheceu o direito creditório** trazido a litígio, nos termos do voto da relatora, conforme **Acórdão n.º 14-56.877**, datado de **23/02/2015**, exarado com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 30/09/2004 a 30/09/2008

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Cofins apuradas pelos regimes cumulativo e não-cumulativo.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 30/09/2004 a 30/09/2008

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Cofins apuradas pelos regimes cumulativo e não-cumulativo.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 30/09/2004 a 30/09/2008

CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALCANCE.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em Recurso Extraordinário, não possui efeito *erga omnes*.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificada do julgamento de primeiro grau, a Contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que repisa seus argumentos da Manifestação de Inconformidade, estruturado com os seguintes tópicos:

- I - DO CABIMENTO DO RECURSO.
- II - DA TEMPESTIVIDADE.
- III - DOS FATOS E DA DECISÃO PROFERIDA NO ACÓRDÃO.
- IV - DO DIREITO.
- V - DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

VI - DA INCIDENCIA DA TAXA SELIC.**VII - DO PEDIDO.**

O Recurso voluntário é encerrado com os seguintes pedidos:

VII - DO PEDIDO.

De todo o exposto, requer a Recorrente seja conhecido e dado total provimento ao presente Recurso Voluntário para REFORMAR o V. Acórdão de n. 14-56.877 prolatado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Julgamento proferido pela 11ª Turma da DRJ/POR de Ribeirão Preto/SP, reconhecendo o direito ao ressarcimento dos créditos de PIS e COFINS aqui pleiteados, corrigidos monetariamente e com aplicação da taxa Selic, ante a clara e indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo, outrossim requer-se sejam homologadas integralmente as compensações ora realizadas, tudo como medida de Justiça

Termos em que,

Pede Deferimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Antonio Marinho Nunes, Relator.

I ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais deve ser conhecido.

II CONSIDERAÇÕES INICIAIS**II.1 Delimitação da Lide**

Inicialmente, cumpre esclarecer que o procedimento fiscal não quantificou o crédito de PIS e Cofins apurado pela Recorrente, pleiteado em restituição e usado em suas compensações.

O Fisco indeferiu o Pedido de Restituição, e, conseqüentemente, não homologou as compensações objeto de PER/DCOMP, motivado pela falta de amparo legal em favor da Recorrente para que esta pudesse apurar créditos a partir da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

Em outras palavras, a Fiscalização concluiu pela inexistência de crédito decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Portanto, não foram detectados e, portanto, adotados, no curso destes autos, procedimentos ou diligências para **quantificar** o crédito alegado pela Contribuinte, decorrente do computo do ICMS na apuração do PIS e da Cofins.

Assim, sendo o único motivo usado pela Unidade de Origem para indeferir o crédito pleiteado nestes autos a **inexistência de autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins**, o contencioso administrativo aqui posto limitou-se a esta matéria e sobre ela a apreciação do mérito do Recurso Voluntário a seguir restringir-se-á.

Neste ponto, ressalto que o litígio sobre questões outras que não a quantificação e apuração da exatidão do crédito suscitado pela Recorrente, a meu ver, não representa irregularidade, visto que o Fisco não teria como quantificar e apurar crédito que considerava não passível de deferimento à época.

Com essas restrições, a apreciação do mérito do Recurso Voluntário será feita, resguardando-se a competência da Autoridade Fiscal quanto aos procedimentos que julgar atinentes ao caso, a depender da decisão final da lide.

III MÉRITO

III.1 ICMS na Base de Cálculo do PIS e da Cofins

Nos autos, a Contribuinte, em síntese, defende o crédito decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo das Contribuições para o PIS e Cofins, nos períodos de apuração de 09/2004 a 09/2008, no valor de origem de R\$ 892.264,33, conforme formulário apresentado às fls. 02, em 02/10/2009.

Aprecio.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins, conforme ementa a seguir:

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 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ressalte-se que, contra tal decisão, até recentemente, pendia apreciação de Embargos de Declaração com o objetivo de esclarecimento de vários pontos, inclusive pleito de efeitos infringentes e modulação dos efeitos.

No entanto, em julgamento datado de 13/05/2021, a questão foi definitivamente resolvida mediante a seguinte decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão

geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Dessa forma, o STF modulou os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após **15/03/2017**, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) editou o Parecer SEI n.º 7698/2021/ME, com a seguinte conclusão:

16. Ante o exposto, nos termos expostos na ata de julgamento já publicada, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei n.º 10.522/2002, observar, **em relação a todos os seus procedimentos**, que:

- a) **conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, "O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS";**
- b) **os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e**
- c) **o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.**

Quanto à aplicação dessa decisão judicial em sede de processo administrativo, dispõe o art. 62, §2º, da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, Regimento Interno do CARF (RICARF), o seguinte:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)

Portanto, como o pedido formulado nos presentes autos se deu em **02/10/2009**, dentro do marco temporal estabelecido pelo STF para modulação dos efeitos do julgado, deve-se aplicar ao presente processo administrativo o entendimento do STF fixado no julgamento do RE n.º 574.076/PR, devendo-se reconhecer o direito à repetição do indébito decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

III.2 Da Atualização Monetária e da Incidência da Selic

Ao crédito a ser apurado pela Unidade de Origem deve-se aplicar a Taxa SELIC, até a efetiva restituição ou compensação, nos termos do art. 39, §4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/1995, não podendo tal taxa ser cumulado com qualquer outro índice, seja ele juros ou correção monetária, uma vez que a Taxa Selic tem dupla natureza, juros de mora e correção monetária¹.

III.3 Da Homologação da Compensação

A homologação e operacionalização de compensação é atribuição da autoridade administrativa da unidade da RFB, sendo o CARF incompetente para realizá-las.

IV CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para reconhecer o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins do período de 09/2004 a 09/2008, cabendo à Unidade de Origem a quantificação do crédito da Recorrente.

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes

¹ Nesse sentido:

- REsp nº 1.102.552-CE, rel. min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, jul. 25/3/2009, DJe 6/4/2009 – Tema 99/STJ; e
- REsp 1875198/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 03/12/2020.