



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

Processo n° 10830.007375/2002-51
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-004.573 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS
Recorrente CAROTTI ELETRICIDADE INDUSTRIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1995 a 30/04/1999

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PIS. PRESCRIÇÃO. 10 ANOS (5+5).
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SÚMULA 91/CARF.

O pedido de restituição (PER) de tributo por homologação, que tenha sido pleiteado anteriormente à 09/06/05, antes da entrada em vigor de LC 118/05, o prazo prescricional é de 10 (dez) anos, conforme Súmula 91/CARF.

SÚMULA No. 91 - CARF - Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO (PIS/COFINS). IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS compõe o conceito de receita bruta, integrando, portanto, a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para que, ultrapassadas as questões decididas nos votos condutores deste acórdão (vencido e vencedor), aprecie o mérito do pedido formulado pela Recorrente. Vencidos os conselheiros Tatiana Josefovicz Belisario, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior, que entenderam pela exclusão do ICMS estadual da base de cálculo do PIS/Cofins. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcelo Giovanni Vieira.

CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA – Presidente

(assinado digiltamente)

LAÉRCIO CRUZ ULIANA JUNIOR – Relator

(assinado digiltamente)

MARCELO GIOVANI VIEIRA – Redator Designado

(assinado digiltamente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Larissa Nunes Girard (suplente convocada em substituição ao conselheiro Leonardo Correia Lima Macedo), Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Laercio Cruz Uliana Junior, Vinicius Guimarães (suplente convocado em substituição ao conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira) e Charles Mayer de Castro Souza (Presidente) a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausentes, justificadamente, os conselheiros Leonardo Correia Lima Macedo e Paulo Roberto Duarte Moreira.

Relatório

Trata-se de pedido de Restituição de COFINS pago indevidamente protocolado anteriormente 09/06/05, que assim foi relatado pela DRJ:

(...)

Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 3, protocolado em 31/07/2002, no valor de R\$ 31.471,45, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, no período de janeiro/1995 a abril/1999. Ao direito creditório postulado a contribuinte vinculou débitos tributários mediante apresentação de pedidos de compensação. A interessada, fundamentando seu pedido, alegou ser incabível a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

A DRF em Campinas emitiu o Despacho Decisório de fls. 209/213, indeferindo o pedido de restituição, não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, e não homologando as compensações efetuadas, sob a fundamentação de que:

já estaria extinto o direito de pleitear a restituição dos valores recolhidos antes de 31/07/1997;

- não existe fundamento para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins;*
- não cabe às instâncias administrativas apreciar questionamentos quanto à constitucionalidade da legislação.*

Cientificada desse despacho em 05/04/2007 (fl. 244), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 25/04/2007 (fls. 222/243), na qual alega:

- *conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido. É de causar estranheza então, a simples aplicação do Ato Declaratório nº 96, de 1999, pelo digno representante do i Fisco, que desconsiderou expresso texto de lei acerca da matéria que estabelece, nos casos dos tributos de lançamento por homologação, a exata ocorrência da extinção do crédito tributário — 150 § 41 do CTN. Sendo assim, não merece acolhida a interpretação dada pelo representado Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP onde, ao dar uma interpretação restritiva ao assunto em referência, prejudica o contribuinte que, prevendo tal possibilidade, adentrou, simultaneamente, "oportuno tempore", com a ação judicial cabível, para dar o devido amparo jurídico, com o reconhecimento do seu direito em questão;*

- *não compete ao Senhor Secretário da Receita Federal legislar, dando interpretação diversa da aplicada pelo Judiciário e também da entendida pelo próprio Conselho de Contribuintes;*

o acórdão ora combatido é abuso de autoridade que não pode subsistir, uma vez que não possui suporte jurídico, pois viola regras constitucionais, dentre elas as que se encontram sob o título de "Direitos e Garantias Fundamentais", bem como o próprio Código Tributário Nacional, que prevê, em seu art. 151, que as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo suspendem a exigibilidade do crédito tributário. É entendimento majoritário da doutrina que "impugnação", "manifestação de inconformismo" e "recurso voluntário" são todas espécies dos gêneros "reclamações" e "recursos". Assim, se ao indeferimento do pleito formulado pelo contribuinte comporta impugnação nos termos do art. 91 da Instrução Normativa SRF no 21, de 1997 (saliente-se: ainda em vigor), o mesmo entendimento se estende à compensação, o que significa dizer que a exigibilidade está suspensa nos termos do art. 151 do CTN. Estando suspenso o crédito, incabível se faz qualquer espécie de cobrança, por conta de ainda não haver uma decisão administrativa definitiva, porque ainda está pleiteando o recolhimento de seu crédito, para o qual não se tem decisão definitiva administrativa;

- *nos termos dos arts. 48 a 50 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a decisão deve ser feita no prazo de trinta dias e, ainda, com motivação explícita. No caso o pedido é de 15/12/2001 e o indeferimento se deu em 13/03/2006, não*

restando dúvida, portanto, que seu pedido foi deferido pela inércia da Administração;

• não pode ser ameaçada de cobrança dos débitos compensados, pois estão com a exigibilidade suspensa.

Seguindo a marcha processual normal, a DRJ assim ementou o julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração: 01/01/1995 a 30/04/1999 RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

ICMS. BASE DE CÁLCULO.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins.

Rest/Ress. Indeferido - Comp. não homologada

Inconformada com r. julgado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, requerendo reforma por entender:

a) que o prazo de prescrição é de 10 anos, pois, se trata de lançamento por homologação;

b) que seu pleito é anterior a data da entrada em vigor da LC 118/05;

c) que o ICMS não compõe a base de cálculo do COFINS;

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro LAÉRCIO CRUZ ULIANA JUNIOR

O Recurso Voluntário preenche todos os requisitos e merece ser conhecido.

Inicialmente, compreendeu a DRF e a DRJ compreenderam que a prescrição para pleitear o PER era de 05 (cinco) anos do pagamento, e não da homologação tácita, que tal fundamentação estaria disposto no art. 3º. da LC 118/05.

Contudo, sem mais digressões, é de notório conhecimento que a LC 118/05, inovou em razão da contagem da prescrição, existindo grande debate sobre o termo inicial da aplicação do prazo quinquenal da prescrição ao invés do decimal. Contudo, o assunto encontra-se sumulado com efeito vinculante por este CARF, vejamos:

Súmula CARF nº 91

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

De tal sorte, deve-se afastar a prescrição do presente caso, uma vez, que não decorreu o período de 10 (dez) anos do lançamento, e o pleito sendo anterior a 09/06/05, ressalta-se que nos termos do Art. 75, § 2º, Anexo II, do RICARF, a mencionada súmula encontra-se com efeito vinculante.

Diante disso, prosperar o pleito do Contribuinte de poder questionar o direito ao crédito no prazo de 10 (dez) anos.

Ao mais, o Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, 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 DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ressalta-se que o Pretório Excelso tem aplicado o entendimento em que não é necessário aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração do RE 574706, vejamos:

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 DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018)

Finalmente, essa Turma tem adotado o posicionamento de que deve ser excluído o ICMS da base de Cálculo do PIS/COFINS, vejamos:

Acórdão: 3201-004.124 **Número do Processo:** 10880.674237/2011-88 **Data de Publicação:** 12/09/2018
Contribuinte: RHODIA POLIAMIDA E ESPECIALIDADES SA
Relator(a): LEONARDO VINICIUS TOLEDO DE ANDRADE
Ementa: Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep Data do fato gerador: 14/09/2001 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. 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 exc
Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso. Vencidos os conselheiros Paulo Roberto Duarte Moreira, Marcelo Giovani Vieira e Charles Mayer de Castro Souza, que lhe negavam provimento. (assinado digitalmente) Charles Mayer de Castro Souza - Presidente. (assinado digitalmente) Leonardo Vinicius Toledo de Andr

Diante disso, concluo, o voto é no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para aplicar o prazo decadencial de 10 (dez) anos e reconhecer a exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

LAÉRCIO CRUZ ULIANA JUNIOR – Relator

(assinado digitalmente)

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Giovani Vieira, Redator Designado

A recorrente sustenta que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições não-cumulativas, apresentando jurisprudência a respeito.

A base de cálculo do Pis e da Cofins, nos termos da legislação vigente, é a totalidade das receitas, cf. artigo 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

A Receita Bruta, evidentemente inserida no conceito da base de cálculo referida, é definida pelo art. 12 do Decreto-lei 1.598/77, com a redação então vigente:

Art. 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§1º A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Como se vê, a exclusão dos tributos incidentes somente se faz para encontrar o valor da receita líquida, conforme §1º. Portanto, na Receita Bruta devem ser considerados incluídos os impostos incidentes sobre vendas, **conforme expressa previsão legal**.

O Carf não pode afastar a aplicação da Lei sob considerações de inconstitucionalidade, de acordo com a Súmula 2¹ e artigo 26-A do Decreto 70.235/72²:

¹ Súmula 2:

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

² Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo 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;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

O STJ, no Resp 114469/PR decidiu, no regime de recursos repetitivos, com trânsito em julgado em 13/03/2017, que o ICMS integra as bases de cálculo do Pis e da Cofins. Tal decisão é vinculante para as turmas do Carf, cf. art. 62, §2º, do regimento interno.

O STF decidiu de forma diferente, no RE 574.706, em repercussão geral, porém o processo ainda não é definitivo, não sendo vinculante para os colegiados do Carf, nos termos do §2º do art. 62³ do Ricarf.

Com efeito, é provável que o STF module os efeitos da decisão, conforme petitionado pela União, e previsto na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, Decreto-lei 4.657/42, artigos 21, 23 e 24, alterados pela Lei 13.655/2018:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

*Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.*

(...)

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

A modulação dos efeitos, portanto, deverá ter significativa importâncias nos efeitos práticos da decisão.

³ § 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 nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 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 nº 152, de 2016)

Processo nº 10830.007375/2002-51
Acórdão n.º **3201-004.573**

S3-C2T1
Fl. 296

Desse modo, em observância ao regimento interno, considerando que a decisão do STF não é definitiva, e a do STJ é definitiva, voto por negar provimento ao recurso nesta parte.

(assinatura digital)

Marcelo Giovani Vieira, Redator Designado