



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10830.907251/2012-40
ACÓRDÃO	3102-002.752 – 3ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	COIM BRASIL LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 30/09/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. STF. RE 574.706/MG. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 15/03/2017.

O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma definitiva que o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS. E, em razão da modulação dos efeitos do julgado em sede de Embargos de Declaração, os efeitos da r. decisão só se produzem após 15/03/2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a referida data, como no caso dos autos.

RESSARCIMENTO. RECOLHIMENTO A MAIOR. FALTA DE COMPROVAÇÃO. CRÉDITO NÃO RECONHECIDO. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

Não sendo comprovado, por documentação hábil e idônea, o suposto recolhimento a maior, não é possível o reconhecimento do crédito pleiteado, por não se tratar de crédito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fabio Kirzner Ejchel, Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues, Joana Maria de Oliveira Guimaraes, Luiz Carlos de Barros Pereira, Keli Campos de Lima (substituto[a] integral), Pedro Sousa Bispo (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Karoline Marchiori de Assis.

RELATÓRIO

Por bem narrar os fatos ocorridos, adoto o relatório contido na decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP):

Trata o presente processo de Pedido de Restituição de crédito de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente a pagamento efetuado indevidamente ou ao maior no período de apuração setembro de 2002, no valor de R\$ 91.861,36, transmitido através do PER/Dcomp nº 00298.92323.280907.1.2.04-7825.

A DRF Campinas indeferiu o pedido por meio do despacho decisório eletrônico de fl. 28, emitido em 01/08/2012, já que pagamento indicado no PER/Dcomp teria sido integralmente utilizado para quitar débito do contribuinte.

Cientificado do despacho em 13/08/2012 (fl. 31), o recorrente apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 2/11, em 11/09/2012, para alegar que o montante para o qual pleiteava a restituição teria origem na inclusão indevida do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins.

Defendeu ter direito à restituição, conforme os incisos I e II, art. 165 do Código Tributário Nacional, pois teria apurado incorretamente a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, ao incluir o ICMS como parte da receita bruta.

Argumentou que a planilha apresentada à fl. 27, seria prova suficiente, e que havendo dúvida, a autoridade deveria converter o julgamento em diligência.

Afirmou que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins representaria a incidência de tributo sobre tributo.

Discorreu que não se trataria de contestação sobre a constitucionalidade de dispositivo legal, mas do alcance das normas, pois haveria uma incorreção na interpretação do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o qual não teria deixado claro se estaria autorizada a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Defendeu que o ICMS não representaria receita, de modo que não poderia ser incluído no conceito de faturamento.

Acrescentou que tal discussão estaria sendo abordada no RE nº 240.785/MG, em trâmite no STF, e argumentou que a decisão proferida seria de observância obrigatória pela Administração Tributária. Estando tal julgamento suspenso, o

presente processo deveria ser sobrestado nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regulamento Interno do CARF, para aguardar o deslinde da ação judicial.

Concluiu para requerer o provimento da Manifestação de Inconformidade, para que fosse afastado o despacho decisório e reconhecido o direito à restituição.

É o relatório.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP), por meio do Acórdão nº 14-52.080, de 28 de julho de 2014, decidiu, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, conforme entendimento resumido na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Data do fato gerador: 30/09/2002

BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Contribuição para a Seguridade Social - Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, havendo previsão para sua exclusão somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços na condição de substituto tributário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Inexiste a figura do sobrestamento de processo administrativo. O princípio da oficialidade obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A recorrente Coim Brasil Ltda interpôs Recurso Voluntário, reiterando os argumentos expostos na manifestação de inconformidade.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues**, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e cumpre com os requisitos formais de admissibilidade, devendo, por conseguinte, ser conhecido.

Trata-se de Pedido de Restituição eletrônico, transmitido em 28/09/2007, no qual a recorrente solicitou a devolução de valores recolhidos a maior a título de Cofins no período de apuração de setembro de 2002, em virtude da inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS na base de cálculo da referida contribuição.

Considerando que, à época do julgamento, não havia decisão definitiva sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal, a D. DRJ decidiu julgar improcedente a manifestação de inconformidade, por entender que “[...] o ICMS está incluso na conceito de receita bruta de acordo com o Decreto-lei nº 1.598/1977, pois a exclusão dos impostos incidentes sobre as vendas só é permitida para a receita líquida, de acordo com o § 1º do mesmo artigo”.

Além disto, destacou que “[...] o recorrente não comprovou o montante do ICMS incidente em suas receitas, caso fosse autorizada a exclusão de tal imposto da base de cálculo do PIS e da Cofins. Para tanto, deveria ter apresentado notas fiscais, nas quais estivesse destacado o valor do ICMS. E mais, não tendo juntado tais documentos, precluiu seu direito a fazê-lo em outro momento, por força dos §§ 4º e 5º, do art. 16, do Decreto nº 70.235, de 1972”.

Em seu Recurso Voluntário, a recorrente tece argumentos para defender a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e alega que “[...] comprovou o montante do ICMS incidente em suas receitas, visto que apresentou em sua manifestação de inconformidade planilha demonstrativa com base de cálculo corrigida, ou seja, excluindo o valor do ICMS da receita bruta, confirmando ao final o pagamento realizado a maior. Ainda, solicitou que se entendesse não ser suficiente as provas juntadas que fosse convertido o julgamento em diligência”.

Ressalta que a planilha acostada aos autos, devidamente assinada pelo profissional responsável pela apuração, faz a prova necessária para confirmar o pagamento indevido, pleiteando que, em caso de dúvida com relação às provas, assim como aduzido na manifestação de inconformidade, seja o feito convertido em diligência com a intimação da empresa para apresentar outros elementos que o julgador entender necessários a demonstrar o recolhimento indevido.

É o que passo a apreciar.

O tema foi decidido pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, em sede de Repercussão Geral, no qual foi fixada a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

O acórdão do referido julgamento restou assim ementado:

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): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15-03-2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em face do r. acórdão, a Procuradoria da Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração, os quais foram julgados em 13/05/2021, sendo o acórdão proferido com a seguinte 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 NAO 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.

(RE 574706 ED, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

Por pertinente, reproduzo também a parte dispositiva da r. 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).

Desta forma, restou assentado de maneira definitiva pela Suprema Corte o entendimento de que o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, porém, em razão da modulação dos efeitos do julgado em sede de Embargos de Declaração, os efeitos da r. decisão só se produzem após 15/03/2017 – data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a referida data.

Neste sentido, cito o seguinte precedente deste e. CARF:

COFINS. PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. TERMOS. STF. RE 574.706/MG. O STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, nos termos do decidido no RE 574.706/MG, julgado em 15/03/2017. E, de acordo com a modulação dada a essa decisão no julgamento dos Embargos de Declaração opostos àquele decum, em 13/05/2021, deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, nos processos administrativos protocolados até 15/03/2017, como no caso dos autos.

(Processo nº 10980.921426/2012-16; Acórdão nº 9303-013.466; Relator Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira; sessão de 16/11/2022)

Ressalte-se que, nos termos do §2º do artigo 62 do Regimento Interno do CARF (Anexo II da Portaria MF nº 343/2014), “[a]s 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”.

Neste cenário, considerando que o Pedido de Restituição eletrônico foi transmitido em 28/09/2007 e trata de suposto pagamento efetuado a maior no período de apuração de setembro de 2002, está alcançado pela decisão definitiva do STF.

Ocorre que, quando há o indeferimento do direito creditório e o contribuinte apresenta manifestação de inconformidade, passam a valer as regras do processo administrativo fiscal previstas no Decreto nº 70.235/72, cabendo ao contribuinte o ônus de instruir os autos com documentos hábeis e idôneos que comprovem a liquidez e certeza do crédito pleiteado. Tal conclusão se extrai do previsto no § 11 do art. 74, da Lei nº 9.430/96, abaixo transcrito:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na

compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

[...]

§ 11. **A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972**, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003) (Grifamos)

Do disposto nos artigos 15 e 16, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e **instruída com os documentos em que se fundamentar**, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - **os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir**;

(...)

§ 4º **A prova documental será apresentada na impugnação**, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (...)

(Grifamos)

E do disposto no artigo 170 do Código Tributário Nacional:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com **créditos líquidos e certos**, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. **(Grifamos)**

Conforme se verifica dos autos, a recorrente se limitou a juntar uma planilha denominada *Cálculo com exclusão do ICMS (FL. 27)*, assinada pelo seu contador, o que, por óbvio, não é documentação hábil e suficiente para comprovar o direito creditório pleiteado.

Vejam que, mesmo após o v. acórdão recorrido apontar que a recorrente deveria ter apresentado notas fiscais nas quais estivesse destacado o valor do ICMS, a recorrente apenas reitera, no seu Recurso Voluntário, as argumentações já expostas na manifestação de inconformidade, sem trazer qualquer documento novo.

A prova necessária a ser trazida, neste caso concreto, seria a sua escrituração contábil, juntamente com os documentos que deram suporte aos lançamentos realizados nessa escrita, comprovando a inclusão do ICMS na base calculada da COFINS no período pleiteado.

Se ao menos alguma dessas provas tivesse sido colacionada aos autos, até seria possível cogitar na conversão do julgamento em diligência para confirmar o direito pleiteado, que estaria minimamente demonstrado.

Entretanto, não há qualquer condição de se apurar o indébito alegado com base apenas nos documentos carreados aos autos, sendo impossível apurar a liquidez e certeza do crédito pleiteado única e exclusivamente com base na planilha apresentada, de modo que a diligência não serve para suprir a desídia da recorrente na comprovação do direito pleiteado.

Diante do exposto, voto por rejeitar o pedido de diligência e negar provimento ao Recurso Voluntário.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar o pedido de diligência e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Matheus Schwertner Zicarelli Rodrigues