



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10840.002695/2006-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-009.929 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2022
Recorrente ORTOVEL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/10/2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

O ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, nos termos do quanto decidido pelo STJ no julgamento do RE 574.706/PR.

Superada a preliminar de direito, deve o processo retornar à unidade de origem para prosseguir na análise de mérito, com a apuração do montante a ser restituído.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/10/2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

O ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, nos termos do quanto decidido pelo STJ no julgamento do RE 574.706/PR.

Superada a preliminar de direito, deve o processo retornar à unidade de origem para prosseguir na análise de mérito, com a apuração do montante a ser restituído.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições e o retorno do processo à DRF de origem, para prosseguir na análise do direito creditório.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lázaro Antônio Souza Soares, Cynthia Elena de Campos, Carlos Frederico Schwochow de Miranda, Muller Nonato Cavalcanti Silva (suplente convocado), Anna Dolores Barros de Oliveira Sá Malta (suplente convocada), Pedro Sousa Bispo (Presidente). Ausentes o conselheiro Jorge Luís Cabral e a conselheira Renata da Silveira Bilhim.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o Relatório da DRJ – Ribeirão Preto (DRJ-RPO):

Trata o presente processo de pedido de restituição de créditos da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), que teriam sido recolhidos indevidamente no período entre novembro de 2001 e outubro de 2002, no valor de R\$ 92.217,97, sob a alegação de que a inclusão do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) na base de cálculo das contribuições, recolhidas pelas montadoras por substituição tributária, seria indevido conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

A DRJ/Ribeirão Preto, por meio do despacho decisório de fls. 31/34, indeferiu a solicitação da contribuinte, alegando que a base de cálculo das contribuições sociais é composta por todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica e que o valor do ICMS não está entre as exclusões da base de cálculo previstas em lei.

Cientificada do despacho e inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 40/52, argumentando, em resumo, que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou a base de cálculo das contribuições, seria inconstitucional, pois a lei foi publicada anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que alterou o art. 195 da Constituição Federal, permitindo a ampliação da base de cálculo das contribuições para além do faturamento.

Assim, o ICMS não poderia ser incluído na base de cálculo das contribuições sociais.

Conforme despacho de fl. 56, o presente retornou à DRJ para que se intimasse a contribuinte a regularizar a representatividade do signatário da manifestação de inconformidade.

Após a intimação foram apresentados os documentos de fls. 60 a 72.

A 4ª Turma da DRJ-RPO, em sessão datada de 27/10/2011, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade. Foi exarado o Acórdão nº 14-35.681, às fls. 73/76, com a seguinte Ementa:

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo, a partir de fevereiro de 1999, ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.

O contribuinte, **tendo tomado ciência do Acórdão da DRJ em 07/11/2011** (conforme Aviso de Recebimento - AR, à fl. 79), **apresentou Recurso Voluntário em**

01/12/2011, às fls. 82/95, basicamente reiterando os mesmos argumentos da Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

Como visto no Relatório, trata o presente processo de pedido de restituição de PIS e de Cofins que teriam sido recolhidos indevidamente no período entre 11/2001 e 10/2002, no valor de R\$ 92.217,97, sob a única alegação de que a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo das contribuições, recolhidas pelas montadoras por substituição tributária, seria indevido, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

A decisão recorrida negou provimento à Manifestação de Inconformidade, nos seguintes termos:

Em relação à base de cálculo da Cofins e do PIS, a Lei nº 9.718, de 1998, assim dispõe:

(...)

As exclusões elencadas no dispositivo legal transcrito acima não contemplam a exclusão do ICMS incluído no preço de venda, **apenas há a possibilidade de se excluir da base de cálculo da Cofins o valor relativo ao ICMS nos casos de substituição tributária**, caso em que um contribuinte recolhe o imposto de outra empresa da cadeia produtiva, o que não é o caso da impugnante.

Assim, não há dispositivo legal que permita a exclusão desse imposto da base de cálculo dessas contribuições no caso concreto.

Ressalte-se, ainda, que o faturamento inclui todas as receitas de vendas, e o ICMS faz parte dele, por integrar o preço de venda das mercadorias.

É pertinente registrar também que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmula n.º 68).

(...)

Ademais, atualmente o tema está em julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18, mas não há decisão judicial com efeitos *erga omnes* em sentido contrário ao acima exposto.

Verifico que assiste razão ao Recorrente, que é o substituído tributário. Com efeito, o STF já decidiu, em sede de Repercussão Geral, que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo das contribuições, conforme Recurso Extraordinário 574.706/PR, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017:

EMENTA: 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.

Foram apresentados, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, Embargos de Declaração contra esta decisão, cujo julgamento se deu em 13/05/2021, nos seguintes termos:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. 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 NÃO 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.

Restando definitiva a decisão que exclui o ICMS da base de cálculo das contribuições, conclui-se que o fundamento do Despacho Decisório que negou o pedido de restituição, **em sede de preliminar**, não pode mais subsistir. Nesse contexto, a Unidade Preparadora (DRF – Ribeirão Preto) deve prosseguir na análise do pleito, intimando o

contribuinte, caso entenda necessário, a fornecer os comprovantes de recolhimento das contribuições pelo substituto tributário, bem como os documentos contábeis e fiscais necessários para apurar se o ICMS foi realmente incluído na base de cálculo destas contribuições e qual o montante a ser restituído.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições e o retorno do processo à DRF de origem para prosseguir na análise do direito creditório.

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares