



Processo nº 10855.909977/2009-33
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3201-005.955 – 3^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 23 de outubro de 2019
Recorrente SATURNIA SISTEMAS DE ENERGIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 15/04/2004

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA COFINS.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de cálculo da Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para que a unidade preparadora exclua o ICMS da base de cálculo da Cofins, apurando o valor devido do crédito, e homologue as compensações no limite reconhecido.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovitz Belissário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Hélcio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição de crédito da Cofins, cumulado com a compensação de débitos próprios, com origem em pagamento realizado em 15/04/2004.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, passamos a transcrever o Relatório da decisão de primeira instância administrativa:

Trata-se de Manifestação de Inconformidade interposta em face do Despacho Decisório em que foi apreciada Declaração de Compensação (PER/DCOMP),

por intermédio da qual a contribuinte pretende compensar débitos de sua responsabilidade com crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributo (Cofins, código de arrecadação 5856), concernente ao período de apuração 03/2004.

Por despacho decisório, não foi reconhecido direito creditório a favor da contribuinte e, por conseguinte, não homologada a compensação declarada no presente processo, ao fundamento de que os pagamentos informados foram integralmente utilizados para quitação de débitos da contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Cientificada, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade alegando o seguinte:

"II. DO DIREITO A. PRELIMINARMENTE A. 1. 1^a PRELIMINAR - DO CERCEAMENTO DE DEFESA - FALTA DO CONTRADITÓRIO Dispõe o artigo 5º, LV da Constituição Federal o seguinte: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Ora, no caso em tela, em decorrência de obrigação legal, a Defendente efetuou a sua declaração de crédito e de compensação via PER/DCOMP com base na internet, instrumento ágil e eficiente, que, entretanto, deveria ser apreciado com mais atenção por parte do fisco, o que não aconteceu no caso em tela.

Antes de indeferir de imediato, sem qualquer contraditório, o pedido da Defendente alegando a inexistência de crédito, deveria o fisco intimar a empresa a explicar a origem do crédito, quando então tudo seria provado através de documentos, uma vez que é impossível enviar qualquer informação quando a compensação é feita via internet.

Tivesse a Receita Federal intimado a Defendente certamente ter-se-ia iniciado o contraditório, a Receita Federal saberia exatamente como o crédito nasceu e o direito à ampla defesa ficaria assegurado, o que não ocorreu.

A fim de combater a r. decisão, no mérito, a Defendente apresenta todos os documentos que justificam a origem do crédito e os respectivos fundamentos de ordem jurídica.

Merece assim a preliminar merece ser acatada para julgar nulo o decisório e determinar que os autos retornem à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, a fim de que todos os documentos sejam apreciados e nova decisão seja proferida.

A. 2. 2^a PRELIMINAR - DA SUSPENSÃO DO PRESENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO NOS TERMOS DO ARTIGO 265. IV. "a" DO CPC ATÉ JULGAMENTO DA ADC 18 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL O crédito utilizado pela ora Defendente refere-se ao PIS/COFINS pago indevidamente sobre o ICMS e a matéria já se encontra em fase de julgamento perante o STF, nos autos da ADC 18, que terá efeito "erga omnes", em que inclusive foi concedida liminar objetivando paralisar todos os processos em andamento, nos seguintes termos:

"EMENTA: Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo.

Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstante o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art.

3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamento no Supremo Tribunal Federal".

Vê-se, portanto, que o STF determinou a suspensão de todos os processos, uma vez que se tratando ação direta de constitucionalidade, o resultado do seu julgamento terá efeito "erga omnes".

Assim, requer a ora Defendente que o presente processo também permaneça em suspenso, nos termos do artigo 265, IV, "a" até julgamento final da ADC 18 por parte do STF, quando então a mencionada decisão favorável ou desfavorável será aplicada no caso em tela.

A. 3. 3^a PRELIMINAR - DA UNIÃO DOS PROCESSOS De forma indevida, ou seja, antes que tivesse ocorrido o trânsito em julgado pela via administrativa, a Receita Federal do Brasil em Sorocaba abriu outro Processo Administrativo de número 10855-908.304/2009-66, relacionado com o débito para iniciar de imediato a cobrança, uma vez que até o DARF já foi emitido.

Entretanto, tal procedimento não tem amparo legal, uma vez que não se pode separar o débito em um processo e o crédito em outro, pois o processo administrativo é único e tal procedimento só poderia ser feito após decisão final do processo administrativo.

Tal procedimento além de ilegal, ainda prejudicou a Defendente que foi obrigada a apresentar duas defesas praticamente idênticas, ou seja, uma para o processo relacionado com o débito e outra relacionada com o crédito, havendo necessidade, portanto, que ambos os Processos sejam juntados, a fim de que as decisões sejam proferidas simultaneamente.

B. QUANTO AO MÉRITO Entende a ora Defendente que os autos retornarão à Delegacia de origem, sem apreciação do mérito, a fim de que nova decisão seja proferida, agora com a apreciação dos documentos juntados e que nunca foram pedidos pelo fisco.

Caso, entretanto, os dignos julgadores entenderem de forma diferente, no mérito razão também assiste à Defendente, uma vez que o crédito utilizado é legítimo e por consequência, legítima também é a compensação efetuada, como a seguir exposto:

B.I. O CRÉDITO UTILIZADO PELA DEPENDENTE É LEGÍTIMO. UMA VEZ QUE SE TRATA DO TRIBUTO COFINS/PIS PAGO INDEVIDAMENTE SOBRE O ICMS QUE SE ENCONTRA EM JULGAMENTO PERANTE O STF O Artigo 195, § 45 assim dispõe:

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos

orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154,1."

Por sua vez, o Artigo 154, I da Carta Magna assim dispõe:

"A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no Artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;".

Ora, apesar de todas as fontes de custeio previstas na Constituição Federal, mesmo assim o legislador constituinte ainda deixou um cheque em branco para a União criar a qualquer momento uma nova fonte de custeio, condicionando, entretanto, sua criação, apenas mediante lei complementar, o que não aconteceu no caso em tela, pois a incidência do PIS/COFINS a partir da Carta de 1988 foi introduzida pela Lei ordinária 9.718/99 e sucessivas alterações sempre através de Medidas Provisórias e Leis Ordinárias, havendo assim patente ofensa ao Artigo 195, § 4º, combinado com o Artigo 154, I da Constituição Federal.

B. 2. DOS MOTIVOS PELOS QUAIS O ICMS - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - NÃO FAZ PARTE DO FATURAMENTO.

SOB PENA DE OFENSA DIRETA AO ARTIGO 195.1. ALÍNEA "h" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL O Artigo 195 da Constituição Federal, assim ensina:

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da Unido, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)

b) a receita ou o faturamento."

Muitos debates já ocorreram sobre o que venha a ser o faturamento, mas finalmente o Supremo Tribunal Federal definiu de vez o tema. Senão vejamos.

Os conceitos de receita ou faturamento estão ligados à riqueza própria dos contribuintes, valores que ingressarão nos cofres daqueles que procedem à venda de mercadorias ou à prestação de serviços. O ICMS, sem dúvida alguma, é receita do Erário Estadual, em decorrência da competência tributária estatuída através do Artigo 155, II, da Carta Magna.

Analizando os conceitos jurídicos e não econômicos, contábeis, etc. de faturamento e receita conclui-se que mesmo sendo considerada constitucional a EC 20/98, que supostamente convalidou o previsto na Lei Federal 9.718/98 e

sucessivas alterações, mesmo assim o ICMS haverá de ser excluído da base de cálculo da COFINS e do PIS.

Para que não haja qualquer dúvida sobre o anteriormente exposto a Defendente ressalta que nos autos do Recurso Extraordinário número 240.785, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio, que se encontra em julgamento perante o pleno do Supremo Tribunal Federal, de um total de 11 votos, 6 (seis) já foram proferidos a favor do contribuinte, reconhecendo que ambos tributos não podem incidir sobre o ICMS.

Deve ser esclarecido que também se encontra em julgamento no mesmo STF a ADC 18, sobre o mesmo assunto, onde em sede de cautelar, foi concedida liminar suspendendo os andamentos de todos os processos que discutam a mesma matéria.

Eis a ementa:

"EMENTA: Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo.

Faturamento (art.195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstante o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juizes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2?, inciso I, da Lei 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamento no Supremo Tribunal Federal".

Por tudo que foi acima exposto, fica evidente que o ICMS é receita do Estado e não do contribuinte, pois este aparece como mero repassador dos recursos ao fisco, devendo assim ser excluído da base de cálculo do PIS e COFINS, seja no regime cumulativo ou não cumulativo. Ambas contribuições apenas circulam pelos livros fiscais da Defendente, sem representar, porém acréscimos patrimoniais próprios.

B.3. A FORMA PELO QUAL O CRÉDITO FOI OBTIDO E INDEVIDAMENTE INDEFERIDO PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA

Está equivocada a r. decisão ora recorrida quando alega que o crédito original de R\$ 67.715,23 utilizado pela Defendente não existe. Senão vejamos.

1. Realmente existe um DARF de R\$ 436.872,48 onde fica comprovado que a ora Defendente pagou o tributo em 13/10/2006, (Doc. 02);

2.Ocorre que ao pagar o tributo acima citado a Defendente pagou a COFINS/PIS a maior, ou seja, sobre o ICMS;

3.Assim, com base no DARF acima mencionado a Defendente expurgou o PIS/COFINS pago indevidamente sobre o ICMS, o que foi feito da seguinte forma:

3. a. Lançou como débito o PIS/COFINS sobre o ICMS gerado com as compras e como crédito o mesmo tributo gerado com o ICMS gerado sobre as vendas no mesmo período, nascendo assim o crédito original de R\$ 67.715,23, (Doc. 03);

3. b. Como o crédito de R\$ 67.715,23 nasceu em 13.10.2006, ou seja, data do pagamento e foi utilizado posteriormente, sofreu atualização dos juros pela taxa SELIC no percentual de 1,00%, ou seja, juros de R\$ 677,15, perfazendo o crédito total de R\$ 68.392,38, (Doc. 04);

3. c. Os dados foram extraídos do livro de apuração do ICMS, o que desde já, protesta pela sua posterior juntada aos autos;

Como se constata é legítimo o crédito de R\$ 68.392,38 aproveitado pela Defendente, apurado nos termos dos documentos ora apensados.

Dianete do exposto requer que à presente defesa seja dado provimento, a fim de julgar e reconhecer como legítimo o crédito do PIS/COFINS sobre o ICMS e reconhecer como legítimo o direito da Defendente em efetuar a compensação da forma que efetuada.

III. DOS PEDIDOS Diante do exposto, a ora Defendente requer que a presente defesa seja julgada procedente nos seguintes termos:

1. Que seja acatada a 1º preliminar de cerceamento de defesa, a fim de que os autos retornem à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, a fim de que tanto o crédito como a compensação sejam apreciados com base na documentação ora apensada, documentos que jamais foram apreciadas pelo fisco, iniciando-se assim o contraditório, nos termos do Artigo 5º, LV da Constituição Federal;

2. Que, caso não seja acatado o pedido anterior, seja dado provimento à 2º.

preliminar, determinando que os autos permaneçam em suspenso, nos termos do Artigo 265, IV, "a" do CPC, até julgamento da ADC 18, aplicando-se, posteriormente, no presente Processo, o mesmo entendimento manifestado pelo STF;

3. Que seja acatada também a 3º preliminar, para que o Processo Administrativo de número 10855-908.304/2009-66 relacionado com o débito seja apensado nos presentes autos, a fim de que sejam julgados simultaneamente;

4. Que, caso não sejam acatadas nenhuma das preliminares anteriormente invocadas e o mérito vier a ser apreciado, seja dado provimento à presente defesa, a fim de julgar e reconhecer como legítimo o crédito utilizado do PIS/COFINS sobre o ICMS e reconhecer também como legítimo o direito da Defendente em fazer a compensação da forma que foi efetuada, extinguindo-se as obrigações tributárias;

5. Protesta, ainda, pela posterior juntada aos autos de cópias do livro de apuração do ICMS.

Requer, por fim, sejam todas as intimações efetuadas em nome não só da empresa, mas também de seu Procurador, Dr. AILTON LEME SILVA, OAB/SP 92.599, com escritório à Rua Paulo Lobo, nº 33, Cambuí, Campinas / SP, CEP nº 13.025-210, anotando-se seu nome na capa dos autos.

Nestes Termos Pede deferimento.”

É o relatório.

A 6^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto julgou improcedente a manifestação de inconformidade, proferindo o Acórdão DRJ/RPO n.º 14-41.434, de 22/04/2013 (fls. 81 e ss.), assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA.

Caracterizada hipótese de compensação não declarada prevista no art. 74, § 12, II, “f”, da Lei nº 9.430, de 1996, tem-se por não instaurado o litígio, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), por ausente o objeto do recurso administrativo. Cabe, portanto, o não conhecimento da manifestação de inconformidade.

Manifestação de Inconformidade Não Conhecida

Sem Crédito em Litígio

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 96 e ss., por meio do qual aduz, em síntese, os mesmos argumentos já declinados em sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

A Recorrente apresentou pedido de compensação de crédito da Cofins, oriundo de pagamento realizado em 15/04/2002. A razão pela qual negado foi a de que o suposto crédito fora utilizado para quitar débito da mesma contribuinte.

Interposta manifestação de inconformidade, a DRJ julgou-a improcedente, considerando a compensação não declarada, nos termos do art. 74, § 12, II, “f”, da Lei nº 9.430, de 1996.

Cabe ressaltar, contudo, que a declaração de compensação não foi considerada não declarada pela autoridade competente, como o fez, em sua decisão, a DRJ, mas não homologada, nos termos do Despacho Decisório de fl. 05.

No recurso voluntário, a Recorrente repete as mesmas alegações de defesa, preliminares de nulidade e de mérito, que constaram de sua manifestação de inconformidade.

Deixamos de apreciar as primeiras, porque, como se passa a demonstrar, no mérito, assiste-lhe razão.

É que, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, já firmou o entendimento de que o imposto estadual não compõe a base de cálculo das contribuições, interpretação que ele próprio tem aplicado noutros casos que lá tramitam ou tramitaram:

**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. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe 223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso voluntário, para que a unidade preparadora exclua o ICMS da base de cálculo da Cofins, apurando o valor devido do crédito, e homologue as compensações no limite reconhecido.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza

