



Processo nº 10875.721413/2011-57
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3201-009.086 – 3^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 27 de julho de 2021
Recorrente METALURGICA METALMATIC LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

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

O montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal de observância obrigatória, nos termos do art. 62, §2º do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, no Recurso Extraordinário nº 574.706, devendo a unidade de origem verificar a correção dos valores apresentados pela Recorrente em seus pedidos.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Robson Costa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Helcio Lafeta Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Mara Cristina Sifuentes, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Lara Moura Franco Eduardo (suplente convocado(a)), Laercio Cruz Uliana Junior, Marcio Robson Costa, Paulo Roberto Duarte Moreira (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Arnaldo Diefenthaler Dornelles, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Lara Moura Franco Eduardo.

Relatório

Faço uso do relatório produzido pela Delegacia Regional de Julgamento por ocasião do julgamento da Manifestação de Conformidade, visto que bem retrata os fatos.

Trata o processo de Despacho Decisório emitido pela DRF Guarulhos, SP, DRF/GUA/SEORT nº 328/2011, que indeferiu o pedido de restituição de valores recolhidos a título de Pis/PASEP, em face da inclusão, na base de cálculo da contribuição, de montante relativo ao ICMS, no período de abril de 2006 a fevereiro de 2011 (e-fls 24/8) e não homologou as declarações de compensação formulados por meio do Per/Dcomp apresentada em papel, e-fls 42/3.

Segundo o decisório, a razão do indeferimento é à inexistência do crédito pleiteado, sob o argumento de que: uma vez que a exclusão do ICMS da base de cálculo da Pis/PASEP, cobrado na condição de contribuinte, depende de expressa previsão legal, o que não existe, razão pela qual o imposto (ICMS) apurado não pode ser deduzido. Sendo o faturamento o produto das vendas, e o ICMS imposto calculado por dentro, ele obviamente compõe o preço e, consequentemente, o faturamento.

Cientificada da decisão, a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade, alegando, em síntese:

1- a inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da Cofins sem a exclusão do ICMS da base de cálculo. Diz que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições, por se tratar de mero ingresso de recursos, os quais devem ser repassados ao fisco estadual;

2- que o Supremo Tribunal Federal – STF tem entendido que o valor do ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da Cofins;

3- que é inconstitucional a cobrança da Cofins sobre o ICMS, face à natureza seletiva do tributo estadual, pena de ofensa ao art. 155, § 2º, III da CF;

4- que há ofensa ao artigo 150, III, da CF, ferindo o princípio da isonomia;

5- que é de caráter confiscatório a multa de 50% aplicada sobre as compensações não homologadas.

Por isso, solicita que a decisão recorrida seja reformada, o pedido de restituição deferido e as compensações sejam homologadas. Caso não seja este o entendimento do julgador, que a multa seja reduzida a 2% a ser aplicada ao valor das compensações.

É o relatório.

A manifestação de Inconformidade foi julgada improcedente com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade de dispositivos legais. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial, salvo na hipótese de decisões objetivas do Supremo Tribunal Federal (STF), com efeito erga omnes (súmula vinculante ou julgados em sede de ADI e ADC).

ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRATIVA.

A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores pois não faz parte da legislação tributária de que fala o artigo 96 do Código Tributário Nacional, salvo na hipótese de decisões do STF vinculantes para a administração pública federal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, correspondente à receita bruta da pessoa jurídica, sendo esta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, excetuadas as exclusões previstas em lei, entre as quais não se relaciona o ICMS, exceto para os contribuintes substitutos tributários.

DECISÃO DE ÓRGÃO SUPERIOR. NÃO VINCULAÇÃO. A decisão no RE 240785 não configura precedente obrigatório para a Administração Judicante, afastando-se a aplicação do artigo 26-A, §6º, inciso I, do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformado, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário requerendo a reforma do julgado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Robson Costa, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os pressupostos e requisitos de admissibilidade.

O processo trata de pedido de restituição de valores recolhidos a título de Pis/PASEP com compensação, em face da inclusão, na base de cálculo da contribuição, de montante relativo ao ICMS, no período de abril de 2006 a fevereiro de 2011. O pedido foi negado em razão da disposição legal na qual não consta tal exclusão, em consonância com o entendimento da Receita Federal à época do julgado.

Na decisão de piso, proferida em sessão de julgamento que ocorreu em 07 de abril do ano de 2015, constou a seguinte fundamentação:

A inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins é objeto da **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 18** e do **Recurso Extraordinário (RE) 574706** – com repercussão geral reconhecida. Essas ações sedimentarão a posição do STF e produzirão efeito vinculante para a Fazenda Pública em relação ao tema.

Fundado nas razões de decidir do Acórdão DRJ/FOR nº 08-22.783, de 07/02/2012, desta 4^a Turma (em homenagem à colegialidade), infere-se que os RE 240.785 (aduzido

pelo administrado) não configura precedente de observância obrigatória pela Administração Judicante, pois:

- (a) a decisão foi proferida sem a adoção do procedimento da repercussão geral;
- (b) a ADC 18 e o RE 574706 (sob o procedimento da repercussão geral), ainda em andamento, serão decididos com base na atual composição do STF, sendo que 6 Ministros (Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso) não votaram no RE 240785;
- (c) a decisão no RE 240785 foi proferida colhendo-se os votos de 4 julgadores (Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence) que, atualmente, não são mais Ministros do STF.

Já o entendimento deste colegiado perfilha a tese de que as hipóteses de exclusão da base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep estão taxativamente previstas no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.718, de 1998, e no art. 1º, § 3º, da Lei nº 10.637, de 2002. Não estando o contribuinte enquadrado nas hipóteses ali estipuladas, descabe falar em exclusão do ICMS da base de cálculo dos tributos em tela.

Evidente que a tese defendida pelo julgador da DRJ esta ancorada na estrita legalidade, que não previa de forma expressa a possibilidade de exclusão do ICMS da base do PIS e da COFINS.

Ocorre que na data de hoje o cenário jurisprudencial já se consolidou acerca da matéria de maneira favorável ao contribuinte, tendo ocorrido o julgamento definitivo pela Suprema Corte, do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, fato que vincula as decisões do CARF, nos termos do RICARF¹.

A tese fixada originalmente, em 15/03/2017, foi “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”. Eis a ementa do referido acórdão, da lavra da Min. Carmen Lúcia:

"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, cumpindo-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

¹ 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 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)

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 DJe223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

Nessa esteira, considerando o decidido pela Corte, a Procuradoria Geral da Fazendo editou Parecer, cujos destaques reproduzo abaixo, nos seguintes termos:

EMENTA: Documento Público. Ausência de sigilo. Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Julgamento do Tema nº 69 de Repercussão Geral, com fixação da tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". Julgado cuja produção de efeitos haverá de se dar após 15.3.2017. Tese definida em sentido desfavorável à Fazenda Nacional. Autorização para dispensa de contestar e recorrer e conformação das atividades administrativas com fulcro no art. 19, VI, a, c/c art. 19-A, III, e § 1º da Lei nº 10.522, de 2002. Manifestação que se dá sem prejuízo de posterior observância do fluxo previsto na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01, de 2014, por ocasião da publicação do acórdão. Processo SEI nº 10951.104057/2021-24

(...)

Conclusões e encaminhamentos

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 nº 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.

17. Se aprovada, sugere-se o encaminhamento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, que poderá, também, formular questionamentos - limitados aos termos da ata de julgamento -, sem prejuízo de posterior complementação desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01, de 2014, por ocasião da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração fazendários.

18. Para ciência, sugere-se, também, o encaminhamento à Procuradoria-Geral da Dívida Ativa da União e do FGTS, bem como à Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria e Contencioso Administrativo Tributário. É a manifestação. À consideração superior.

Dentro desse contexto a decisão *a quo* não encontra mais acolhida, sendo de direito a restituição requerida pelo contribuinte, e quanto a análise das provas a DRJ asseverou que não houve a análise, em razão da decisão ser baseada na legislação, conforme destaque abaixo:

Assim, sem que haja previsão legal para a exclusão pleiteada, não resta caracterizado o pagamento indevido ou maior que o devido de contribuição, não havendo como se deferir o pleito. Por esse motivo, voto pela improcedência da manifestação nesse mister.

No que diz respeito às provas apresentadas, esclareça-se que não foram analisadas, dada a não caracterização, nos termos da legislação de regência, de pagamento indevido ou a maior que o devido.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal STF, no Recurso Extraordinário nº 574.706, devendo a unidade de origem verificar a correção dos valores apresentados pela Recorrente em seus pedidos.

É o meu entendimento.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Robson Costa