



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10880.902560/2012-38
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-012.494 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 19 de novembro de 2021
Recorrente DOW BRASIL SUDESTE INDUSTRIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 13/11/2007

ICMS NA BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS

Nos termos do decidido no RESP 574.706, julgado em 15/03/2017, e de acordo com a modulação dada a essa decisão no julgamento dos embargos de declaração oposto aquele *decisum*, em 13/05/2021, deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS dos processos administrativos protocolados até 15/03/2017, caso dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e no mérito, em dar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo contribuinte em face do Acórdão 3302-005.997, o qual restou assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 13/11/2007

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

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

Agravado o despacho inicial que havia negado seguimento ao apelo do contribuinte, foi exarado um segundo despacho complementar, o qual deu seguimento à matéria quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS.

O recurso especial do contribuinte pede, em suma, que se aplique ao caso vertente o decidido pelo STF no REsp 574.706, julgado em repercussão geral, no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em contrarrazões, a Fazenda Nacional requer que o recurso especial do contribuinte seja improvido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire – Relator

Conheço do recurso nos termos em que admitido.

Quanto à exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais PIS e COFINS, deve ser aplicado o RICARF, mais especificamente neste caso, o art. 62, § 1º, II, b.

Ocorre que o STF em julgamento na sistemática da repercussão geral, decidiu, em 15/03/2017, no Recurso Extraordinário 574.706 que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, cuja ementa daquele julgado dispõe:

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.

Contra esse aresto forma interpostos embargos de declaração, que foi julgado recentemente, em 13/05/2021. A decisão nos aclaratórios foi a seguinte:

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).

Dessa forma, tendo sido o presente processo administrativo protocolado (data de envio da PER/DCOMP) antes de 15/03/2017, os efeitos da decisão do STF deve ser aplicada ao mesmo.

Com efeito, no caso vertente deve ser provido o especial do contribuinte para que, nos termos do RICARF, aplicando-se a decisão do STF no REsp 574.706, bem como a modulação de seus efeitos, o ICMS seja excluído da base impositiva do PIS e da COFINS.

DISPOSITIVO

Em face do exposto, conheço do recurso especial do contribuinte e dou-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire