



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.989050/2017-71
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-013.091 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de agosto de 2023
Recorrente C & C CASA E CONSTRUCAO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 15/04/2002

RESTITUIÇÃO. CRÉDITO DECORRENTE DE PAGAMENTO A MAIOR. TEMA RE Nº 574.706.

Fixada a tese pelo STF de que o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições sociais, com repercussão geral reconhecida, seu cumprimento é vinculante aos Conselheiros do CARF por força do art. 62 do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para afastar a motivação de negativa ao crédito, com base no RE nº 574.706, cabendo à unidade de origem fazer os procedimentos necessários em relação à apuração do crédito e reconhecê-lo até o limite pleiteado em PER/DCOMP.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ari Vendramini, Laercio Cruz Uliana Junior, Jose Adão Vitorino de Moraes, Juciléia de Souza Lima, Wagner Mota Momesso de Oliveira (suplente convocado(a)), Sabrina Coutinho Barbosa, Anna Dolores Barros de Oliveira Sa Malta (suplente convocado(a)), Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente).

Relatório

Por bem retratar os fatos que circundam o litígio, adoto o relatório do Acórdão Recorrido, a seguir:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade apresentada em face do indeferimento do pedido de restituição – PER nº 32134.58453.130407.1.2.04-5460 (fls. 63 a 65), de acordo com Despacho Decisório

exarado pela DERAT São Paulo em 02/01/2018 (fls. 67 a 68) e Informações Complementares da Análise do Crédito (fls. 69 a 74).

O referido PER contém demonstração de crédito de Pagamento Indevido ou a Maior, no valor de R\$ 303.182,03, referente a arrecadação de Cofins (código de receita 2172) realizada, por meio de Darf, em 15/04/2002.

Nesse contexto, a DERAT, em análise eletrônica, concluiu que não há direito ao crédito pleiteado, pois para o pagamento informado no PER/DCOMP foi localizado um débito alocado.

O contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade tempestiva (fls. 31 a 50) contendo os argumentos a seguir.

A manifestante afirma que o crédito decorre de recolhimento a maior, em razão da inclusão indevida do ICMS na base de cálculo.

Pontua que, originalmente, foram incluídos nas bases de cálculo das contribuições os montantes cobrados a título do ICMS destacado nas notas fiscais, como se, de fato, o referido imposto estadual tivesse natureza jurídica de faturamento/receita, ou seja, como se integrasse o seu patrimônio.

No entanto, sustenta que o montante arrecadado a título de ICMS não pode integrar a receita bruta, já que configura mero ingresso, eis que não integra ou adere ao patrimônio do contribuinte, apenas transitando por sua contabilidade para, ao final, compor a receita dos Estados.

Nesse sentido, a manifestante menciona decisões judiciais que afastaram a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins, notadamente o RE n.º 574.706, no qual o STF fixou a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Após, a manifestante apresenta entendimento acerca do conceito de receita, concluindo que o ICMS não pode ser assim classificado.

Ademais, cita trechos do julgamento do RE n.º 574.706 e alega que, após a declaração de inconstitucionalidade, a RFB não pode negar direito ao crédito pleiteado. Nessa esteira, entende que o referido julgado deve ser observado, mesmo que ainda esteja pendente a apreciação dos Embargos de Declaração opostos pela União, porque esta medida recursal não tem o objetivo de alterar o mérito da decisão.

Por fim, afirma que a decisão que indeferiu o pedido sobreveio após a decisão da Suprema Corte que reconheceu a manifesta inconstitucionalidade dessa exigência.

Pelo exposto, a manifestante requer a reforma do despacho decisório, para efeito de homologar, integralmente, o crédito pleiteado.

É o relatório. **(grifos nossos)**

Os argumentos foram julgados improcedentes pela DRJ, porque ainda não seria possível aplicar a tese firmada pelo STF no bojo do RE n.º 574.706, até que se desse o seu trânsito em julgado – *Ementa dispensada a teor do Art. 2º da Portaria RFB n.º 2.724, de 27 de setembro de 2017.*

Intimada à Recorrente apresentou Recurso Voluntário para, resumidamente, suplicar a observância pela instância administrativa da decisão transitada em julgado no RE n.º 574.706, com espeque no artigo 26-A, § 6º, inciso I, do Decreto 70.235/72, e do art. 62, inciso I do Regimento Interno do CARF (Portaria MF N.º 343, de 09 de junho de 2015).

É o breve relatório.

Voto

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, Relatora.

O Recurso Administrativo deve ser conhecido, eis que preenchidos os requisitos legais.

Da leitura do relatório, verifica-se que a restituição de R\$ 303.182,03, decorrente de pagamento a maior de COFINS, pago via DARF em 15/04/2002, foi indeferida por ausência do crédito indicado, já que utilizado integralmente para pagamento do débito do período de março.

Negativa mantida pela DRJ, sendo adotado como argumento principal o seguinte:

(...)

A despeito da argumentação trazida pela manifestante, ainda não é possível, em sede de julgamento administrativo, a aplicação da tese firmada pelo STF, pois não há decisão definitiva plenária no RE nº 574.706.

(...)

Diante dessas considerações, para além da imposição legal trazida pela Lei nº 10.522/2002, é razoável que se aguarde o trânsito em julgado da decisão do STF para a aplicação do entendimento firmado na tese.

Dessa forma, ainda prevalece o entendimento do STJ que, no REsp 1144469/PR, decidiu, no regime de recursos repetitivos, com trânsito em julgado em 13/03/2017, que o ICMS integra as bases de cálculo do PIS e da Cofins:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.469 - PR (2009/0112414-2) EMENTA RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. (...) 8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

Dessarte, enquanto não se tornar definitiva a decisão do STF e atendidos os requisitos impostos pela Lei nº 10.522/2002, o tema decidido pelo STF não pode produzir efeitos nas instâncias administrativas.

Conclui-se, assim, que a discussão levada a cabo diz respeito à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais, tema objeto do RE nº 574.706 com repercussão geral reconhecida, tendo o STF fixado a seguinte tese "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*".

O tema dispensa maiores debates, vez que transitado em julgado o referido RE em 09/09/2021, momento em que se tornou vinculante e obrigatória a sua aplicação, inclusive pelos

Conselheiros deste Conselho Administrativo por força do art.62 do RICARF¹, tendo à Receita Federal se manifestado através da Solução de Consulta DISIT/SRFB nº 1.013/2021, quanto aos critérios de apuração:

Assunto: Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. APROPRIAÇÃO EXTEMPORÂNEA. COMPENSAÇÃO. DEDUÇÃO.

Os saldos a maior de créditos da não cumulatividade, apurados após os ajustes decorrentes da exclusão do 'ICMS destacado nas notas fiscais' da base de cálculo da Cofins, e que estejam em conformidade com o disposto no artigo 3º da Lei nº10.833, de 2003, só são passíveis de compensação com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela RFB, relativamente aos valores em que haja previsão na legislação, como no caso de se relacionarem a vendas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência das contribuições, ou estiverem vinculados a operações de exportação dos serviços, por força do art. 5º e do art. 6º, respectivamente, da citada lei, e do art. 16 da Lei nº11.116, de 2005.

Os saldos a maior de créditos da não cumulatividade, apurados após os ajustes decorrentes da exclusão do 'ICMS destacado nas notas fiscais' da base de cálculo da Cofins, e que estejam em conformidade com o disposto no artigo 3º da Lei nº10.833, de 2003, podem ser aproveitados nos meses subsequentes na dedução dos saldos a recolher da referida Contribuição, conforme previsão contida no § 4º do referido artigo.

Os ajustes da base de cálculo da Cofins decorrentes da exclusão do 'ICMS destacado nas notas fiscais' devem observar a modulação temporal constante da decisão do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário nº574.706/PR), onde se estabelece que os efeitos desta exclusão devem se dar apenas a partir de 16.03.2017, ressalvadas as ações judiciais protocoladas até (inclusive) 15.03.2017. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil está vinculada ao referido entendimento em razão do disposto nos arts. 19, VI, "a", e 19-A, III, § 1º, da Lei nº10.522, de 2002, na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº1, de 2014 e no Parecer SEI Nº7698/2021/ME.

SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº355, DE 13 DE JULHO DE 2017 Dispositivos Legais: Lei nº10.833, de 2003, arts. 3º e 6º; Lei nº11.033, de 2004, art. 17; Lei nº11.116, de 2005, art. 16, I; Lei nº10.522, de 2002, arts. 19, VI, "a", e 19-A, III, § 1º; Portaria Conjunta PGFN/RFB nº1, de 2014; Parecer SEI Nº7698/2021/ME, Instrução Normativa RFB nº1.717, de 2017, artigo 2º, I, e artigo 65.

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.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

[omissis]

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

[omissis]

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos 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, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

[omissis]

§ 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)

Assunto: Contribuição Para o PIS/Pasep

NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. APROPRIAÇÃO EXTEMPORÂNEA. COMPENSAÇÃO. DEDUÇÃO.

Os saldos a maior de créditos da não cumulatividade, apurados após os ajustes decorrentes da exclusão do 'ICMS destacado nas notas fiscais' da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, e que estejam em conformidade com o disposto no artigo 3º da Lei nº 10.637, de 2002, só são passíveis de compensação com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela RFB, relativamente aos valores em que haja previsão na legislação, como no caso de se relacionarem a vendas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência das contribuições, ou estiverem vinculados a operações de exportação dos serviços, por força do art. 5º e do art. 6º, respectivamente, da citada lei, e do art. 16 da Lei nº 11.116, de 2005.

Os saldos a maior de créditos da não cumulatividade, apurados após os ajustes decorrentes da exclusão do 'ICMS destacado nas notas fiscais' da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, e que estejam em conformidade com o disposto no artigo 3º da Lei nº 10.637, de 2002, podem ser aproveitados nos meses subsequentes na dedução dos saldos a recolher da referida Contribuição, conforme previsão contida no § 4º do referido artigo.

Os ajustes da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, decorrentes da exclusão do 'ICMS destacado nas notas fiscais' devem observar a modulação temporal constante da decisão do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário nº 574.706/PR), onde se estabelece que os efeitos desta exclusão devem se dar apenas a partir de 16.03.2017, ressalvadas as ações judiciais protocoladas até (inclusive) 15.03.2017. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil está vinculada ao referido entendimento em razão do disposto nos arts. 19, VI, "a", e 19-A, III, § 1º, da Lei nº 10.522, de 2002, na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 2014 e no Parecer SEI Nº 7698/2021/ME.

SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 355, DE 13 DE JULHO DE 2017. Dispositivos Legais: Lei nº 10.637, de 2002, arts. 3º e 5º; Lei nº 11.033, de 2004, art. 17; Lei nº 11.116, de 2005, art. 16, I; Lei nº 10.522, de 2002, arts. 19, VI, "a", e 19-A, III, § 1º; Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 2014; Parecer SEI Nº 7698/2021/ME, Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 2017, artigo 2º, I, e artigo 65.

Ante o exposto, voto por **dar parcial provimento ao Recurso Voluntário**, para afastar a motivação da negativa ao crédito com base no RE nº 574.706. Cabe à Unidade de Origem fazer os procedimentos necessários em relação a apuração do crédito, e reconhecer até o limite pleiteado em PER/DCOMP.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa

