



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10880.996987/2019-65
ACÓRDÃO	3101-003.929 – 3ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	15 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	IBC-INDUSTRIA BRASILEIRA DE CIGARROS LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/04/2019 a 30/06/2019

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES. REGIME CUMULATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

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”. No entanto, resta prejudicado o afastamento do ICMS da base de cálculo do PIS quando o contribuinte não apresenta as notas fiscais ou outros documentos comprobatórios do direito creditório.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDA O PLEITO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos constitutivos de seu direito em pedido de repetição de indébito/ressarcimento, cumulado ou não com declaração de compensação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Renan Gomes Rego – Relator

Assinado Digitalmente

Marcos Roberto da Silva – Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Gilson Macedo Rosenburg Filho, Laura Baptista Borges, Renan Gomes Rego, Luciana Ferreira Braga, Sabrina Coutinho Barbosa, Marcos Roberto da Silva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso Voluntário** interposto contra o **Acórdão de Manifestação de Inconformidade nº 108-000.743**, proferido pela 34ª Turma da DRJ08 na sessão de 24 de agosto de 2020, que julgou improcedente a impugnação, não reconhecendo o direito creditório pleiteado.

Versa o presente processo sobre **pedido de ressarcimento** de crédito de PIS/Pasep, com **Despacho Decisório declarando que o contribuinte não possuía direito ao crédito**, após análise dos arquivos da EFD-Contribuições relativos aos meses do trimestre de apuração.

Em síntese, na **Manifestação de Inconformidade**, a Recorrente explicita o conceito de faturamento a ser considerado como base de cálculo das contribuições para o PIS/Cofins na ótica das Leis nº 9.718, de 1998, nº 10.637, de 2002 e nº 10.833, de 2003, e **alega ser indevida a inclusão nessa base os valores de ICMS/ISS, citando julgamentos do STF**.

Sobreveio **decisão de primeira instância**, com a improcedência da impugnação, cujo Acórdão foi assim exarado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2019 a 30/06/2019

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

As decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em Recurso Extraordinário, sob a sistemática da repercussão geral - caso do RE nº 574.706 que firmou entendimento pela exclusão do valor do ICMS das bases de cálculo da Cofins e do PIS - somente vinculam as unidades da RFB após expressa manifestação da PGFN - Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio de Nota Explicativa, ainda não publicada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/2019 a 30/06/2019

DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões judiciais e administrativas relativas a terceiros não possuem eficácia normativa, uma vez que não integram a legislação tributária de que tratam os artigos 96 e 100 do Código Tributário Nacional.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. VINCULAÇÃO DEPENDENTE DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA.

Os julgados, mesmo quando administrativos, e a doutrina somente vinculam os julgadores administrativos de Primeira Instância nas situações expressamente previstas nas normas legais.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Irresignada, propõe **Recurso Voluntário** de folhas 43 a 47, alegando a **inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/Pasep. Requer ainda a atualização monetária dos valores pagos indevidamente pela taxa Selic.**

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Renan Gomes Rego**, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, de modo que admito seu conhecimento.

Do mérito

Trata-se de pedido de ressarcimento, transmitido em 11/11/2019, sob o número PER nº 31650.65051.111119.1.1.18-6891, para crédito de PIS/Pasep não cumulativo do 2º trimestre de 2019.

A única alegação da Recorrente, seja no recurso inaugural seja no voluntário, é que seu suposto direito de crédito decorreria da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

De fato, este E. Conselho Administrativo vem reconhecendo a exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis e da COFINS e aplicando o decidido em definitivo pelo STF no RE 574.706/PR, em sede do Tema 69 de repercussão geral. Referida decisão possui a seguinte 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. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No entanto, se olharmos o voto proferido no acórdão recorrido, entendo correto a decisão do julgador *a quo* que indeferiu o pleito. Senão, vejamos:

Cumpre informar que a Contribuinte é fabricante de cigarros, contribuintes esses sujeitos à substituição tributária das contribuições para o PIS e a Cofins, pelo estão eles fora da possibilidade de apuração daquelas contribuições pelo regime não cumulativo, nos termos do art. 8, VII, “b”, da Lei nº 10.637, de 2002, e do art. 10, VII, “b”, da Lei nº 10.833, de 2003.

Assim, sujeita que é ao regime cumulativo, não há que se cogitar de pedido de ressarcimento de PIS/Cofins, pois este se limita aos eventuais créditos das contribuições apuradas pelo regime não cumulativo.

Diga-se, ademais, que da leitura da manifestação de inconformidade, evidencia-se que o fundamento de seu suposto direito de crédito decorreria da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições. Tal matéria, como se sabe, foi apreciada pelo STF em sede de repercussão geral, conforme definido no art. 543-B da Lei nº 5.869, de 1973, restando definido que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

Não obstante, essa decisão ainda não é vinculante a esta autoridade julgadora, porquanto não emitido o ato da PGFN para tal finalidade, conforme previsto no art. 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 2014, que disciplina os artigos 19 e 19-A da Lei nº 10.522, de 2002, como acima já explicado exaustivamente.

De toda forma, referida tese respaldaria suposto direito de crédito a ser pleiteado exclusivamente via pedido de restituição decorrente de pagamento havido por indevido ou a maior que o devido. Note-se que o pedido da Interessada não se refere à restituição, mas sim de ressarcimento.

Não obstante todo o exposto, mais uma razão pela improcedência do pedido merece ser considerada. Não existe no processo documento comprobatório que a Interessada seja contribuinte de ICMS ou que tenha feito recolhimento deste imposto, além de não ter juntado nenhum documento que permita quantificar os valores recolhidos a título de ICMS pela Contribuinte, se tenha ocorrido.

Em acréscimo, deve-se apontar que a dialética das provas exige que o contribuinte apresente, e comprove, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de crédito do Fisco constante do ato administrativo e, no caso, devidamente corroborado por provas. Tal exegese, no sentido da exigência de comprovação dos fatos alegados pelas partes constantes do processo administrativo tributário, consta do Decreto nº 70.235 em especial dos artigos 9º e 15.

Tal comprovação é ônus do Recorrente, não cabendo à Administração Tributária tal encargo. Não seria possível ao Fisco conhecer quais os valores efetivamente recolhidos pelo Manifestante a título de ICMS.

Frise-se que no processo administrativo fiscal instaurado pelo recurso, a Contribuinte deve comprovar suas alegações. Observa-se no presente caso, que a Recorrente não o fez. Não se pode considerar o abatimento pleiteado, também, por falta de comprovação.

As demais alegações da interessada que se referem ao direito de compensação e de aplicação de juros Selic ao crédito não instauram litígio nos presentes autos. Isto porque vão ao encontro das disposições legais estabelecidas, e, ainda, tais disposições não foram aqui transgredidas, uma vez que não foi obstado o direito de compensação e tampouco negada a aplicação da Taxa Selic, à vista do indeferimento total do valor pleiteado.

Por todo o exposto, VOTO pela improcedência da manifestação de inconformidade.

Percebe-se, portanto, que o indeferimento ocorreu porque: **i)** a Recorrente é submetida ao regime cumulativo das Contribuições, sendo que o pedido é de ressarcimento de créditos das contribuições do regime não cumulativo; **ii)** o ICMS pode ser excluído da base de cálculo das contribuições submetidas ao regime não cumulativo, e não ao regime cumulativo e **iii)** a completa carência probatória do direito creditório.

Destaca-se ainda que, em Voluntário, a Recorrente não apresenta alegações sobre esses pontos, manifestando apenas sobre a referida decisão do STF e a atualização monetária dos créditos. O que determina, assim, a manutenção do *decisum* da primeira instância administrativa.

Diante do exposto, voto por **negar provimento** ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Renan Gomes Rego