



Processo nº 10980.723528/2013-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3401-010.200 – 3^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 23 de novembro de 2021
Recorrente SUPERMERCADO VILAGGE PAULISTA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/08/2012 a 31/10/2012

BASE DE CÁLCULO DO COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS PRÓPRIO.

Consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 574.706/PR, afetado à repercussão geral, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

TRIBUNAIS SUPERIORES. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE REPRODUÇÃO DAS DECISÕES PELO CARF.

Nos termos do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" e §2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, os membros do Conselho devem observar as decisões definitivas 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carolina Machado Freire Martins – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luis Felipe de Barros Reche, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Gustavo Garcia Dias dos Santos, Fernanda Vieira Kotzias, Mauricio Pompeo da Silva, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Ronaldo Souza Dias (Presidente).

Relatório

Cuidam os autos de Pedido de Restituição de COFINS, apresentado via formulário, no valor de R\$ 24.640,83, em razão de recolhimento considerado indevido, no período de 01/08/2012 a 31/10/2012, ao argumento de que inexiste no ordenamento jurídico qualquer norma que autorize a cobrança de COFINS sobre a obrigação fiscal estadual ICMS (e-fls. 2/10). Utilizando a totalidade do crédito, foi apresentada a Declaração de Compensação 05862.51151.210513.1.3.04-8900 (e-fls. 26/31).

O Pedido de Restituição foi indeferido conforme Despacho Decisório de e-fls. 43/49, pela ausência de previsão legal no tocante à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Na sequência, não restou homologada a compensação a ele conexa.

Ademais, foi lavrado Auto de Infração para aplicação da penalidade prevista no § 17, art. 74, da Lei n.º 9.430/96, incluído pelo art. 62 da Lei n.º 12.249/2010, qual seja, multa isolada de 50% sobre o valor do crédito utilizado na compensação não homologada (PAF n.º 10980.725736/2013-84).

Intimado, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, defendendo a pertinência do direito creditório e, subsidiariamente, pugnando pela suspensão da exigibilidade dos débitos cuja compensação não se homologou (e-fls. 55/69).

Paralelamente, o contribuinte apresentou Impugnação alegando i) a ilegalidade e inconstitucionalidade das multas instituídas pelos §§ 15 17, art. 74 da lei 9.430/96; ii) a violação ao Direito de Petição; iii) a violação ao Princípio da Proporcionalidade; iv) inexistência de ilícito a ser penalizado e v) suspensão da exigibilidade da multa isolada cobrada e a determinação que o Auto de Infração seja apensado ao processo que lhe dá origem (e-fls. 182/193).

Em razão da tramitação unificada naquele momento, a 5^a turma da DRJ/RPO, julgou a Manifestação de Inconformidade e também apreciou a Impugnação. A ementa do julgado foi consignada nos seguintes termos (e-fls. 216/223):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2012 a 31/10/2012

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO. AUSÊNCIA DE DEFINITIVIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. INDEFERIMENTO.

Uma vez que nas matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos nos quais foi admitida a repercussão geral, as unidades da RFB devem reproduzir administrativamente o entendimento adotado apenas quando se tratar de decisões definitivas de mérito e somente após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por meio de por meio de Nota Explicativa, que delimitará as situações a serem abrangidas pela decisão e, existindo pedido de modulação de efeitos, detalhará o momento em que a nova interpretação

jurídica prevaleceu e o tratamento a ser dado aos lançamentos já efetuados. Deve-se, enquanto ausentes tanto a definitividade quanto a manifestação expressa da PGFN, indeferir o pedido.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 21/05/2013

MULTA ISOLADA. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA.

Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada (art. 74, § 17, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015).

MULTA ISOLADA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. VIOLAÇÃO. COMPETÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO.

Não cabe a discussão sobre a constitucionalidade de normas legais no âmbito do contencioso administrativo, uma vez que o julgador administrativo encontra-se vinculado à aplicação das normas vigentes no ordenamento jurídico.

Irresignado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário requerendo, em síntese, i) a modificação do julgado de Primeira Instância, fazendo prevalecer o entendimento já consolidado pelo STF no *leading case* nº 574.506, reconhecendo-se que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS/COFINS e ii) reconhecimento do crédito, afastando-se as multas aplicadas em razão da não homologação da compensação.

Posteriormente, o contribuinte apresentou nova petição em 24 de junho de 2021, destacando o encerramento do julgamento do *RE* 575.706 pelo STF, de modo que nos termos do § 1º, II, 'b' e 'c' e § 2º do artigo 62 do Regimento Interno do CARF, a decisão, bem como as orientações do Parecer SEI nº 7698/2021/ME, devem ser aplicadas imediatamente ao caso dos autos (e-fls. 238/250).

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Machado Freire Martins, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

O julgamento segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF 343, de 9 de junho de 2015, sendo definido como paradigma.

Não havendo arguição de preliminares, passo à análise do mérito.

O cerne da controvérsia dos autos desdobra-se no reconhecimento de direito de crédito decorrente da exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Depreende-se do acórdão recorrido que à época do julgamento, em que pese tratar-se de questão recorrente nos tribunais, não havia sido resolvida, de modo que por não ser definitiva, ausente ainda expressa manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sobre o caso, não seria possível adotar de imediato a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, contudo, não há dúvida sobre o caráter definitivo e produção de efeitos, também na esfera administrativa, da decisão do STF que reconheceu a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob a sistemática da Repercussão Geral.

Assim, desde o trânsito em julgado, em 13 de maio de 2021, encontra-se mais do que pacificada possibilidade de exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo para incidência do PIS/Cofins, tendo em vista que o valor relativo ao imposto estadual não se inclui na definição de faturamento, não se sujeitando à incidência das contribuições.

Ademais, conforme destacado pela i. Conselheira Érika Costa Camargos Autran, Relatora no julgamento que culminou no Acórdão nº 9303-011.834, verifica-se a manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer SEI Nº 7698/2021/ME, cujo excerto é abaixo reproduzido:

(...) A partir do resultado dos embargos de declaração, e constatada a pacificação das referidas questões jurídicas sob o regime da repercussão geral (art. 1.036 e seguintes do CPC), é de se aplicar o disposto no art. 19, VI, a da Lei nº 10.522, de 2002, cabendo à PGFN, em face desse cenário, já nesta primeira oportunidade, informar as orientações inequívocas que já podem ser extraídas do julgado, para que seja, doravante, adequadamente refletida em todos os procedimentos pertinentes pela Administração Tributária federal, sem prejuízo de esclarecimentos complementares por ocasião da publicação do acórdão

13. Diante disso, indispensável, ante os valores sopesados por ocasião da análise da modulação de efeitos, que todos os procedimentos, rotinas e normativos relativos à cobrança do PIS e da COFINS a partir do dia 16 de março de 2017 sejam ajustados, em relação a todos os contribuintes, considerando a constitucionalidade da inclusão do ICMS destacado em notas fiscais na base de cálculo dos referidos tributos.

Finalmente, também no que diz respeito ao presente Recurso Voluntário, a alegação de recolhimento indevido foi amparada por decisão do STF, afetada por repercussão geral, que por força regimental vincula este Conselho, conforme o art. 62, §2º do RICARF. Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência:

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

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/08/2007

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706/PR. TEMA 69.

O julgamento do RE 574.706/PR (tema 69) determinou que os valores relativos ao ICMS destacado em nota fiscal não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins. Decisão vinculante por força do art. 62 do Anexo II do RICARF.

**PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO E RESSARCIMENTO.
NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO
CREDITÓRIO. ART. 170 DO CTN.**

A Lei autoriza a restituição/ressarcimento/compensação de créditos tributários com liquidez e certeza pela via do sistema PER/DCOMP cujo o ônus da prova incumbe a quem do direito se aproveita. Deve ser reconhecido o direito creditório na existência de elementos probatórios que cumpram os requisitos legais. (Acórdão nº 3003-001.892)

Por derradeiro, tratando-se de apuração de crédito tributário, compete à unidade de origem da RFB proceder a análise da documentação dos autos e aferir o valor do direito creditório pertencente à Recorrente.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário reconhecendo o direito creditório pleiteado para que seja homologado até o limite da sua extensão, consoante critérios de cálculo estabelecidos no RE n. 574.706.

(documento assinado digitalmente)

Carolina Machado Freire Martins