



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.910736/2012-05
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-013.405 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 16 de novembro de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TICCOLOR VÍDEO FOTO SOM LTDA

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

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/10/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE.
TERMOS. STF. RE 574.706/MG.

O STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, nos termos do decidido no RE 574.706/MG, julgado em 15/03/2017. E, de acordo com a modulação dada a essa decisão no julgamento dos Embargos de Declaração opostos àquele *decisum*, em 13/05/2021, deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, nos processos administrativos protocolados até 15/03/2017, como no caso dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, no mérito, em negar-lhe provimento, aplicando-se ao caso o decidido em definitivo pelo STF no RE nº 574.706/MG, inclusive no que se refere à modulação de efeitos, excluindo-se o ICMS destacado nas notas fiscais da base impositiva da contribuição.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Tatiana Midori Migiyama, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen, Vinicius Guimaraes, Erika Costa Camargos Autran, Liziane Angelotti Meira, Vanessa Marini Cecconello, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional, contra a decisão de Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de julgamento do CARF, que deu parcial provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

Da breve síntese do processo

O processo versa sobre **Pedido de Restituição** (PER), constante de PER/DCOMP transmitido eletronicamente. Nos termos de **Despacho Decisório** (eletrônico), a Contribuinte pleiteou a restituição que corresponde a pagamento de contribuição. Segundo o Despacho Decisório, a restituição foi indeferida porque o pagamento indicado para dar suporte ao pleito encontrava-se totalmente alocado a débito da contribuição do período de apuração correspondente.

Cientificado do Despacho Decisório, o contribuinte apresentou **Manifestação de Inconformidade**, em que, após relatar os fatos e discorrer sobre a legislação, concluiu que não há autorização para incluir na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS “(...) o valor pago a título de ICMS, visto que tal valor constitui ônus fiscal e não faturamento”. Afirma que o ICMS não é receita da empresa e pede o reconhecimento do direito à restituição pleiteada.

A Manifestação de Inconformidade foi apreciada pela **DRJ**, que a julgou **improcedente**, mantendo os termos do Despacho Decisório. Ressaltou-se que, apesar de já haver decisão judicial remetendo à aludida questão (exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições) para ser analisada pelo STF nos termos do previsto no art. 543-B do CPC, ainda não havia um posicionamento definitivo por parte da Suprema Corte a respeito, não sendo possível estender qualquer entendimento a julgamentos administrativos.

Cientificado da decisão de 1ª Instância, o Contribuinte apresentou o **Recurso Voluntário**, repisando os argumentos inaugurais de defesa, juntando: a) memória de cálculo de apuração da contribuição; b) comprovante do recolhimento da contribuição; e c) balancete contábil, entendendo comprovada a existência de créditos no período correspondente ao PER/DCOMP apresentado, oriundos da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição.

Os autos, então, vieram ao CARF para julgamento do Recurso Voluntário, o que resultou no parcial provimento ao recurso, para aplicar ao caso (independente do trânsito em julgado) o decidido no RE nº 574.706/MG (DJ 02/10/2017), no qual o STF fixou a tese de que o “...ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, com reconhecida repercussão geral. Ao final, ressaltou o voto vencedor que “...não fora exigido do contribuinte a comprovação na sua escrituração contábil do direito creditório alegado, restringindo-se o Despacho Decisório à matéria de direito”, e que, por “...consequente, cabe ao contribuinte a comportar à unidade de origem a liquidez e certeza do direito creditório defendido”.

Da matéria submetida à CSRF

A **Fazenda Nacional** apresentou **Recurso Especial**, apontando divergência com relação à seguinte matéria: “**exclusão do valor do ICMS a recolher da base de cálculo das Contribuições Sociais**”. A fim de demonstrar o necessário dissídio jurisprudencial foi indicado, como paradigma único, o Acórdão de nº 9303-008.945.

Alega-se, em sede recursal, que o acórdão recorrido defendeu que o valor mensal do ICMS a recolher, conforme Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018 (que interpreta o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal), pode ser excluído da base de cálculo da contribuição. E que, por outro lado, o paradigma colacionado afasta qualquer pretensão vinculante da decisão do STF no RE citado, por não ter ocorrido trânsito em julgado formal, em função de se estar aguardando apreciação de Embargos de Declaração.

Assim, cotejando os arestos, no Exame de Admissibilidade vislumbrou-se que há, entre eles, a similitude fática mínima para que se possa estabelecer uma base de comparação para fins de dedução da divergência, uma vez que o dissídio interpretativo emerge quando se constata que, enquanto a decisão recorrida deferiu a exclusão do valor do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição, o paradigma entendeu haver vinculação do CARF ao decidido em sede de recurso repetitivo pelo STJ, e afastou a possibilidade de tal exclusão.

Desta forma, com fundamento em Despacho de Exame de Admissibilidade do Recurso Especial - 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara, exarado pelo Presidente da 3ª Câmara da 3ª Seção do CARF, **deu-se seguimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

A contribuinte foi intimada do Acórdão de Recurso Voluntário e do Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial da Fazenda Nacional e apresentou suas **contrarrrazões**, requerendo que o recurso não fosse admitido, pois a divergência apontada contrariaria decisão proferida pelo STF em sede de repercussão geral e, portanto, não serviria como paradigma. Outrossim, caso este não fosse o entendimento, no mérito, requereu a negativa de provimento ao Recurso Especial interposto, com a consequente manutenção do Acórdão recorrido.

Em 28/07/2022, o processo foi distribuído, mediante sorteio, para relatoria e submissão ao Colegiado da análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Relator.

Do Conhecimento

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, conforme consta do Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial, 3ª Seção de julgamento / 3ª Câmara, exarado pelo Presidente da 3ª Câmara da 3ª Seção/CARF. Contudo, em face dos argumentos apresentados pela Contribuinte em sede de contrarrrazões, requerendo que seja negado seguimento, entendo ser necessária uma análise dos demais requisitos de admissibilidade

referentes à matéria provida. Isto porque se alega em contrarrazões que “(...) a *única divergência apontada pela recorrente contraria decisão proferida pelo STF em sede de repercussão geral e, portanto, não serve como paradigma*”, nos termos do art. 67, § 12, inciso II, do RICARF.

No Despacho de Admissibilidade de **02/01/2020**, foi dado seguimento ao recurso quanto à matéria: “exclusão do valor do ICMS a recolher da base de cálculo das Contribuições Sociais”. O **paradigma** indicado foi o Acórdão de nº 9303-008.945, de 17/07/2019, assim ementado:

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE VENDAS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. A parcela relativa ao ICMS, devido sobre operações de venda na condição de contribuinte, inclui-se na base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e da Cofins. (Acórdão 9303-008.945, Rel. Cons. Luiz Eduardo de Oliveira Santos, qualidade, vencidos os Cons. Tatiana Midori Migiyama, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que votaram por dar provimento ao recurso, sessão de 17/07/2019 - presentes ainda os Cons. Andrada Márcio Canuto Natal, Jorge Olmiro Lock Freire e Rodrigo da Costa Pôssas) (grifo nosso)

Nessa decisão, o Colegiado afastou qualquer pretensão vinculante da decisão do STF no RE nº 574.706/MG, por não ter ocorrido trânsito em julgado formal, haja vista estar-se ainda aguardando apreciação de Embargos de Declaração, entendendo haver vinculação do CARF ao decidido em sede de recurso repetitivo pelo STJ, que afastaria a possibilidade de tal exclusão.

O paradigma (Acórdão nº 9303-008.945), portanto, não **contraria decisão definitiva proferida pelo STF** no Recurso Extraordinário nº 574.706 (**Tema 69** de Repercussão Geral), como alega o Contribuinte, uma vez que a referida decisão foi objeto de Embargos de Declaração opostos pela União, julgados em 13/05/2021, com resultado publicado somente em 12/08/2021. Neste sentido, cabível destacar o disposto no art. 67, § 12, inciso II do RICARF:

Art. 67. (...)

§ 12. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar:

(...) II - 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; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Como informado, a data do Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial foi **02/01/2020**, o que antecede a decisão definitiva do STF (que é de 2021).

Pelo exposto, cabe o **conhecimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional**.

Do Mérito

No presente caso, a controvérsia resume-se à exclusão (ou não) do valor do ICMS a recolher da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

A matéria foi decidida pelo acórdão recorrido no sentido de aplicação do RE nº 574.706/MG, independente de seu trânsito em julgado, o que culmina na exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições. Por seu turno, a Fazenda Nacional almeja a reforma do acórdão recorrido, sob a alegação de que a tese firmada pelo STF não poderia embasar a decisão recorrida, pois, à época da interposição do Recurso Extraordinário restava pendente de julgamento os Embargos de declaração opostos pela União em face da referida decisão proferida.

De fato, a decisão do STF, no RE nº 574.706/MG, foi objeto de Embargos de Declaração opostos pela União, e, em 13/05/2021, a Suprema Corte brasileira apreciou tais aclaratórios, em julgado assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. **AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.** MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 - DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS”-, RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. **(RE 574706 ED, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021, Processo Eletrônico DJe-160, Divulg. 10-08-2021, Public. 12/08/2021) (grifo nosso)**

A decisão do STF nos embargos teve a seguinte parte dispositiva:

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).” *(grifo nosso)*

Em 24/05/2021, foi publicada a Ata nº 14, de 13/05/2021 (DJE nº 98), divulgada em 21/05/2021, dando publicidade ao decidido. Posteriormente, foi publicado o Parecer SEI

7.698, de 2021, aprovado pelo despacho PGFN/ME nº 246 em 26/05/2021 que, por sua vez, ratificou o decidido pelo STF. Confira-se excerto:

1. Considerando o recente julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos embargos de declaração opostos contra o acórdão do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (tema nº 69 de repercussão), a Coordenação-Geral da Representação Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CRJ) (...).

11. Em suma, portanto, dois foram os principais comandos do julgamento realizado (...).

a) 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 requerimentos administrativos protocoladas até (inclusive) 15.03.2017** e b) o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS **é o destacado nas notas fiscais**.

(...) 14. Essa orientação é relevante para que a Secretaria Especial da Receita Federal passe a observar, quanto ao tema, o teor art. 19-A, III e § 1º da Lei nº 10.522/2002, **de maneira que não mais sejam constituídos créditos tributários em contrariedade à referida determinação do Supremo Tribunal Federal**, bem como que sejam adotadas as orientações da Suprema Corte para fins de revisão de ofício de lançamento e repetição de indébito no âmbito administrativo.

15. Essa medida visa a reforçar o absoluto compromisso da Administração Tributária com a Constituição Federal e com o Estado Democrático de Direito e garante máxima efetividade ao comando da Suprema Corte, de sorte que, independentemente de ajuizamento de demandas judiciais, a todo e qualquer contribuinte seja garantido o direito de reaver, na seara administrativa, valores que foram recolhidos indevidamente. (*grifo nosso*).

Portanto, restou assentado de maneira definitiva pela Suprema Corte o entendimento de que o ICMS destacado nas Notas Fiscais não compõe a base de cálculo para fins de incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, sendo que **os efeitos da decisão se estendem a todas as ações administrativas protocoladas antes de 15/03/2017** - como é o caso dos presentes autos, em que, apesar de o PER/DCOMP ter sido transmitido em 12/11/2007, o processo administrativo foi protocolado em 15/08/2014.

Com efeito, no caso vertente deve ser negado provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional para que, nos termos do art. 62 do RICARF, aplicando-se a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 574.706/MG, bem como a modulação de seus efeitos, o ICMS (destacado nas notas fiscais) seja excluído da base impositiva da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS.

É nesse sentido o posicionamento unânime desta Câmara Superior, após a apreciação dos embargos no RENº 574.706/MG:

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 decurso, 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. (**Acórdão 9303-012.494**, Rel. Cons. Jorge Olmiro Lock Freire, unânime, sessão de 19/11/2021) (Presentes ainda os Cons. Rodrigo da Costa Pôssas, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello).

Portanto, propõe-se, em endosso ao posicionamento que vem externando a CSRF sobre o tema, a **negativa de provimento do RE**, aplicando-se ao caso o decidido em definitivo

pelo STF no RE nº 574.706/MG, inclusive no que se refere à modulação de efeitos, excluindo-se o ICMS destacado nas notas fiscais da base imponible da contribuição.

Conclusão

Diante do exposto, voto por **conhecer** e, no mérito, **negar provimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, aplicando-se ao caso o decidido em definitivo pelo STF no RE nº 574.706/MG, inclusive no que se refere à modulação de efeitos, excluindo-se o ICMS destacado nas notas fiscais da base imponible da contribuição.

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan