



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10980.920391/2012-90
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3302-000.989 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 27 de março de 2019
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FAMIGLIA ZANLORENZI S/A (SUCESSORA DE VINÍCOLA CAPO LARGO S/A)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência para que a unidade administrativa de origem verifique a autenticidade dos documentos acostados aos autos no momento de interposição do recurso voluntário, analise a existência do indébito tributário pleiteado e, caso exista, se foi utilizado em outro pedido de restituição ou de compensação.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), Gilson Macedo Rosenberg Filho, Walker Araújo, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Muller Nonato Cavalcanti Silva (Suplente Convocado) e Corintho Oliveira Machado.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Restituição enviado pela contribuinte que restou indeferido pela unidade de origem da RFB, em razão da inexistência do crédito pleiteado.

Cientificada, a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade, tecendo comentários acerca da legislação de regência do PIS e da Cofins, sobre o conceito de receita, faturamento e renda, e enfatizando que o ICMS está embutido no preço das mercadorias, integrando a base de cálculo do imposto o próprio imposto e por isso constitui ônus fiscal e não

faturamento. Sendo assim, não se pode aceitar a incidência do PIS e da Cofins sobre outro imposto, no caso o ICMS, o que torna-se alheio ao que deve ser o faturamento.

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente pelo colegiado *a quo*.

Irresignado com a decisão da primeira instância administrativa, o recorrente interpôs recurso voluntário ao CARF, no qual argumenta que:

a) Pela leitura da *ratio decidendi* do acórdão recorrido, o direito creditório não foi reconhecido, por inexistir pronunciamento definitivo da PGFN sobre a matéria que autorize as DRJ's a aplicarem entendimento já consolidado pelo Poder Judiciário. Todavia, em sede de recurso voluntário, é imprescindível assinalar a determinação expressa do artigo 62, §1º, II, 'b' e do § 2º do Regimento Interno do CARF, prevê a possibilidade de ser afastada lei sob o fundamento de inconstitucionalidade por turmas daquele Órgão, desde que a matéria tenha sido tratada de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal. Foi o que ocorreu no julgamento do RE nº 574.576, onde ficou decidido que o ICMS não integra a base de cálculo para incidência da contribuições ao PIS e à Cofins;

b) Diante do princípio da verdade material, requer a juntada dos documentos que comprovarão a existência de créditos no período correspondente a PER/Dcomp apresentada, oriunda da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

É o breve relatório.

VOTO

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède, Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido na Resolução **3302-000.967**, de 27 de março de 2019, proferido no julgamento do processo 10980.920372/2012-63, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcrevem-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, os entendimentos que prevaleceram naquela decisão (Resolução **3302-000.967**):

"O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise do mérito.

ICMS na Base de Cálculo das Contribuições.

Conforme relatado, a matéria posta em debate cinge-se ao cabimento da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins.

A discussão se encontra superada no âmbito do CARF, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão acerca desta matéria, em sede de recurso com repercussão geral reconhecida, na sistemática prevista no art. 1.036 da Lei nº 13.105/2015.

Importante ressaltar que a decisão ainda não transitou em julgado, pois está pendente a análise de embargos opostos para decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída. Contudo, a decisão proferida pela Suprema Corte se tornou definitiva quanto ao direito do contribuinte de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

No RE nº 574706 - Tema 069 - ficou consignado que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

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 DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

Para fins de clarear a posição da RFB sobre o tema, trago à baila a Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA CONTRIBUIÇÃO.**

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de calculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

- a) o montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;
- b) considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de calculo mensal da contribuição;
- c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de calculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;
- d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e
- e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.715, de 1998, art. 2o; Lei no 9.718, de 1998, arts. 2o e 3o; Lei no 10.637, de 2002, arts. 1o, 2o e 8o; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO
DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS****EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA
CONTRIBUIÇÃO.**

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de calculo da Cofins, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

- a) o montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;
- b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de calculo mensal, conforme o Código de Situação tributaria (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de calculo mensal da contribuição;
- c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de calculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;
- d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e
- e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com transito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.718, de 1998, arts. 2o e 3o; Lei no 10.833, de 2003, arts. 1o, 2o e 10; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

Diante da obrigação de observar decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática prevista no art. 1.036 da Lei nº 13.105/2015, me curvo ao entendimento de que o ICMS recolhido deve ser excluído da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Provas do Indébito Tributário.

A instância a quo, utilizou, também, como razão de decidir a falta de provas do direito creditório, de acordo com trecho do voto condutor do acórdão recorrido, verbis:

Não bastasse isso, é oportuno observar que não há nos autos prova do direito afirmado. Em outros termos, não basta indicar os argumentos jurídicos que seriam o fundamento legal do pagamento indevido, mas deve a interessada, adicionalmente, demonstrar contabilmente que o valor pleiteado corresponde ao valor da contribuição que foi paga sobre o ICMS que teria feito parte de sua base de cálculo.

Isso porque, o direito deve ser demonstrado em documentos fiscais e contábeis. Por isso, ainda que houvesse a manifestação da Procuradoria acerca de julgado do STF declarando a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, mesmo assim não seria possível lhe conceder o direito creditório postulado. Afinal, é obrigação da manifestante trazer aos autos o direito em que se fundamenta e as provas que possuir. É o que determina o art. 16, do inc. III, do Decreto-lei nº 70.235/72.

Há que se destacar, ainda, que o Despacho Decisório foi emitido pela autoridade fiscal com fundamento nas informações prestadas em DCTF pela Manifestante, ou seja, em declaração válida a produzir efeitos na data da emissão do referido documento. Por tal motivo, o débito encontra-se validamente constituído exatamente nos termos do Despacho Decisório proferido. Isso porque, a DCTF é instrumento de confissão de dívida e constituição definitiva do crédito tributário, conforme legislação de regência (art. 5º do Decreto-lei nº 2.124/84 e Instruções Normativas da RFB que dispõem sobre a DCTF).

Sobre esta questão, importante destacar que o art. 147, § 1º, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966, não permite que depois de iniciado qualquer procedimento fiscal seja apresentada declaração retificadora quando esta vise a reduzir ou a excluir tributo, sendo apenas admissível mediante comprovação do erro em que se funde.

Enfim, não basta a mera alegação do direito. Ele deve ser demonstrado em documentos fiscais e contábeis, na linha do que determina o art. 923 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

O recorrente, em sede de recurso voluntário, apresentou alguns documentos para provar seu direito, quais sejam: memória de cálculo de apuração da COFINS e do consequente crédito pleiteado, a DIPJ

referente ao período discutido, o comprovante do recolhimento da Cofins e o resumo de apuração do ICMS. Requer que esse Colegiado defira a juntada dos documentos, os analise e se posicione acerca de seu direito creditório.

A questão que surge é se houve preclusão do direito à apresentação de provas, conforme prevê os artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235/72 ou se o recorrente tem o direito a apresentar documentos em qualquer momento processual em nome da verdade material.

Posta assim a questão, passo a análise.

Trata-se de processo de restituição em que o contribuinte teve seu pedido de indébito negado por despacho decisório eletrônico, sob o fundamento de que o crédito financeiro alegado como pagamento indevido foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição.

Na manifestação de inconformidade, o recorrente alega que o pedido de restituição se refere a créditos decorrentes de pagamentos a maior de Cofins, em razão da inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo.

A DRJ de Curitiba julgou improcedente a manifestação de inconformidade sob os seguintes fundamentos: o ICMS deve compor a base de cálculo da exação e que o sujeito passivo não apresentou provas do direito alegado.

Em sede de recurso voluntário, o sujeito passivo pleiteou a observância do RE nº 574706 e apresentou documentos que lastreariam o direito requerido.

No procedimento de despacho eletrônico de pedido de restituição, o sujeito passivo não é intimado pela unidade preparadora para prestar informações jurídicas acerca do crédito requisitado. O primeiro momento que tem para se pronunciar sobre questões de direito é na manifestação de inconformidade.

No caso em análise, é bem verdade que o sujeito passivo não apresentou documentos que comprovassem que houve recolhimento da Cofins tendo o ICMS em sua base de cálculo. Ocorre que, como mencionado, ao interpor o presente recurso voluntário, foram acostados aos autos a memória de cálculo de apuração da COFINS e do consequente crédito pleiteado, a DIPJ referente ao período discutido, o comprovante do recolhimento da Cofins e o resumo de apuração do ICMS. Esse documentos, caso autênticos, podem sugerir que houve a inclusão na base de cálculo da Cofins o valor do ICMS recolhido, gerando um indébito tributário.

Não posso deixar de admitir que os fatos produzidos extemporaneamente geraram grande dúvida, o que impossibilita meu julgamento nesta assentada.

Consoante noção cediça, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as

diligências que entender necessárias, é a literalidade do art. 29 do Decreto nº 70.235/72.

Assim, entendo que as alegações produzidas pelo recorrente devem ser analisadas com mais profundidade, para que possa afastar a fumaça que tomou conta de minha convicção, pois vejo verossimilhança nos fundamentos jurídicos acostados aos autos.

Pelo exposto, voto por converter o julgamento em diligência para que o órgão de origem verifique a autenticidade dos documentos acostados aos autos no momento de interposição do recurso voluntário, analise a existência do indébito tributário pleiteado e, caso exista, se foi utilizado em outro pedido de restituição ou de compensação.

Após sanadas essas dúvidas, que seja elaborado relatório fiscal, facultando à recorrente o prazo de trinta dias para se pronunciar sobre os resultados obtidos, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto nº 7.574/2011.

Posteriormente aos procedimentos, que sejam devolvidos os autos ao CARF para prosseguimento do rito processual."

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do Anexo II do RICARF, o colegiado decidiu por converter o julgamento em diligência, para que o órgão de origem verifique a autenticidade dos documentos acostados aos autos no momento de interposição do recurso voluntário, analise a existência do indébito tributário pleiteado e, caso exista, se foi utilizado em outro pedido de restituição ou de compensação.

Após sanadas essas dúvidas, que seja elaborado relatório fiscal, facultando à recorrente o prazo de trinta dias para se pronunciar sobre os resultados obtidos, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto nº 7.574/2011.

Posteriormente aos procedimentos, que sejam devolvidos os autos ao CARF para prosseguimento do rito processual.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède