



Processo nº	11020.006664/2008-26
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	3302-008.022 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	28 de janeiro de 2020
Recorrente	TONDO EMBALAGENS LTDA.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2007

EXAME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

A instância administrativa não possui competência para afastar a aplicação de norma sob fundamento de sua inconstitucionalidade, uma vez que tal apreciação é exclusiva do Poder Judiciário, nos termos dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. Tal questão, inclusive, é objeto da Súmula no 2 do CARF.

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. RE 566.621. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62 DO ANEXO II DO RICARF.

O termo inicial para contagem do prazo prescricional de restituição de indébito tributário relativo aos pedidos administrativos protocolados após 09/06/2005 é a data do pagamento antecipado de que trata o artigo 150 do CTN.

APRESENTAÇÃO DE PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO E DECLARAÇÕES DE COMPENSAÇÃO EM FORMULÁRIO (PAPEL). VEDAÇÃO, EM REGRA, POR NORMA INFRALEGAL. LEGITIMIDADE.

As Instruções Normativas da Receita Federal, como o fez a de nº 600/2005, podem condicionar a tramitação dos Pedidos de Restituição/Ressarcimento e Declarações de Compensação à sua transmissão por meio eletrônico (via Programa PER/DCOMP), não acatando, salvo em situações muito específicas, a apresentação em formulário (papel), sob pena de considerar o pedido não formulado ou a compensação não declarada (após a vigência a Lei nº 11.051/2004).

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DO PIS/COFINS. APLICAÇÃO DO PARADIGMA POSTERIOR SUA PUBLICAÇÃO. ART. 1.040. CPC.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS. “A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do

acórdão paradigmático, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.” (AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe109 DIVULG 01 062018 PUBLIC 04062018)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso. Na parte conhecida, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a exclusão do ICMS recolhido da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos períodos compreendidos entre 06/2005 a 12/2007. Vencido o conselheiro José Renato Pereira de Deus (relator) que excluía o valor do ICMS recolhido ou o destacado. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Vinicius Guimarães.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus – Relator

(documento assinado digitalmente)

Vinicius Guimarães - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinicius Guimarães, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Corintho Oliveira Machado, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente)

Relatório

Por bem resumir os fatos ocorridos no presente processo, adoto como parte do meu relato o relatório do acórdão nº 10-38.124, da 2^a Turma da DRJ/POA, proferido na data de 22 de abril de 2012:

Trata o presente processo de *Pedido de Restituição* apresentado em formulário (papel) em 08/10/2008, cominado com DCOMPs transmitidas entre 10/11/2008 e 07/04/2009. Naquele a contribuinte pretendia crédito relativo à COFINS, argumentando pela constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição, conforme disposições contidas nas Leis nºs Lei 9.718, de 1998, e 10.637, de 2002. Afirmou que a matéria ainda estava em aberto no STF, servindo o pedido para resguardar seus direitos e eventual modulação dos efeitos da decisão a ser proferida pela Suprema Corte.

Analizando o pedido a autoridade administrativa de origem proferiu *Despacho Decisório*, donde se extraem excertos:

(...) constatou-se, nas planilhas de fls. 12/30, nas quais a requerente relaciona os créditos pleiteados, a existência de pagamentos realizados há mais de 5 anos

da data da protocolização do Pedido de Restituição. Quanto a isso cabe observar o disposto nos art. 165 e 168 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, (Código Tributário Nacional - CTN);

(...) percebe-se que a requerente perdeu o direito de pleitear o indébito tributário pelo transcurso do prazo legal admissível de cinco anos, contado a partir da extinção do crédito tributário, referente aos recolhimentos decorrentes dos PAs de fevereiro de 1999 até agosto de 2003.

Ainda em relação aos pagamentos elencados nas planilhas de fls. 12/30, evidenciou-se que todos estão compreendidos no mesmo Pedido de Restituição (formulário de fl. 1). No entanto, cabe esclarecer que, para o PA de setembro de 2003 até maio de 2005, a requerente deveria ter efetuado o Pedido de Restituição por meio do programa PER/DCOMP, ou seja, o pedido deveria ter sido transmitido de forma eletrônica para a Receita Federal do Brasil, consoante determina o § 2º do art. 76 da IN SRF 600, de 28 de dezembro de 2005, (...) pois somente a partir da versão 4.0 do programa Per/Dcomp, aprovada pela IN RFB 901, de 30 de dezembro de 2008, passou a existir trava para créditos cuja origem tenha alegação de inconstitucionalidade de lei em que não exista decisão do Supremo Tribunal Federal atribuindo efeito erga omnes ou não tenha sua execução suspensa pelo Senado Federal.

(...) tendo em vista os períodos mencionados por último não se enquadram em nenhuma das possibilidades de entrega do Pedido de restituição por meio de formulário referidas no § 3º acima transcrito, e em observância disposto no art. 3º da IN SRF 600/05, fica considerado não formulado o Pedido de Restituição para os períodos de apuração de setembro de 2003 até maio de 2005.

(...) o controle da constitucionalidade das Leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal - art. 102, I, "a", III da CF de 1988, sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei.

(...) a via administrativa não é adequada quando a intenção da requerente é resguardar expectativa de direito referente a inconstitucionalidade de Lei, ou seja, fato ainda não materializado no âmbito do Poder Judiciário pelo controle difuso ou pelo controle concentrado.

(...) o crédito em comento não se enquadra em nenhuma das hipóteses de indébito tributário elencadas no Art. 165 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário nacional - CTN, também não gozam da liquidez e certeza determinados pelos artigos 170 e 170-A do mesmo diploma legal.

(...) a alínea f (Incluída pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008) do inciso II do § 12º do artigo 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, determina que deve ser considerada não declarada a compensação efetuada em que o crédito utilizado tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei.

(...) indefiro o Pedido de Restituição referente aos PAs de janeiro de 1999 até agosto de 2003 e junho de 2005 até dezembro de 2007, e considero não formulado o pedido de restituição para os períodos de apuração de setembro de 2003 até maio de 2005. Também, ficam não homologadas as compensações

dos débitos objetos das declarações de compensação nºs 10174.95683.101108.1.7.04-2899, 27466.68296.281108.1.3.04-6594 e 07887.53178.291108.1.7.04-1020, e considero não declarada a Dcomp nº 22234.82388.070409.1.3.04-8102, determinando a imediata cobrança com os respectivos acréscimos legais.

Cientificada, a empresa apresentou, através de procurador, manifestação de inconformidade onde inicialmente retrata os fatos, referindo a seguir, em resumo:

- nos termos do art. 150, § 4º, também do CTN, os tributos sujeitos ao lançamento por homologação têm o respectivo crédito tributário extinto, não com o pagamento propriamente dito, mas sim com a sua homologação, que geralmente é tácita, somente se verificando após decurso de 5 anos contados do fato gerador. Não havendo homologação expressa, como no caso em tela, a prescrição em desfavor do contribuinte se opera em dez anos, contados do fato gerador. Isso porque somente após a extinção do crédito tributário, que se dá com a homologação do pagamento e não com o pagamento antecipado em si, é que começa a correr o prazo prescricional para a restituição do indébito previsto no art. 168, I, do CTN;
- estando as contribuições previdenciárias sujeitas ao lançamento por homologação e não tendo havido homologação expressa, como no presente caso, o contribuinte decai de seu direito de buscar de volta do que pagou indevidamente, na prática, 10 anos após o fato gerador do tributo. Ou seja, os contribuintes dispõem de 10 anos (5 anos, a partir do fato gerador, para a homologação, acrescidos de mais 5 anos após esta data) para pleitear a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação;
- a LC nº 118, de 2005, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não tem o condão de mitigar o prazo prescricional. Suas disposições, neste particular, são inconstitucionais, por interferência do Poder Legislativo no Poder Judiciário, em nítida afronta ao primado da Separação dos Poderes (art. 2º da CF);
- não pode a LC retroagir, de modo a incidir sobre pagamentos implementados antes do início da sua vigência, como ocorre com o crédito discutido no presente feito. Caso contrário, haverá afronta ao princípio da irretroatividade das leis (LICC, arts. 1º e 6º; CTN, art. 105; e CF, arts. 5º, XXXVI, e 150, III);
- o prazo prescricional aplicável ao caso é de 10 (dez) anos, conforme disposições do art. 168 c/c art. 150 do CTN. A decisão recorrida merece reforma, para afastar a suposta prescrição por ela reconhecida;
- melhor sorte não assiste ao *decisum* recorrido, no ponto em que julgou como não formulado o pedido de restituição, por ter sido protocolado através de formulário em papel, sem utilização do sistema PER/DCOMP. A única forma para a empresa justificar o pedido de restituição era o formulário em papel. Sem isto, poder-se-ia entender que ela estava tentando burlar a legislação, o que em tese poderia ensejar a exigência de multa pelo percentual de 150%. Milita a favor dos interesses da empresa o fato de ela não estar discutindo judicialmente o crédito, sendo necessário justificar o seu pedido, até mesmo como forma de resguardar os seus interesses. Em breve o STF analisará a matéria de fundo do pedido de restituição, havendo sério risco de modulação dos efeitos;
- não pode prosperar o entendimento de que o caso em tela não se enquadraria nos casos do art. 165 do CTN. O pagamento de tributo inconstitucional obviamente se deu de forma *indevida*, nos exatos termos do inciso I do citado dispositivo;
- no que se refere ao período de 06/2005 a 11/2005, a decisão administrativa entendeu não existir crédito, por haver inscrições em dívida ativa no período. Tais débitos foram incluídos no REFIS IV, em seu valor integral. Desse modo, este parcelamento indica a existência de pagamentos indevidos, suficientes à compensação;

• merece reforma o entendimento do ilustre julgador singular, no sentido de que não caberia aos órgãos administrativos analisar argumentos relacionados à constitucionalidade de tributos. A Administração não decreta a constitucionalidade, mas apenas exerce o poder-dever de examinar a validade da norma legal "in casu". Entre simplesmente cumprir preceito legal inválido e obedecer ao primado da CF, ao Executivo cabe o poder-dever de optar pela prevalência da legitimidade. O mesmo raciocínio se aplica aos decretos e demais regulamentos editados em desconformidade com a lei ou com a própria Constituição. Aliás, outro não é o sentido das Súmulas 346 e 473 do STF;

• requer seja recebida e julgada procedente sua manifestação de conformidade, para cancelar o despacho decisório, reconhecer seu crédito de direito e homologar as compensações procedidas, haja vista a lisura dos créditos utilizados, reformando-se a decisão recorrida nos pontos abordados na defesa.

A repartição preparadora atestou a tempestividade da peça de contestação.

A decisão da qual foi retirado o relato acima transscrito, não conheceu da manifestação de inconformidade na parte relativa ao pedido considerado como não formulado e julgou-a improcedente na parte conhecida, recebendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2007

QUESTÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

Não compete à autoridade administrativa apreciar argüições de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

CONTRIBUIÇÃO. PAGAMENTO A MAIOR OU INDEVIDO. PRAZO PARA PLEITEAR RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para pleitear a restituição de valores pagos a maior ou indevidamente a título de tributos e contribuições, inclusive aqueles submetidos à sistemática do lançamento por homologação, é de cinco anos contados da data do efetivo pagamento.

NORMA INTERPRETATIVA. RETROATIVIDADE.

O art. 3º da LC nº 118, de 2005, dado seu caráter eminentemente interpretativo, possui eficácia retroativa, consoante dispõe o art. 106, inciso I, do CTN.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. NÃO UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA PER/DCOMP. PEDIDO NÃO FORMULADO. RECURSO PARA DRJ. NÃO CABIMENTO.

Não cabe recurso à Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil contra decisão de autoridade administrativa que considerou não formulado pedido de restituição apresentado pela contribuinte em formulário (papel), quando estava obrigada a utilizar o pedido eletrônico PER/DCOMP.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2007

ICMS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO.

O ICMS devido pelas operações ou prestações próprias da pessoa jurídica compõe o faturamento desta, não havendo previsão legal que possibilite sua exclusão da base de cálculo da COFINS.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada com a r. decisão de piso a recorrente apresentou recurso voluntário, onde repisa os argumentos trazidos em sua manifestação de inconformidade.

Passo seguinte o processo subiu ao E. CARF e distribuído para minha relatoria.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, trata de matéria de competência dessa Turma motivo pelo qual passa a ser analisado.

Conforme se verifica do relatório acima, na presente demanda os tópicos a se referem a questões relacionadas à constitucionalidade de normas, prescrição do direito de restituição de indébito tributário, retirada do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais e débitos confessados e incluídos em programa de recuperação fiscal.

I – Nulidade quanto a matéria alegada constitucional supostamente não tratada na decisão recorrida

No presente tópico insurge-se a recorrente contra a impossibilidade de análise de suposta constitucionalidade de norma alegada em sua defesa.

A matéria foi tratada no acórdão nº 3802-003.898, de lavra do I. Conselheiro Francisco José Barroso Rios, processo no qual a ora recorrente figura como parte, e, por comungar do mesmo entendimento, peço vênia para utilizar as razões trazidas pela decisão, a qual passo a transcrever:

A recorrente inaugura seu recurso aduzindo que o acórdão vergastado seria nulo por ter se restringido à impossibilidade de a via administrativa apreciar argumento inerente à constitucionalidade de norma. Assim, teria sido cerceado o direito de defesa da suplicante por não se ter analisado os argumentos nesse sentido expostos em sua manifestação de inconformidade.

É verdade que o artigo 31 do Decreto nº 70.235/72 estabelece que *a decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e*

notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (grifo nosso)

No entanto, tal preceito não obriga a autoridade julgadora a se manifestar, exaustivamente, sobre todos os argumentos apresentados pelo sujeito passivo na impugnação, mormente no caso presente, em que o sujeito passivo se alicerça na constitucionalidade da norma, cuja incompetência para exame por parte da autoridade administrativa tornaria inócuas qualquer apreciação dos argumentos da interessada nesse sentido.

Aliás, impedimento nessa linha subsiste até em relação ao julgamento administrativo de segunda instância. Inclusive, tal vedação consta do *caput* do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, abaixo transcrito:

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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (grifo nosso)

Com efeito, o julgador administrativo está vinculado à legalidade estrita, conforme artigo 116, III, da Lei nº 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno deste Conselho.

Eventual manifestação da instância administrativa acerca da constitucionalidade da norma, quanto aos seus efeitos, em nada divergiria da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, ou por via de exceção, que, como se sabe, é prerrogativa do Poder Judiciário. Se isso fosse possível, estar-se-ia diante de hipótese de atuação do julgador administrativo como verdadeiro legislador negativo, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, que tem no Supremo Tribunal Federal o guardião principal da Constituição, nos termos do artigo 102, *caput*, da Constituição Federal.

Por fim, cumpre ressaltar que o disposto acima está pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos da Súmula nº 02 do CARF, segundo a qual “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Pelos motivos acima expostos, não acolho as razões de nulidade da decisão recorrida aduzidas pela suplicante.

Destarte, afasta-se as alegações de nulidade trazidas pela recorrente.

II – Decadência período entre 02/1999 a 08/2003

Para a recorrente a negativa de restituição dos créditos pleiteados com os pagamentos ocorridos entre fevereiro de 1999 e agosto de 2003, tendo em vista a existência do lustro prescricional indicada pela autoridade fiscal, não poderia prosperar tendo em vista entender que o prazo seria de 10 anos e não de 5 como indicado no despacho decisório e confirmado na decisão recorrida.

Entendo que não assiste razão ao pleito da recorrente.

A matéria é do conhecimento desse Conselho, havendo inúmeros julgados sobre o assunto, dentre os quais destaco o acórdão n.º 3301-002.531, de Lavra do I. Conselheiro Andrada Marcio Canuto Natal, que abaixo passo a reproduzir:

O prazo para os contribuintes apresentar o pedido de restituição foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela repercussão geral deste tema nos autos do Recurso Extraordinário nº 561.908, e passou a apreciar seu mérito nos autos do Recurso Extraordinário nº 566.621 sendo publicado em 11/10/2011 acórdão assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACACIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, §4, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam

ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção de confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede a iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543B, §3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

Após esta decisão, esta corte administrativa passou a adotá-la em face do disposto no art. 62A do Regimento Interno do CARF, o qual determina a observância de decisões proferidas pelo STF e STJ no rito dos recursos repetitivos:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Neste sentido, cita-se acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1988 a 31/12/1991 NORMAS

REGIMENTAIS. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO CONTEÚDO DE DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RITO DO ART. 543B DO CPC.

Consoante art. 62A do Regimento Interno do CARF, “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. DIREITO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL. DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621/RS (RELATORA A MINISTRA ELLEN GRACIE).

“Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543B, § 3º do CPC aos recursos sobreestados. (Acórdão da 3^a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais nº 9303002.333, sessão do dia 20/06/2013)

Sem dúvida a jurisprudência deste tribunal administrativo já vem reconhecendo pacificamente esses direitos, conforme se depreende do Acórdão proferido pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, processo de relatoria do eminent Conselheiro Henrique Pinheiro Torres:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO

O prazo para repetição de indébito, para pedidos efetuados até 08 de junho de 2005, era de 10 anos, contados da ocorrência do fato gerador do tributo pago indevidamente ou a maior que o devido (tese dos 5 + 5), a partir de 9 de junho de 2005, com a vigência do art. 3º da Lei complementar nº 118/2005, esse prazo passou a ser de 5 anos, contados da extinção do crédito pelo pagamento efetuado.

Para restituição/compensação de créditos relativos a fatos geradores ocorridos entre setembro de 1989 e março de 1992, cujo pedido foi protocolado até 08 de junho de 2005, aplicava-se o prazo decenal tese dos 5 + 5. Recursos negados.(Acórdão CSRF nº 9303002.304 3^a Turma, 20/06/2013). (grifei)

Portanto, seguindo a linha das decisões acima alinhavadas, há que se reconhecer que o contribuinte detinha o prazo de dez anos, contados da data do fato gerador do pagamento indevido, para pedir restituição dos valores recolhidos a maior do PIS.

Considerando que o pedido de restituição foi apresentado em 08/10/2008, portanto, após o prazo estabelecido no RE 566.621, certo é que os pagamentos indevidos ocorridos entre fevereiro de 1999 e agosto de 2003 encontram-se prescritos, motivo pelo qual afasta-se a pretensão da recorrente.

III – Pedido de restituição realizado em formulário de papel

Para a recorrente não estaria correta o despacho decisório e a decisão de piso quando negam a restituição feita em formulário de papel, nos termos da IN nº 600/2005, pois esse seria o único meio em que poderia efetuar referido pedido

Entretanto, novamente, entendo não assistir razão a recorrente.

São inúmeros os julgados deste E. CARF que mantêm o entendimento de que as instruções normativas da Receita Federal podem condicionar a tramitação dos pedidos de restituição/ressarcimento e de declarações de compensação à sua transmissão por meio eletrônico.

O entendimento tem por base o fundamento de que o art. 170 do CTN estabelece que lei ordinária pode atribuir à autoridade administrativa a função de estabelecer condições e garantias para que as compensações de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública possam vir a ser realizadas e que esta atribuição está expressa de forma clara no § 14, do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Observe-se o r. acordão nº 9303-009.559:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/08/2004

COMPENSAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO CERTO. CONDICIONANTES. LEI ORDINÁRIA E NORMAS ADMINISTRATIVAS ÀS QUAIS ELA REMETER.

A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170, do CTN). Estabelecendo expressamente a Lei nº 9.430/96 (art. 74, § 14) que a Receita Federal disciplinará o assunto, tem esta o poder discricionário para regulamentar - e inclusive alterar os critérios da compensação, conforme já pacificado no STJ.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/12/2004

APRESENTAÇÃO DE PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO E DECLARAÇÕES DE COMPENSAÇÃO EM FORMULÁRIO (PAPEL). VEDAÇÃO, EM REGRA, POR NORMA INFRALEGAL. LEGITIMIDADE.

As Instruções Normativas da Receita Federal, como o fez a de nº 600/2005, podem condicionar a tramitação dos Pedidos de Restituição/Ressarcimento e Declarações de Compensação à sua transmissão por meio eletrônico (via Programa PER/DOMP), não acatando, salvo em situações muito específicas, a apresentação em formulário (papel), sob pena de considerar o pedido não formulado ou a compensação não declarada (após a vigência a Lei nº 11.051/2004).

Peço licença transcrever alguns trechos do acórdão nº 9303-009.559, de lavra do I. Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas:

“A exigência de que seja utilizado o meio eletrônico (Programa PER/DOMP), como também bem trazido pela PGFN em suas Contrarrazões, não é mero “capricho” da Administração, como, à primeira vista, possa parecer.

A Lei nº 9.430/96, em sua redação original, passou a permitir a compensação com tributos espécies diferentes (ampliando, e muito, o permitido pela Lei 8.313/91 e, de início, até com terceiros), mas mediante requerimento do sujeito passivo, que não tinha prazo para ser apreciado.

Isto gerou um acúmulo inadministrável de pedidos de Restituição, Ressarcimento e, principalmente, de Compensação (à época, todos em papel), gerando uma problemática que não só atingia a Administração, mas também os contribuintes.

Sobreveio então a MP nº 66/2002 (posteriormente convertida na Lei nº 10.637/2002), que mudou radicalmente esta sistemática, com a Declaração de Compensação, que extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, correndo contra a Administração o prazo “fatal” de cinco anos, sob pena de homologação tácita.

Para que a Administração tivesse condições de fazer esta apreciação em prazo razoável, alguns meses depois da alteração legislativa citada, as Declarações de

Compensação e os Pedidos de Restituição/Ressarcimento passaram a ser eletrônicos, com o desenvolvimento do Programa PER/DCOMP (e, paralelamente, uma espécie de “malha”, o Sistema de Créditos e Compensações – SCC, que, baseado em determinados parâmetros, “baixava” o Processo para verificação fiscal manual ou, de forma exclusivamente eletrônica, já procedia à sua análise e decisão a respeito).

Se cada contribuinte fizesse os Pedidos e Declarações da forma que bem entendesse, toda esta sistemática “cairia” por terra, daí o rigor na aceitação, somente em casos excepcionais, da apresentação em formulário (papel)”.

Destarte, afastam-se as alegações da recorrente, para não serem considerados os pedidos de restituição do período compreendido entre setembro de 2003 a maio de 2005.

IV – Exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS

Há ainda o inconformismo contra a r. decisão de piso, quanto a possibilidade de exclusão dos valores recolhidos a título de ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Nesse sentido o STF em repercussão geral, no RE 574.706, firmou o seguinte entendimento:

"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, quanto 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. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe223 DIVULG 29092017 PUBLIC 02102017)

Vale lembrar que o Pretório Excelso tem aplicado o entendimento em que não é necessário aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração do RE 574.706, observe-se:

COFINS E PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços – ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármel Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário

da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão **paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe109 DIVULG 01062018 PUBLIC 04062018)

Tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.144.469/PR, não prevalece mais. Ademais, o próprio STJ, de modo reiterado, esta decidindo de acordo com o julgado no RE 574.706, observe-se:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR).

1. O recurso especial foi interposto na vigência do CPC/1973. Dessa forma, sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármem Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para realizar a adequação prevista no art. 1.030, II do CPC/2015." (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. A Jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça possuía o entendimento de considerar legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ. Posicionamento este ratificado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do Resp 1.144.469/PR, processado e julgado como representativo de controvérsia.

2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do RE 574.706RG/ PR, com repercussão geral reconhecida, firmou tese contrária à fixada pela Primeira Seção do STJ.

3. Juízo de retratação exercido nestes autos (art. 1.040, II, do CPC/2015), para negar provimento ao apelo nobre da Fazenda Nacional." (REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015.

AGRADO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 74.706/PR, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, TRIBUNAL LENO, Je de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, , dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da OFINS, contribuições destinadas ao financiamento da seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp .100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 92.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a constitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017.

IV. Nesse contexto, retornaram os autos por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 , em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.

V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Destaco as conclusões da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, postas no voto do processo nº 10580.721226/2007-01, Acórdão nº 3301-004.355:

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de “decisão definitiva de mérito”, para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF.”

Desta forma, um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Assim necessária a observância da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos períodos compreendidos entre 06/2005 a 12/2007, devendo a autoridade preparadora proceder aos cálculos dos créditos, tendo por base os documentos apresentados pela recorrente.

V – Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer em parte do recurso voluntário e na parte conhecida dar parcial provimento para determinar a exclusão do ICMS recolhido ou destacado da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos períodos compreendidos entre 06/2005 a 12/2007.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Vinicius Guimarães - Redator Designado

Sem embargo das razões ofertadas pela recorrente e das brilhantes considerações tecidas pelo i. conselheiro Relator, o Colegiado, pelo voto de sua maioria, resolveu dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir o valor tão somente do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição.

A matéria é por demais conhecida deste Colegiado, razão por que trato de invocar excertos de recente acórdão, nº 3302-006.452, de 30/01/2019, para ilustrar meu entendimento sobre a questão. Naquela oportunidade, o eminentíssimo relator, conselheiro Walker Araujo, assim se pronunciou sobre o tema:

(...) sobre a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, é de conhecimento notório que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das famigeradas contribuições.

Contra a decisão proferida no RE 574.706, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios da decisão, pleiteando a modulação temporal dos seus efeitos e realizou outros questionamentos, em especial, se o valor a ser excluído é somente aquele relacionado ao arrecadado a título de ICMS e/ou se o valor a ser excluído da base de cálculo abrange, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída, sendo que referidos questionamentos aguardam sua análise e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em que se pese inexistir trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte, entendo que se tornou definitiva a matéria quanto ao direito do contribuinte ao menos de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, restando àquela Corte apenas decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

A respeito do direito do contribuinte excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher(...)

(...) temos a Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, emitida nos seguintes termos:

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 relacao 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 escrituracao 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 9.715, 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.

Neste cenário, entendo que o montante a ser excluído da(s) base(s) de calculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins é o valor mensal do ICMS a recolher.

Posto isso, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir o valor tão somente do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição.

(assinado digitalmente)

Vinicius Guimarães