



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

Processo nº 11030.902113/2012-52
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3001-000.089 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 30 de outubro de 2017
Matéria Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS
Recorrente SANDERO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VELAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/04/2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE.

Comprovado tratar-se de crédito tributário restrito a COFINS apurada e recolhida sobre base de cálculo sem a exclusão do ICMS é de se reconhecer o direito à restituição do crédito pleiteado.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, vencido o conselheiro Cleber Magalhães (Relator), que lhe negou provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cássio Schappo.

(assinado digitalmente)
Orlando Rutigliani Berri - Presidente

(assinado digitalmente)
Cleber Magalhães - Relator

(assinado digitalmente)
Cássio Schappo - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Orlando Rutigliani Berri, Cleber Magalhães, Renato Vieira de Avila e Cássio Schappo.

Relatório

Por retratar com fidelidade os fatos, adoto o relatório produzido pela 2ª Turma da DRJ/Belo Horizonte (efl 37 e ss):

DESPACHO DECISÓRIO O presente processo trata de Manifestação de Inconformidade contra o Despacho Decisório nº rastreamento 29235665 emitido eletronicamente em 01/08/2012, referente ao PER/DCOMP nº 30577.37306.270207.1.2.044568.

O Pedido de Restituição gerado pelo programa PER/DCOMP foi transmitido com o objetivo de ter reconhecido o direito creditório correspondente a Cofins - Código de Receita 2172, tendo sido pleiteado crédito no valor de R\$2.026,28, correspondente a Darf recolhido em 15/05/2002.

De acordo com o Despacho Decisório, a partir das características do DARF descrito no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição. Assim, diante da inexistência de crédito, o Pedido de Restituição foi INDEFERIDO.

Como enquadramento legal citou-se: arts. 165 da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional CTN).

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE Cientificado do Despacho Decisório em 16/08/2012, o interessado apresentou a manifestação de inconformidade em 13/09/2012, tendo feito um resumo dos fatos.

Em seguida, tece considerações acerca da inconstitucionalidade da cobrança de PIS e Cofins sem que se exclua o ICMS da base de cálculo, fazendo referência à legislação pertinente, à jurisprudência do Judiciário e a entendimentos doutrinários que tratam do assunto em pauta.

Diante do exposto, requer sejam conhecidos os argumentos devidamente embasados nos princípios e legislação fiscal, de modo a prover a presente manifestação de inconformidade em sua totalidade, a fim de que reste deferido o pedido de restituição formulado, uma vez que inconstitucional a cobrança do PIS e da Cofins sem a exclusão do ICMS da base de cálculo.

A DRJ/BHE ementou da seguinte forma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/04/2002

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A
MAIOR. CRÉDITO NÃO COMPROVADO.*

*Na falta de comprovação do pagamento indevido ou a maior,
não há que se falar de crédito passível de restituição.*

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

No Recurso Voluntário (efl. 43 e ss.), a Recorrente repete as alegações de necessidade da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Cleber Magalhães - Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, razão pela qual deve ser conhecido.

O limite da competência das Turmas Extraordinárias do CARF é de sessenta salários mínimos, segundo o 23-B, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017. O valor do salário-mínimo nacional é de R\$ 937,00, segundo a Lei nº 13.152, de 2015. Dessa forma, o limite de valor de litígio para processos a serem julgados pelas turmas extraordinárias é de R\$ 56.220,00. Como o valor em litígio é, segundo o relatório do tribunal *a quo*, de R\$ 2.026,28 (efl. 3), a análise do p.p. está dentro da alçada das turmas extraordinárias.

A questão levantada pela Recorrente refere-se à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706-RG/PR, julgou, no dia 15.03.2017, no sentido de que:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Entretanto, no âmbito do regimento interno do Regimento Interno do CARF, existe previsão no artigo 62, anexo II, sobre a obrigatoriedade de se observar os precedentes em sistema de repetitivos e/ou repercussão geral na análise dos casos:

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.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de: (...)

b) 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, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016.

Assim, o RICARF prevê o requisito da decisão definitiva para a obrigatoriedade da aplicação do precedente, no caso em análise, e o RE 574.706-RG/PR ainda espera a modulação de seus efeitos, não havendo, portanto, trânsito em julgado.

Por outro lado, o REsp 1.144.469/PR, emanado do Superior Tribunal de Justiça, já transitou em julgado. Ele firmou para efeito de recurso repetitivo a tese de que:

O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações.

Logo, deve-se observar a decisão, já transitada em julgado, do STJ e, nesse sentido, em obediência ao RICARF, não acatar a tese de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por todo o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)
Cleber Magalhães

Voto Vencedor

Conselheiro Cássio Schappo - Redator designado

Com a devida vênia do Relator à argumentação empregada no voto, entendo que assiste razão a recorrente.

A contribuinte antes qualificada apresentou Manifestação de Inconformidade com relação ao Despacho Decisório (e-fls.7) que indeferiu o pedido de restituição da COFINS formulado via PER/DCOMP, no valor de R\$ 2.026,28 pelo fato de ter havido pagamento a maior que o devido através de DARF do período de apuração 04/2002, com vencimento em 15/05/2002, no valor de R\$ 14.474,99.

Conforme planilha elabora com base em dados extraídos dos livros fiscais (e-fls.37), demonstra que o valor a ser restituído corresponde a COFINS incidente sobre o ICMS contido na Base de Cálculo, que deverá ser excluído por não representar faturamento e sim mero repasse de tributo ao ente federado de valor cobrado do consumidor final.

A 2ª Turma da DRJ/BHE, através do acórdão recorrido manteve o indeferimento do pedido de restituição, justificando que “na falta de comprovação do pagamento indevido ou a maior, não há de se falar de crédito passível de restituição”.

Diante do posicionamento da autoridade julgadora de 1º grau, a recorrente repete em seu recurso os argumentos da manifestação de inconformidade e requer mais uma vez o reconhecimento do crédito a ser restituído.

É o relatório.

A discussão que se faz nesse processo diz respeito única e exclusivamente ao fato da COFINS ter sido calculada e recolhida com base no faturamento do período, sem que se processasse a exclusão do ICMS contido em sua base de cálculo.

O tema que envolve a definição de faturamento como base da incidência das contribuições do PIS e da COFINS, é motivo de embate na área tributária, já de longa data, envolvendo inclusive o judiciário para dar solução à controversa.

E nesse sentido vem colaborar para a solução definitiva da lide o RE 574.706/PR, através do qual o plenário do STF fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, cuja repercussão geral fora reconhecida nos termos do Acórdão publicado na data de 02/10/2017. Vejamos o que diz sua ementa:

EMENTA:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado

que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Diante da repercussão geral contida no RE 574.706/PR, que vincula o julgamento administrativo no âmbito do CARF, conforme previsão regimental específica (art. 62, § 2º, do atual RICARF), este órgão julgador deverá segui-la:

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.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática 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, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário e reconhecer o direito ao crédito pleiteado pela recorrente.

(assinado digitalmente)
Cássio Schappo