MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11610.005645/2007-51

Processo nº	11610.005645/2007-51
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**3301-011.984 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	25 de outubro de 2022
Recorrente	HPE AUTOMOTORES DO BRASIL LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/06/2002 a 31/10/2006

EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. TEMA 69 DE REPERCUSSÃO GERAL.

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 69 de Repercussão Geral, o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição. Os efeitos da decisão devem se dar após 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15/03/2017. O ICMS a ser excluído da base de cálculo da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS, em montante a ser quantificado pela autoridade competente na origem.

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes - Presidente Substituto

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Ari Vendramini, Laércio Cruz Uliana Junior, José Adão Vitorino de Morais, Juciléia de Souza Lima, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe, Sabrina Coutinho Barbosa, Semíramis de Oliveira Duro e Marco Antonio Marinho Nunes (Presidente Substituto).

Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, por bem relatar os fatos:

Trata o presente processo de Pedido de restituição de COFINS, protocolizado em 01/06/2007, em formulário, no valor de R$ 78.494.085,81 (setenta e oito milhões quatrocentos e noventa e quatro mil e oitenta e cinco reais e oitenta e um centavos), montante calculado e atualizado pelo contribuinte até a data do pedido, sob análise da Delegacia Especial da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo – DERAT – SP.

Segundo relato da autoridade fazendária, o processo teria o crédito tributário pleiteado baseado na exclusão do ICMS da base de cálculo do COFINS não cumulativo do período de junho de 2002 a outubro de 2006. Entretanto, não houve a apresentação de qualquer ação judicial que teria a impugnante como parte interessada. Não foram encontradas declarações de compensação vinculadas ao crédito analisado.

Inicialmente, a autoridade *a quo* traz texto da Instrução Normativa n º 600/2005, que vigia à época da protocolização do presente pedido de restituição e conclui, com o base nos art. 31 e art. 76, §§ 1º ao 4, da supramencionada IN, que apenas na impossibilidade de apresentação do Pedido de Restituição por meio do programa PER/DCOMP é que o interessado poderia apresentá-lo em formulário, acompanhado da comprovação da falha que impossibilitou o seu envio. Na sequência informa que o interessado não apresentou a demonstração da falha do programa que teria impossibilitado o envio, tampouco justificou em sua petição o problema que o teria obrigado a apresentar o Pedido de Restituição pelo formulário. A autoridade conclui, então, que o Pedido de Restituição deve ser indeferido, em respeito às normas da IN supracitada.

Mesmo indeferindo o pleito pelo motivo acima exposto, a autoridade *a quo* entra no mérito da questão e afirma que não há fundamento legal para se excluir a Contribuição para o PIS e COFINS não cumulativos incidentes sobre o valor do ICMS das mercadorias, tendo em vista que os arts. 1º das Leis 10.637/2002 e 10833/2003 preveem que esses tributos incidem sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

A autoridade *a quo* afirma que o tema tem sido objeto de controvérsia judicial que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF). Por esse motivo, em intimação datada de 04/06/2020, solicitou à empresa que apresentasse o fundamento legal do seu pedido e documentação relativa a eventuais ações judiciais que poderiam ter servido de base para a apuração do crédito. Mesmo intimado, entretanto, o impugnante não trouxe ao processo qualquer ação judicial de sua autoria tratando dessa matéria.

Conclui, então, no aspecto material do pedido de restituição, que não há fundamento para o pleito do contribuinte, tendo em vista que a restituição desses valores só poderia ser analisada para as empresas que tenham ações judiciais concretas sobre o tema.

Em suma, a autoridade fazendária indefere o pedido de restituição tanto no aspecto formal, por não apresentação de justificativa que comprovasse o impedimento da apresentação do pedido via programa eletrônico PER/Dcomp, bem como no aspecto material, por não apresentação de ação judicial em concreto que confirmasse o direito ao crédito pleiteado.

Inconformada com o Despacho Decisório emitido, a impugnante entrou com Manifestação de inconformidade. Inicialmente traz excerto do Despacho Decisório que fundamentou o indeferimento do pedido e descreve que os dois principais embasamentos do indeferimento foram: (a) realização do pedido via formulário em

Original

papel e (b) restituição dos valores pleiteados só seria realizada para empresas que tenham ações judiciais em concreto sobre o tema.

Com relação ao primeiro fundamento para o indeferimento, apresentação do pedido em formulário, a interessada alega que "basta uma leitura atenta ao próprio formulário para se constatar que não há previsão no sistema PER/Dcomp para hipótese de restituição de PIS/COFINS, tanto assim que nos próprios sistemas na RFB o pedido teve de ser cadastrado como restituição IRPJ". Continua a impugnante "não havia falha do programa, mas sim ausência de previsão da hipótese de restituição pleiteada pelo contribuinte, motivo pelo qual não é aplicável à espécie o § 4º do art. 76 da IN n º 600/2005, como pretende o r. despacho decisório". Prossegue a impugnante afirmando que, no caso concreto, a versão do programa PER/Dcomp não possibilitava efetuar pedido de restituição de PIS/COFINS decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo dessas contribuições. Em conclusão, afirma que não houve outra alternativa senão a utilização de formulário e protocolo físico presencial para apresentação do pedido de restituição, pela inexistência de enquadramento da situação individual do contribuinte pelo programa PER/Dcomp na época do protocolo.

Com relação ao segundo fundamento para o indeferimento, preliminarmente a impugnante relata que há erro material no Despacho decisório da autoridade *a quo* pois este aduz que o Pedido de restituição abrangeria o período de junho de 2002 a outubro de 2006. A impugnante alega, entretanto, que as planilhas apresentadas pela contribuinte indicam valores que se estenderiam até dezembro de 2006 (segundo fls. 317 a 319 do processo). Solicita, então, neste ponto, retificação do referido Despacho decisório para evitar futuros equívocos quanto ao período e valores solicitados.

Quanto ao mérito do pedido de restituição, motivo do segundo fundamento para o indeferimento do pedido, a impugnante alega que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574.706, cujo acórdão foi publicado em 02/10/2017, garantir-lhe-ia o direito a não incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Afirma, ainda, que não é necessário aguardar o trânsito em julgado do citado Acórdão proferido em sede de repercussão geral para que este tenha efeito vinculante sobre os poderes Judiciário e Executivo, conforme art. 1.040 do Código de Processo Civil. Informa que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) também têm aplicado de imediato os termos do Acórdão do RE 574.706 do STF. Ao citar trechos do Acórdão do CARF n º 3302-007.164, explica que ainda há debate acerca do valor a ser excluído do ICMS, se seria aquele destacado ou aquele recolhido. Entretanto, independentemente do questionamento do valor a ser excluído, o impugnante enuncia que o referido acórdão do CARF versa justamente sobre Pedido de Restituição, situação similar a deste processo em concreto. Conclui então o tema afirmando que, uma vez reconhecida a repercussão geral por meio do RE 574.706, não é necessário ajuizamento de ação judicial individual, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade deve ser observada e respeitada por toda a administração pública e tem aplicação imediata, de acordo com o art. 1.040 do CPC.

Diante de todo o exposto, requer que seja recebida e acolhida a manifestação de inconformidade para reformar o despacho decisório emitido em sua integralidade com o consequente deferimento do pedido de restituição solicitado.

Original

A 9ª Turma da DRJ/09, no acórdão nº 109-001.975, acolheu, em parte, a manifestação de inconformidade apenas para reconhecer o direito de a Recorrente efetuar o pedido de restituição via formulário em papel. Contudo, no mérito, julgou improcedente pedido, com decisão assim ementada:

> ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
>
> Período de apuração: 01/06/2002 a 31/10/2006
>
> PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE USO DO PROGRAMA PER/DCOMP. PEDIDO EM FORMULÁRIO PAPEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE HIPÓTESE DE RESTITUIÇÃO EM PEDIDO ELETRÔNICO.
>
> O pedido de restituição via formulário em papel poderá ser utilizado pelo sujeito passivo somente nas hipóteses em que a restituição de seu crédito para com a Fazenda Nacional não puder ser requerido ou declarado eletronicamente à RFB mediante utilização do programa PER/DCOMP.
>
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
>
> Período de apuração: 01/06/2002 a 31/10/2006
>
> COFINS NÃO CUMULATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. BASE DE CÁLCULO.
>
> Em matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo STF, em sede de julgamento de processos nos quais foi admitida a repercussão geral, as unidades da RFB devem reproduzir o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito somente após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Em recurso voluntário, a empresa ratificou as razões de sua manifestação de inconformidade, para requerer o provimento do recurso para a restituição da integralidade de COFINS, haja vista que o ICMS foi incluído indevidamente na sua base de cálculo, com fundamento na decisão do STF, no RE 574.706.

Em petições posteriores de 18/05/2021, 25/05/2021, 05/07/2021 e 20/10/2021, pediu julgamento imediato do processo, juntou aos autos o Parecer SEI n° 7698/2021, requereu prioridade no julgamento (Cf. art. 53, §2º do RICARF) e ratificou as suas razões recursais.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora.

O recurso voluntário reúne os pressupostos legais de interposição, dele, tomo conhecimento.

Conforme relatado, este processo trata de pedido de restituição de COFINS, protocolizado em 01/06/2007, em formulário, no valor de R$ 78.494.085,81, montante calculado e atualizado pelo contribuinte até a data do pedido.

Original

Na origem, o pedido de restituição foi indeferido com base em dois fundamentos: o uso do via formulário em papel e o inexistente provimento judicial próprio do contribuinte que lhe assegurasse o direito a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

A DRJ afastou apenas o primeiro motivo. Entretanto, na questão meritória, verifica-se que a lide já resta pacificada.

No Recurso Extraordinário n° 574.706-PR, discutiu-se o conceito jurídico-constitucional de faturamento ou receita, base de cálculo das contribuições, nos termos do art. 195, I, "b", da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n° 20/1998.

O texto constitucional, em sua redação originária, estabelecia a incidência das contribuições sobre "o faturamento". Após a EC nº 20/98, a incidência se dá sobre "a receita ou o faturamento".

Em apertada síntese, as alegações voltaram-se à existência de direito líquido e certo de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que faturamento seria o somatório da receita obtida com a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, não se podendo admitir a abrangência de outras parcelas que escapam a essa estrutura e, o ICMS não representaria patrimônio/riqueza da empresa (princípio da capacidade contributiva), mas sim ônus fiscal ao qual as empresas estão sujeitas.

A controvérsia foi julgada sob a sistemática da Repercussão Geral - Tema nº 69, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS e fixada a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*".

Ademais, houve o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal, restando assentado que:

a) No ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS/COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS "destacado";

b) A modulação dos efeitos do julgado é para após 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

> Decisão: 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)

Assim, os efeitos da decisão devem se dar após 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15/03/2017, é o caso destes autos que é anterior a essa data.

Original

No mesmo sentido, o Parecer PGFN Nº 14483/2021/ME:

> 16. Ante o exposto, nos termos expostos na ata de julgamento já publicada, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei nº 10.522/2002, observar, em relação a todos os seus procedimentos, que: a) conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, "O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS"; b) 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 administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e c) o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

A decisão é vinculante ao CARF, nos termos do art. 62, §2° do RICARF:

> § 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)

Dessarte, por força do disposto no § 2º do art. 62, do Anexo II, do RICARF, adoto a decisão do STF, para reconhecer o direito de o contribuinte excluir da base de cálculo da COFINS o ICMS destacado nas respectivas notas fiscais.

Contudo, a liquidez e certeza do direito creditório defendido devem ser apuradas no retorno à origem, com base nas planilhas e documentos juntados aos presentes autos.

Dispositivo

Do exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS, em montante a ser quantificado pela autoridade competente na origem.

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Original