



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13804.004984/2006-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-011.319 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2021
Recorrente DISTILLERIE STOCK DO BRASIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/08/2006

PIS/COFINS. REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO

O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 566.621, submetido à regra da repercussão geral (art. 543B, § 3º, do Código de Processo Civil), decidiu, em 4 de agosto de 2011, que, no que tange aos pedidos de repetição ou compensação de indébitos formalizados a partir de 9 de junho de 2005, aplica-se o prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento.

PIS/COFINS. ICMS. BASE DE CÁLCULO.

O STF, no julgamento do RE nº 574.706/PR, manifestou o entendimento pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pelo fato de este imposto não integrante do faturamento da pessoa jurídica, modulando-se os efeitos para sua aplicação a partir de 15/03/2017, preservando-se as ações judiciais e administrativas protocoladas antes desta data.

REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO NO CARF.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral devem ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer o direito de o contribuinte excluir o ICMS faturado das bases de cálculo do PIS e da Cofins e, conseqüentemente, o direito à repetição/compensação dos indébitos decorrentes dessa exclusão, exclusivamente, para os recolhimentos efetuados a partir de 28/12/2001, cabendo à unidade de origem apurar os valores dos indébitos.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

(documento assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Semíramis de Oliveira Duro, Marcos Antônio Borges (suplente convocado), Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada), Juciléia de Souza Lima, e Liziane Angelotti Meira (Presidente). Ausentes os conselheiros Ari Vendramini e Marco Antônio Marinho Nunes.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da DRJ em São Paulo/SP que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta contra o despacho decisório que indeferiu o Pedido de Restituição/Declaração de Compensação (PER/Dcomp) às fls. 02.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo indeferiu o PER/Dcomp sob os fundamentos de que o ICMS faturado integra a base de cálculo do PIS e da Cofins e, para os recolhimentos efetuados até 27/12/2001, na data de protocolo do pedido em 28/12/2006, o direito de o contribuinte repeti-los já havia prescrito.

Inconformada com o deferimento parcial do seu pedido, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade, requerendo o seu deferimento, alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

7.1 Sobre a prescrição dos tributos lançados por homologação, a jurisprudência do STJ oscilou durante algum tempo, mas pacificou-se quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835/SC, consagrando a "tese dos cinco mais cinco";

7.2 Considerando-se o tributo lançado por homologação ou auto lançamento, o Fisco pode homologá-lo expressa ou tacitamente. Não havendo outro prazo fixado em lei para a homologação, será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). A extinção do crédito tributário ocorrerá com a homologação e não com o pagamento antecipado, quando, então, deverá fluir o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 168, inciso I, do CTN;

7.3 Após o alinhamento da jurisprudência, com a consagração da tese dos "cinco mais cinco", entrou em vigor a Lei Complementar 118/2005, na tentativa de sepultar a tese consagrada. O referido diploma pretendeu dar eficácia aos seus dispositivos de imediato, mas a Corte Especial veio a reconhecer, na parte da imediata vigência, cunho de inconstitucionalidade (AI no EREsp 644.736/PE, Ref. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 170);

7.4 Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova;

7.5 Há de se entender por faturamento tudo aquilo resultante da venda de mercadorias ou prestação de serviços. Atualmente um imposto, o ICMS é incluído

como faturamento, levando ao absurdo de se considerar, portanto, imposto como faturamento e isso não é verdade. "Imposto não é faturamento";

7.6 A tese até aqui consagrada é a de que faturamento envolve conceito de natureza constitucional e, por isso, cabe ao Supremo, guardião da Constituição Federal, dar a palavra final sobre o impasse e a tendência, no julgamento que se encontra em curso no STF, é a de se consagrar como vitoriosa a tese de que cabe excluir da base de cálculo da COFINS o valor do ICMS, sacramentando o entendimento majoritário de que o valor do ICMS não é abrangido pelo conceito de faturamento;

7.7 Na realidade, o ICMS representa uma receita do Estado, configurando-se uma entrada de dinheiro. Não se constitui, portanto, como até agora se sustentou, principalmente, pelo Fisco, receita da empresa-contribuinte;

7.8 É, salutar, por conseguinte, o posicionamento que está sendo alcançado pelo STF, consolidado na assertiva de que o valor do ICMS não pode configurar faturamento. Desse modo, "o valor do ICMS, destacado na nota fiscal, para simples registro contábil-fiscal, não deve ser incluído na base de cálculo da COFINS;

7.9 O SUPREMO está mudando, com essa decisão em curso, o seu posicionamento, porque nos julgados anteriores considerava-se o ICMS como parte integrante do preço e, por conseguinte, fazendo parte do faturamento. Agora, a tendência é a de se entender que o ICMS não é preço, assim a ser mantida essa colocação, teríamos que o ICMS não mais poderia ser incluído na base de cálculo da COFINS.

Analisada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a improcedente, nos termos do Acórdão n.º 16-52.286, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/08/2006

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do recolhimento indevido (Ato Declaratório SRF n.º 96/99).

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

O ICMS devido pela empresa compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo do PIS e da COFINS. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo da contribuição que não estejam expressamente previstos em lei.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/08/2006

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do recolhimento indevido (Ato Declaratório SRF n.º 96/99).

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

O ICMS devido pela empresa compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo do PIS e da COFINS. Inadmissível excluir-se valores da base de cálculo da contribuição que não estejam expressamente previstos em lei.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

Intimada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário, requerendo a reforma da decisão recorrida e reconhecimento do seu direito à repetição/compensação pleiteada, alegando em síntese: 1) a inexistência da prescrição do seu direito, defendendo a tese dos cinco mais cinco; assim, com o advento da LC n.º 118/2005, com vigência em 09/06/2005, o prazo para a repetição dos indébitos é de cinco anos contados da data do pagamento e, relativamente, aos pagamentos anteriores, a contagem obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco a contar da vigência da nova lei; e, 2) o ICMS não integra o faturamento mensal da pessoa jurídica e, portanto, deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins; os diplomas legais que instituíram essas contribuições, a base eleita em todos eles, é o faturamento mensal; assim, o ICMS deve ser excluído.

Em síntese, é o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos do artigo 67 do Anexo II do RICARF; assim dele conheço.

As questões opostas nesta fase recursal restringem-se a prescrição do direito de a recorrente repetir/compensar os indébitos tributários do PIS e da Cofins e à exclusão do ICMS faturado da base de cálculo dessas contribuições.

Os indébitos reclamados decorrem da indevida inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins. Assim, analisaremos em primeiro lugar o direito à exclusão desse imposto das bases de cálculo dessas contribuições.

1) exclusão do ICMS faturado das bases de cálculo

Até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o entendimento na esfera administrativa e judicial era que o ICMS faturado integrava base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos da Súmula n.º 68 do STJ e do julgamento do Supremo na ADC n.º 1, de 1º de dezembro de 1993.

No entanto no julgamento daquele RE, o STF, em sede de repercussão geral, fixou a tese de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos da ementa reproduzida, literalmente:

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.

Posteriormente, no julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, visando modular os efeitos dessa decisão, o STF acolheu-os, em parte, para modular os efeitos do julgado, com aplicação depois da data de 15/03/2017, inclusive às ações judiciais e administrativas impetradas antes daquela data, nos termos da ementa reproduzida, literalmente:

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)

Em face dessas decisões, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) editou o Parecer SEI nº 7698/2021/ME, com a seguinte conclusão:

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.

Assim, 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 do PIS e da Cofins o ICMS faturado destacado nas respectivas notas fiscais.

2) prescrição

A prescrição do direito de se repetir/compensar indébitos tributários está regulada no CTN, art. 165, I, c/c o art. 168, I, que assim dispõe:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...).

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, **da data da extinção do crédito tributário**; (destaque não original)

(...).

A tese dos “cinco mais cinco”, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em face da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE nº 566.621, somente se aplica para os processos protocolados até a data de 9 de junho de 2005.

Na decisão do RE nº 566.621, o Plenário do STF, ao negar esse recurso, interposto pela União Federal, contra a decisão que reconheceu que a LC nº 118, de 09/02/2005, somente se aplica a partir de sua vigência, sacramentou-se o entendimento de que a tese dos “cinco mais cinco” somente se aplica aos processos protocolados antes da entrada em vigor daquela lei complementar, em 9 de junho de 2006.

Assim, nos termos do art. 168 do CTN, citado e transcrito anteriormente, e da decisão do STF, o prazo de cinco anos para apurar a prescrição do direito à repetição de indébitos tributários, no caso de pagamento indevido e/ ou a maior, deve ser contado a partir da extinção do crédito tributário pelo pagamento.

Este também é o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme prova a ementa do Acórdão nº 9900-001.017 – Pleno, datado de 11/12/2017, reproduzida literalmente:

O prazo para a repetição ou compensação de indébitos relativos a tributos sujeitos ao lançamento por homologação passou a ser de cinco anos contados da data do pagamento antecipado, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621, submetido à sistemática da repercussão geral.

Ações de repetição de indébito tributário ajuizadas após o dia 8 de junho de 2005 (a partir do dia 9 de junho) somente permitem, se for o caso, a devolução de tributos pagos indevidamente nos últimos 5 anos (aplicação da nova regra prevista no art. 3º da LC). Por outro lado, as ações de repetição de indébito ajuizadas até o dia 8 de junho de 2005 submetem-se ao entendimento antigo, até então predominante (tese dos “5+5”), de modo que permitem a devolução dos tributos pagos indevidamente, conforme o caso, até os últimos 10 anos.

REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO NO CARF.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral devem ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF

Assim, por força do disposto no § 2º do art. 62 do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, aplica-se ao presente caso a decisão do STF no RE nº 566.621.

No presente caso, o pedido de restituição foi protocolado na data de 28 de dezembro de 2006, conforme comprova o carimbo apostado às fls. 02.

Assim, levando-se em conta a decisão do STF, a recorrente faz jus à repetição/compensação dos pagamentos indevidos e/ ou a maior do PIS e da Cofins, cujos recolhimentos foram efetuados a partir de 28/12/2001, decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo dessas contribuições.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer o direito de o contribuinte excluir o ICMS faturado das bases de cálculo do PIS e da Cofins e, conseqüentemente, o direito à repetição/compensação dos indébitos decorrentes dessa exclusão, exclusivamente, para os recolhimentos efetuados a partir de 28/12/2001.

(documento assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes