



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

Processo nº 13819.002780/2008-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-006.452 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de janeiro de 2019
Matéria RESTITUIÇÃO - COFINS
Recorrente MERCEDES-BENZ DO BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 30/06/2008

RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA CARF Nº 91.

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO.

O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é 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 e aplicação da Solução de Consulta Interna nº 13/2018.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, em rejeitar a preliminar arguida e no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir o valor do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição, vencido o Conselheiro José Renato Pereira de Deus que dava provimento em maior extensão para excluir o ICMS destacado.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (presidente da turma), Corintho Oliveira Machado, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Walker Araujo e José Renato Pereira de Deus.

Ausente o Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

Por bem retratar a realidade dos fatos, adoto e transcrevo o relatório da decisão recorrida de fls. 763-767:

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada contra despacho decisório que indeferiu o pedido de restituição de indébitos do PIS, às fls. 02/12, protocolado em 12/08/2008, decorrente de pagamento indevido e/ ou a maior, referente às competências mensais de janeiro de 1998 a junho de 2008, pela inclusão indevida, segundo o interessado, do valor do ICMS faturado na base de cálculo dessa contribuição.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em São Bernardo do Campo, SP, indeferiu a restituição, conforme Despacho Decisório nº 393/2008, às fls. 35/35, sob as seguintes ementas:

“Período: 1998 a 2003 (até agosto 2003)

DECADÊNCIA

Constatada a ocorrência da extinção do direito de pleitear a restituição, nos termos do art. 168 do CTN, há que se indeferir o pedido.

Período: 2003 (de agosto de 2003) a 2008

Não cabe repetição de indébito quando as contribuições foram recolhidas de conformidade com as normas jurídicas vigentes.

LEGALIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

Cabe exclusivamente ao Poder Judiciário apreciar arguição de legalidade ou de Inconstitucionalidade de Leis.”

Intimado daquele despacho, inconformado o interessado apresentou manifestação de inconformidade (fls. 40/49), insistindo na restituição dos valores pleiteados, alegando, em síntese: i) a inoccorrência da decadência do seu direito, em relação aos indébitos tributários, decorrentes dos recolhimentos efetuados há mais de cinco anos, contados da data do protocolo do seu pedido, defendendo a tese dos “cinco + cinco”, ou seja, cinco para a extinção do crédito tributário, mediante homologação tácita, e mais cinco para exercer o direito, resultando prazo total de dez anos, contados do respectivo fato gerador; e, ii) o ICMS faturado não constitui receita da pessoa jurídica e sim do Estado e, portanto, não constitui receita nem faturamento e, conseqüentemente, não integra a base de cálculo da contribuição.

Para fundamentar seu pedido, expendeu extenso arrazoado sobre: “1. Preliminar. Da prova dos valores envolvidos; 2. Da Decadência; e, 3. Mérito Ilegitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS”, concluindo, ao final, que tem direito à restituição da contribuição paga sobre o ICMS faturado.

Intimada da decisão recorrida em 14.10.2015 (fls. 807), a Recorrente interpôs recurso voluntário em 10.11.2015 (fls.809-817), reproduzindo, em síntese apertada, suas alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo - Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Duas questões são objeto do litígio. A primeira diz respeito a tese do prazo decadencial do "cinco+cinco" para o contribuinte pleitear a restituição do indébito tributário e, a segunda envolve o direito do contribuinte excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

No primeiro ponto, a DRJ, seguindo a linha defendida pela fiscalização, aplicou o entendimento firmado no RE nº 566.621, no sentido de que 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, afastando, assim, o direito do contribuinte restituir os valores pagos entre as data de 13 de fevereiro de 1998 e 13 de junho de 2003, considerando que o pedido de restituição foi protocolado na data de 12 de agosto de 2008, a saber:

Os indébitos reclamados são decorrentes dos pagamentos da contribuição correspondentes às competências de janeiro de 1998 a junho de 2008, cujos recolhimentos ocorreram entre as datas de 10 de fevereiro de 1998 e 15 de julho de 2008.

Quanto aos supostos indébitos correspondentes às competências de janeiro de 1998 a maio de 2003, recolhidas entre as datas de 13 de fevereiro de 1998 e 13 de junho de 2003, na data de protocolo do presente pedido de restituição, em 12 de agosto de 2008, seu direito já havia prescrito.

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)

[...].”

Assim, nos termos deste dispositivo legal, 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.

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 provimento ao RE nº 566.221 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.

No presente caso, o pedido de restituição foi protocolado na data de 12 de agosto de 2008. Assim os valores correspondentes às competências de janeiro de 2008 a maio de 2003, decorrentes dos pagamentos efetuados entre as datas de 13 de fevereiro de 1998 e 13 de junho de 2003, foram atingidos pela prescrição quinquenal. A data limite para exercer o direito, em relação ao pagamento mais recente, competência de maio de 2003, expirou em 13 de junho de 2008.

Assim, para as competência de janeiro de 1998 a maio de 2003, não há que se falar em restituição em face da prescrição quinquenal do direito de o interessado reclamar tais valores.

Tal matéria foi sumulada por este Conselho, onde restou decidido que¹: “Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018)”.

Nos termos da referida súmula, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos aos pedidos de restituições protocolados em data anterior a 09.06.2005, sendo, assim, correta a decisão recorrida.

Já em relação ao segundo ponto, 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.

¹ Súmula CARF nº 91

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, matéria está incontroversa no RE 574.706, 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 relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.715, de 1998, art. 2o; Lei no 9.718, de 1998, arts. 2o e 3o; Lei no 10.637, de 2002, arts. 1o, 2o e 8o; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009;

Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

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

a) o montante a ser excluído da base de calculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de calculo mensal, conforme o Código de Situação tributaria (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de calculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de calculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com transito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

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

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.

Processo nº 13819.002780/2008-15
Acórdão n.º **3302-006.452**

S3-C3T2
Fl. 830

Diante do exposto, voto em rejeitar a preliminar arguida e no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir o valor do ICMS a recolher da base de cálculo da contribuição.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo