



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13819.900232/2012-39
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-001.970 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 17 de agosto de 2021
Recorrente AMCOR PACKAGING DO BRASIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2002 a 30/11/2002

DIREITO CREDITÓRIO. LIQUIDEZ E CERTEZA

Não deve ser reconhecido o crédito, quando não forem apresentadas provas de sua liquidez e certeza.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira e Sabrina Coutinho Barbosa.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância:

“O interessado transmitiu Per/Dcomp visando a restituir o crédito nele informado em razão de pagamento indevido ou a maior de Cofins cumulativa, relativo ao fato gerador de 30/11/2002.

A Delegacia da Receita Federal de jurisdição do contribuinte emitiu despacho decisório eletrônico no qual indefere a restituição pleiteada, sob o argumento de que o pagamento foi utilizado na quitação integral de débito da empresa, não restando saldo creditório disponível.

Irresignado com o indeferimento do seu pedido, tendo sido cientificado em 08/02/2012 (fl. 44), o contribuinte apresentou, em 08/03/2012, a manifestação de inconformidade de fls. 2/15, a seguir resumida.

Explica que para a apuração do valor indevidamente pago, elaborou planilha demonstrando a diferença entre o efetivamente recolhido e o devido, excluindo-se o ICMS da base de cálculo da Cofins e do PIS.

Aduz ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, pois os limites constitucionais prevêm a incidência dessas contribuições sobre o faturamento ou receita; o ICMS não compõe nem o faturamento nem a receita do sujeito passivo, mas de terceiro, qual seja, o fisco estadual; o ICMS representa ônus para o contribuinte, e não receita; a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins só pode ser feita por lei complementar, razão pela qual afigura-se inconstitucional.

Além disso, a inclusão do ICMS na base de cálculo importa ofensa ao art.

110 do CTN, porque altera o conceito e definição de receita e faturamento, que são termos do direito comercial e privado.

Acrescenta que o voto do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, apesar de se tratar de julgamento não encerrado, expressa o entendimento do STF e demonstra a plausibilidade do direito invocado e a necessidade de pronta prestação jurisdicional.

Em face das razões expendidas, pede a reforma do despacho decisório para que seja deferido o pedido de restituição.

É o relatório.”

A DRJ julgou a manifestação de inconformidade improcedente. O Acórdão não foi ementado.

Registrou que a LC nº 70/91 e Leis nº 9.715/98, 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 determinam a incidência da COFINS sobre o faturamento e não contêm previsão de exclusão do ICMS.

Que não cabe ao julgador administrativo apreciar questão que verse sobre a constitucionalidade de dispositivo legal.

E que a matéria estava em discussão no STF (RE nº 574.706/PR), porém ainda não havia transitado em julgado.

O contribuinte interpôs recurso voluntário, em alega o seguinte:

- 1) Ao contrário do que alegou a DRJ, não há necessidade de a legislação conter previsão acerca da exclusão do ICMS, pois o tributo não integra a receita/faturamento. O ICMS não é receita do contribuinte, porém do Estado.
- 2) O ICMS não integra o conceito de faturamento, pois o valor não se incorpora ao patrimônio do contribuinte.
- 3) Em sede do RE nº 574.706, o STJ decidiu que o ICMS não integra as bases de cálculo do PIS e da COFINS, estando pendente tão somente o julgamento dos embargos de declaração, para modulação de efeitos.
- 4) Para apuração do crédito, foi elaborada planilha (fl. 39, doc. 04 da manifestação de inconformidade). O DARF foi indicado no despacho decisório e o ICMS sobre o qual foi calculado o crédito poderá ser conferido com o Livro de Apuração do ICMS, o qual sempre esteve disponível para a fiscalização e que seria oportunamente juntado aos autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Relator.

O recurso voluntário preenche os requisitos legais de admissibilidade e deve ser conhecido.

Os fatos encontram-se detalhadamente descritos no relatório, pelo que apresento apenas um breve sumário.

Trata-se de pedido de ressarcimento de COFINS de dezembro de 2001. O PER/DCOMP foi transmitido em 15/10/07 (fl. 45).

O pedido foi negado pela unidade de origem, porque o DARF estava integralmente vinculado a débito confessado.

Em ambas as defesas, alega que incluiu o ICMS na base de cálculo da COFINS. Contudo, em posterior releitura da legislação aplicável, concluiu que o tributo não integra o faturamento. Refez a base de cálculo e apurou pagamento indevido. Juntou planilha, onde há o valor do ICMS e a COFINS incidente, que constitui o crédito pleiteado.

A DRJ não reconheceu o crédito, por falta de previsão legal sobre exclusão do ICMS das bases tributáveis pela COFINS.

Examino os autos.

No RE nº 574.706/PR, com repercussão geral e datado de 15/03/17, o STF decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS:

“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.”

A PGFN opôs embargos de declaração.

Em sessão do dia 13/05/21, os embargos foram acolhidos em parte. Restou decidido que o julgado produzirá efeitos a partir de 15/03/17, ressalvados os processos administrativos e judiciais iniciados antes desta data. Foi confirmada a tese da exclusão do ICMS das bases do PIS e da COFINS, que corresponderá ao valor do ICMS destacado nas notas fiscais de venda:

“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).”

Com o trânsito em julgado do RE nº 574.706/PR, cuja repercussão geral foi reconhecida, em princípio, poder-se-ia acatar o pleito da recorrente, por força da alínea “b” do inciso II do art. 62 do RICARF.

Contudo, o conjunto probatório juntado aos autos é insuficiente.

O art. 165 do CTN dispõe que o contribuinte tem o direito de pleitear restituição dos tributos indevidamente pagos. Contudo, é sua incumbência apresentar provas de sua legitimidade (art. 373 do CPC).

A recorrente deveria de ter trazido demonstrativo do cálculo do pagamento indevido, contendo as bases de cálculo e valores devidos da COFINS do mês de novembro de 2002, originais e retificados, integralmente conciliados com registros contábeis, guias de pagamento, DCTF, DAICON e Livro de Apuração de ICMS. Aliás, em ambas as defesas, a recorrente mencionou que carregaria aos autos o Livro de Apuração de ICMS, o que, todavia, não aconteceu.

Portanto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira