



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13888.901662/2011-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-001.122 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2020
Recorrente INDUSTRIA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS CASSIANO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do Fato Gerador: 30/09/2004

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS.
APLICAÇÃO DO PARADIGMA POSTERIOR À SUA PUBLICAÇÃO.
ART. 1.040. CPC.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal-STF, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS. “A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.” (AI 523.706 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, julgado em 10/04/2018).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)
Marcos Roberto da Silva – Presidente

(documento assinado digitalmente)
Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator

(

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva, Francisco Martins Leite Cavalcante e Luis Felipe de Barros Reche.

Relatório

Trata-se de Manifestação de Inconformidade interposta em face do Despacho Decisório em que foi apreciada Declaração de Compensação (PER/DCOMP) (fls. 24/28), por intermédio da qual a contribuinte pretende compensar débitos de sua responsabilidade com crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributo (Cofins), concernente ao período de apuração 30/09/2004.

Por despacho decisório de fl. 7, não foi reconhecido direito creditório a favor da contribuinte e, por conseguinte, não homologada a compensação declarada no presente processo, ao fundamento de que os pagamentos informados foram integralmente utilizados para quitação de débitos da contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

A decisão recorrida assim os argumentos do contribuinte constantes de sua manifestação de inconformidade (fls. 42/45), *verbis*.

Cientificada (fl. 23), a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 2/6) alegando, em síntese, o seguinte:

1.DOS FATOS.

A Impugnante, no exercício do seu objeto social, se sujeita a toda gama de obrigações, tanto de ordem privada quanto pública, inclusive no que concerne ao recolhimento e ao cumprimento de obrigações tributárias, referentes ao PIS/COFINS.

Consoante o disposto no artigo 2º, da Lei Complementar nº 70/91, a COFINS das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, do mesmo modo que a Lei Complementar nº 7/70 determinou a incidência do PIS sobre a mesma grandeza, atualmente ratificado pela Lei nº 9.718/98, e art. 1º das Leis 10.637/02, e art. 1º da Lei nº 10.833/03 e alterações posteriores.

Ao efetuar a venda de seus produtos, a Impugnante a faz recolhendo aos cofres estaduais o ICMS, imposto esse que repassa ao seu preço, incluindo-o, por isso em seu faturamento, ou seja, com isso o ICMS compõe a base de cálculo do PIS/COFINS, embora não seja faturamento, não se constituindo como receita operacional do contribuinte, nos termos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal (Recursos Extraordinários ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, publicados no DJ de 6.2.06).

Nesse passo, ciente da inconstitucionalidade aplicada nessa sistemática, eis que não espelha a real base de cálculo do PIS/COFINS, vista como o faturamento das empresas, a Impugnante requereu a compensação do valor indevidamente recolhido, por meio eletrônico.

Ao realizar a apuração dos valores, objeto do pedido compensatório, a autoridade fiscal glosou o crédito tributário, sob a pecha de inexistência do crédito, não homologando a compensação declarada.

Em que pese o teor da decisão, deve a mesma ser revista, pois o procedimento adotado pela Impugnante encontra amparo em entendimento pacífico proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

2. DO DIREITO

A saber, a questão referente à não incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS circula de há muito nas instâncias julgadoras, tanto administrativas quanto judiciais. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral no caso, por meio do recurso extraordinário nº 240.785-2/MG, já se inclinou, por maioria dos votos prolatados pelos ministros, que o ICMS não deve fazer parte da base de cálculo do PIS/COFINS.

Já que o ICMS, como tributo estadual, é considerado despesa do sujeito passivo da COFINS e, concomitantemente, receita do Erário Estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência da COFINS e do PIS.

A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS resulta em tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte. Neste caso, o contribuinte, ao arcar com a obrigação tributária em comento, suporta uma carga tributária além do que está legalmente definido para o regular exercício da sua atividade econômica, e aquele do que permite a Constituição Federal.

Diante desse quadro, a Impugnante, sabedora de seus direitos, considerando inicialmente que o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS já fora declarado inconstitucional pelo STF, e que esse entendimento conduz à decisão referente a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, separou a contribuinte, de sua escrita fiscal, os valores indevidamente recolhidos a título de PIS/COFINS, e laborou o procedimento compensatório eletrônico, posteriormente glosado pela autoridade fiscal e levado à efeito na presente cobrança.

Somente com esteio na decisão proferida pelo STF, já seria crível a anulação da presente notificação, em respeito ao quanto decidido pela Corte Suprema.

Contudo, por cautela, e em razão da maioria dos votos proferidos pelo STF a respeito da matéria restar favorável ao contribuinte, é de bom alvitre que o débito cobrado seja suspenso, até que se publique o resultado do acórdão.

É dizer, casos seja dado seguimento à presente cobrança, posteriormente ter-se-á que restituir todo o montante exigido, pois a matéria já não comporta mais digressões: o ICMS não deve fazer parte da base de cálculo do PIS/COFINS, forçando-se concluir por sua exclusão.

A despeito desse entendimento, a matéria já está positivada. O Código de Processo Civil, em seu artigo 475-L, § 1º preconiza que o débito tributário não pode ser cobrado, ante decisão proferida pelo STF, que declara a inconstitucionalidade de tributo.

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II - inexigibilidade do título; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) SP RIBEIRAO PRETO DRJ Fl. 33

III - penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV - ilegitimidade das partes; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

V - excesso de execução; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Posteriormente ao protocolo, a Impugnante, em respeito ao princípio da verdade material que deve nortear os processos administrativos, instruirá a presente defesa com a documentação específica ao valor declarado, demonstrando a diferença/adição/exclusão do montante compensado.

3. DO PEDIDO.

Por tudo quanto fora exposto, requer-se seja conhecida e julgada a presente DEFESA para reformar a notificação, reconhecendo o direito ao crédito pleiteado, anulando-a em sua totalidade o despacho decisório impugnado, ou caso V. Sa. Assim não entenda, que suspenda a cobrança do crédito, até a prolação da decisão em definitivo pelo STF.

Em extenso arrazoadado (fls. 45/53), o acórdão recorrido julgou improcedente a manifestação de inconformidade do sujeito passivo, por entender que “não há dúvidas de que, conforme a legislação vigente, o valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins e do PIS” (fls. 52), podendo-se resumir seus argumentos decisórios na seguinte ementa (fls. 42), *verbis*.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS

O valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins não-cumulativa.

DCOMP. CRÉDITO. INDEFERIMENTO.

Pendente, nos autos, a comprovação do crédito indicado na declaração de compensação formalizada, impõe-se o seu indeferimento.

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e a existência do crédito que alega possuir junto à Fazenda Nacional para que sejam aferidas sua liquidez e certeza pela autoridade administrativa.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Apenas os créditos líquidos e certos são passíveis de compensação tributária, conforme artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Regularmente cientificada do teor do acórdão recorrido, eletronicamente e por decurso de prazo, em 20 de julho de 2013 (AR, fls. 62/63), ingressou o sujeito passivo com Recurso Voluntário em 20 de agosto de 2013 (fls. 83/101), instruído apenas com cópias da procuração ao advogado, atos constitutivos da empresa, e Acórdãos do STF (fls. 102/120), reiteando seus argumentos impugnatórios de que, por decisão da Suprema Corte, em decisão com Repercussão Geral, ficou definitivamente decidido que o ICMS não integra a base de cálculo para fins de cobrança das contribuições à Cofins e ao Pis/Pasep.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator.

O recurso é tempestivo, uma vez que a empresa foi notificada do teor da decisão recorrida em 20 de julho de 2013 (AR, fls. 62), e o Recurso Voluntário foi protocolado no dia 20 de agosto de 2013 (fls. 83), dentro do prazo legal de que trata o art. 33 do Decreto 70.235/1972. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, tomo conhecimento do apelo do recorrente.

Como relatado, trata-se de Manifestação de Inconformidade interposta em face do Despacho Decisório em que foi apreciada Declaração de Compensação (PER/DCOMP) (fls. 24/28), por intermédio da qual a contribuinte pretende compensar débitos de sua responsabilidade com crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributo (Cofins), concernente ao período de apuração 30/09/2004.

O acórdão recorrido julgou improcedente a manifestação de inconformidade do sujeito passivo, por entender que “não há dúvidas de que, conforme a legislação vigente, o valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins e do PIS” (fls. 52).

Em resumo, sustenta o contribuinte tanto na impugnação quanto no recurso, que o crédito pretendido refere-se a pagamentos indevidamente efetuados tendo como receita a

inclusão do ICMS na base de cálculo para apuração das contribuições sociais para a COFINS e o PIS/PASEP, incidência essa que reiteradamente vem sendo declarada inconstitucional pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

Cita diversos Acórdãos oriundos do STF declarando a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1997, entendendo que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições devidas para o PIS/PASEP e a COFINS, a partir do julgamento proferido na análise do Processo nº 18471.000899/2006-83, resultando no Acórdão CSRF nº 9303-01.032, sessão de 23 de agosto de 2010, assim ementado, *verbis*.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/07/2004

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. RECEITAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS, FINANCIAMENTOS E VARIAÇÕES CAMBIAIS.

Nos termos do parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97, os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, devem afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em decorrência, descabe a tributação das receitas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e variações cambiais, incluídas na base de cálculo do PIS/COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF.

Recurso Especial do Contribuinte Provido

Atualmente a jurisprudência da Suprema Corte é unânime, iterativa e pacífica no sentido de que o ICMS não incide a base de cálculo relativamente à apuração das contribuições devidas ao PIS/PASEP e à COFINS, entendimento este pacificado em 15 de maio de 2017, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/Paraná, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendendo que “é 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”.

Concluiu, então, o Supremo Tribunal Federal que 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”, posto que “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”.

Mencionado Acórdão, pois, resumiu toda a discussão da matéria a nível do Supremo Tribunal Federal, e encontra-se em fase de Repercussão Geral (REx 574.706/PR), que ainda não transitou em julgado em virtude de Embargos Declaratórios interpostos pela PGFN, em que se questiona principalmente aspectos de natureza política e econômica, e busca-se mitigar a aplicação para que os efeitos financeiros do julgado não tenham caráter retroativo.

Com relação ao mérito da matéria jurídica propriamente dita é extrema de dúvida que, na esteira da iterativa e reiterada jurisprudência anteriormente produzida pelo STF, a decisão consubstanciada no mencionado acórdão é definitiva e não será revista pela Corte Suprema.

Consequentemente, tem-se que, embora não tenha ainda transitado em julgado, a decisão consubstanciada no REx 574.706/PR tem caráter definitivo relativamente ao mérito de que o ICMS não incide a base de cálculo para fins de cobrança das contribuições para a COFINS e PIS/PASEP, entendimento firme já assentado no âmbito do STF, como expressamente frisado no voto da Ministra Cármen Lúcia que resultou no Acórdão acima citado, *verbis*.

8. Por ser inviável a apuração do ICMS considerando cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, resolveu-se adotar o sistema de sua 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. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS.

.....(omissis).....

Essa forma escritural de cálculo do ICMS a recolher baseia-se na verdade matemática segundo a qual a ordem dos fatores não altera o resultado⁴. É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.

9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (Destaquei).

Logo, por considerar definitiva a decisão de mérito no sentido de que, de fato, o ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, entendo supletivamente aplicável ao caso, inclusive como reforço de fundamentação, a expressa recomendação de que cuida o § 2º, art. 62, do RICARF, determinando que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF e STJ, na sistemática de Repercussão Geral, devem ser reproduzidas nos julgamentos proferidos no âmbito deste Colegiado.

Diante do exposto, voto no sentido de tomar conhecimento para DAR PROVIMENTO integral ao Recurso Voluntário do contribuinte, ora recorrente.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Martins Leite Cavalcante – Relator.

Fl. 7 do Acórdão n.º 3001-001.122 - 3ª Seção/1ª Turma Extraordinária
Processo nº 13888.901662/2011-73