



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.002237/2006-93
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-012.736 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 10 de dezembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMÉRCIO E INDÚSTRIA RESIMA S/A

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

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

BASE DE CÁLCULO PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. MODULAÇÃO DE EFEITOS. RESSALVADAS AÇÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS PROTOCOLADAS ATÉ 15/03/2017.

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”.

Os efeitos dessa decisão devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até 15.03.2017.

O ICMS que não compõe a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício e relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela PGFN em face do Acórdão nº 3302-007.650, de 23/10/2019, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

O acórdão recorrido foi assim ementado e decidido:

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

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. APLICAÇÃO DO PARADIGMA POSTERIOR 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 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe109 DIVULG 01 062018 PUBLIC 04062018)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir o ICMS recolhido da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do voto do relator. Vencida a conselheira Larissa Nunes Girard (suplente convocada), que votou por não excluir da base de cálculo o icms. E José Renato Pereira de Deus (relator) que votou por excluir o ICMS recolhido e o destacado em nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Corinto Oliveira Machado.

Em seu recurso especial, a PGFN aduziu que nos embargos de declaração opostos pela União no RE 574.706 houve questionamentos sobre vários pontos a serem esclarecidos, além da questão relativa à exclusão do ICMS destacado na apuração da base de cálculo, a saber:

- a. Erro material e omissão no que se refere aos arts. 187 da Lei nº 6.404/76 e 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77;
- b. Omissão no que se refere à semelhança entre o caso decidido e a questão definida no RE 212.209 e no RE 582.461-RG, verificando-se necessidade de correta apresentação de *distinguishing*, de modo que se tenha correta extensão e alcance do julgado;
- c. Contradição quanto ao alcance de lições doutrinárias apresentadas em tema de definição de *receitas*;
- d. Obscuridade decorrente da diversidade da utilização de fundamentos amplos e decorrentes efeitos diversos;

e. contradição e obscuridade quanto à fixação do total do imposto incidente em face do imposto a ser recolhido em etapa da cadeia produtiva e comercial;

f. Modulação de efeitos, com reverência aos impactos financeiros e orçamentários, a possibilidade de transferências aleatórias de riqueza social, bem como quanto às dificuldades operacionais para a aplicação retroativa do entendimento.

Alegou que o acatamento das questões opostas em embargos poderia levar, inclusive à reversão do entendimento pelo STF.

No mérito, defendeu a inclusão do ICMS no conceito de faturamento e, consequentemente, da base de cálculo do PIS e Cofins.

O despacho de admissibilidade de e-fls. 329/332 deu seguimento ao recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas – Relator.

Preenchidos todos os requisitos e respeitadas as formalidades regimentais, **conheço** do Recurso Especial.

No mérito, a matéria encontra-se pacificada pelo STF no julgamento do RE 574.706, sob repercussão geral, cujo acórdão foi publicado 02/10/2017 com a seguinte ementa e decisão:

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 Supremo Tribunal Federal 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em **dar provimento ao recurso extraordinário**, nos termos do voto da Relatora, proferido na Sessão de 9 de março de 2017. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Falaram, pela Recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e o Dr. Fábio Martins de Andrade; pela Recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

Brasília, 15 de março de 2017.

Ministro **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

Em face da referida decisão, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração, julgados em 13/05/2021 e publicado em 12/08/2021, com o seguinte resultado:

Ementa

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Decisão

Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que acolhia, 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” -, ressaltadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux.

Plenário, 12.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). 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).

A decisão proferida pela Ministra Carmén Lúcia acolheu, em parte, os embargos de declaração quanto à modulação de efeitos, nos termos acima expostos.

Em vista desta decisão, a PGFN emitiu o Parecer SEI nº 7698/2021, aprovado pelo Despacho nº 246 – PGFN-ME, de 24/05/2021, o qual concluiu 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 dessa decisão devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até 15.03.2017; e
- c) o ICMS que não compõe a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

Os presentes autos versam sobre pedido de restituição protocolados em 24/11/2006 (e-fl. 2) e, portanto, incluídos na ressalva da alínea “b” acima, sendo aplicável a decisão proferida pelo STF, ou seja, de que o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins.

A decisão recorrida considerou excluído o ICMS recolhido, não tendo havido recurso especial por parte do contribuinte. Assim, deve prevalecer a decisão recorrida.

Diante do exposto, voto para negar provimento ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas