



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.902782/2012-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3302-008.638 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de junho de 2020
Recorrente RHODIA BRASIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 31/05/2002

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO (PIS/COFINS).

O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS recolhido, conforme Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, interpretando entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro José Renato Pereira de Deus que estende a exclusão do valor do ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo das contribuições.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinicius Guimarães, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Corintho Oliveira Machado, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Relatório

Adota-se o relato da decisão recorrida com as devidas adições:

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 31/05/2002.

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. 7), o contribuinte apresentou, em 05/03/2012, a **manifestação de inconformidade** de fls. 10/26, a seguir resumida.

Informa que transmitiu o Pedido de Restituição do valor pago a maior de Cofins/PIS em decorrência da indevida inclusão em sua base de cálculo dos valores recolhidos de ICMS no mesmo período.

O conceito de faturamento, antiga base de cálculo da Cofins/PIS, foi fixado pela doutrina e jurisprudência como equivalente à receita bruta decorrente da venda de bens e serviços. O conceito de receita, que engloba o de faturamento, não se desliga da noção de aquisição de propriedade de valores financeiros pela sociedade. Mas essa distinção não é relevante, pois o valor do ICMS repassado na cadeia desse imposto não constitui sequer receita, conceito mais amplo que o de faturamento. Assim, tanto na vigência da Lei nº 9.718/1988 quanto das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 a incidência das contribuições não tangencia receitas de outra pessoa que não o sujeito passivo, como ocorre no caso do ICMS destacado nas notas fiscais de venda de mercadorias, por força impeditiva de disposições expressas e princípios constitucionais, ainda que tais valores transitem por sua contabilidade.

No caso do ICMS, o ônus econômico é repassado ao consumidor final, e o contribuinte direito é apenas um agente arrecadador, o qual não sente reflexo algum em seu patrimônio. O conceito de receita decorre sempre do exercício da atividade empresarial, representando receita nova que ingressa ao patrimônio da sociedade. O ICMS que transita pela empresa é receita pública, e, portanto, não consubstancia receita própria.

A Lei nº 9.718/1988 jamais incluiu o ICMS na base de cálculo da Cofins/PIS e, por outro lado, é estapafúrdia a afirmação de que, ao não listar expressamente o ICMS entre as possibilidades de exclusão da base de cálculo em foco, a referida lei teria albergado tal inclusão. Dessa forma, sem qualquer afronta ao art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, é perfeitamente possível e recomendável que os órgãos julgadores administrativos deem a devida interpretação aos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1988, para o que não se faz necessária qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim uma interpretação harmônica com a Constituição Federal, em prestígio também ao Princípio da Capacidade Contributiva. A incidência dessas contribuições sobre fato diverso que não demonstra capacidade contributiva não pode ser admitida, sendo certo que a legislação ordinária não pretendeu fazê-lo.

Sobre o assunto, transcreve entendimentos doutrinários, conceituação de receita do Ibracon e jurisprudência dos tribunais.

Por fim, requer seja reconhecido seu direito à restituição do montante de Cofins/PIS recolhido a maior em decorrência da indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo, protesta pela produção de todos os demais meios de prova em Direito admitidos, especialmente por perícia contábil, para a qual indica perito e relaciona quesitos, e pela sustentação oral perante o CARF.

Em 23/10/2018, a DRJ/BHE julgou improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório vindicado.

Intimado da decisão, em 28/11/2018, consoante Termo de ciência por abertura de mensagem, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, tempestivo, em 21/12/2018, consoante Termo de solicitação de juntada de documentos, no qual requer provimento ao recurso voluntário, para reconhecer seu direito à restituição do montante de Cofins/PIS recolhido a maior em decorrência da indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo, protesta pela produção de todos os demais meios de prova em Direito admitidos, especialmente por perícia contábil.

Posteriormente, o expediente foi encaminhado a esta Turma ordinária para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, merece ser apreciado e conhecido.

Em não havendo preliminares, passa-se de plano ao mérito do litígio.

A decisão recorrida, em outubro de 2018, indeferiu a restituição pleiteada porque não havia previsão legal para as exclusões pleiteadas e não restava caracterizado o pagamento indevido ou maior que o devido, inclusive manifestando-se acerca da lide no STF tratando da matéria:

(...) Não se desconhece que a presente matéria está em discussão no Supremo Tribunal Federal, especialmente no RE nº 574.706-PR, ainda não transitado em julgado. No entanto, não há como estender qualquer entendimento favorável aos contribuintes para os julgamentos procedidos administrativamente, conforme entendimento exposto na Solução de Consulta Cosit nº 137, de 16 de fevereiro de 2017: (...)

Pois bem, no âmbito administrativo o tema evoluiu de maneira favorável aos contribuintes, tanto que muitas Turmas do CARF, notadamente este Colegiado, vem aplicando reiteradamente 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 CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo 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 cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no

juízo 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 cálculo 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 cálculo 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 CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo 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 cálculo 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 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 cálculo 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 cálculo 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 9.718, 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.

Os acórdãos n.º 3302-007.164, de 23/05/2019 e n.º 3302-007.650, de 23/10/2019 são exemplos *inter plures* do acatamento da decisão de plenário do STF no RE n.º 574.706-PR, ainda não transitada em julgado, por parte desta Turma.

Posto isso, voto por **dar provimento** ao recurso voluntário, para excluir o valor do ICMS recolhido da base de cálculo das contribuições e determinar o retorno dos autos à unidade de origem para análise do crédito apurado pela Recorrente.

(documento assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado