



Receita Federal

Coordenação-Geral de Tributação

PROCESSO	00000.000000/0000-00
SOLUÇÃO DE CONSULTA	61 – COSIT
DATA	26 de março de 2024
INTERESSADO	CLICAR PARA INSERIR O NOME
CNPJ/CPF	00.000-00000/0000-00

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

REGIME NÃO CUMULATIVO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DOS CRÉDITOS DA CONTRIBUIÇÃO.

Desde que observada a legislação pertinente, a pessoa jurídica enquadrada no regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep:

a) até 30 de abril de 2023, pode não excluir o ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição da base de cálculo dos créditos da referida contribuição;

b) a partir de 1º de maio de 2023, deve excluir o ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição da base de cálculo dos créditos da referida contribuição.

SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 267, DE 31 DE OUTUBRO DE 2023.

ADICIONAL DA ALÍQUOTA DO ICMS. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA E ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

O valor referente ao adicional de alíquota do ICMS destinado aos Fundos Estaduais de Combate à Pobreza não deve ser excluído da base de cálculo da incidência da Contribuição para o PIS/Pasep, visto ostentar natureza jurídica que não se confunde com a do ICMS propriamente dito, na medida em que tem efeito “cascata”, por ser cumulativo, além de possuir vinculação específica e não se sujeitar à repartição de que cuida o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal.

Dispositivos legais: Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, §2º, inciso III; Medida Provisória nº 1.159, de 2023; Lei nº 14.592, de 2023, art. 6º; Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 2022, art. 171; Parecer SEI nº 14.483/2021/ME, de 2021, item 60, alínea "c"; Constituição Federal, arts. 158, inciso IV, 167,

inciso IV, e 195, § 6º; Ato das Disposições Constitucionais Federais Transitórias, art. 82; e Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), art. 16.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
REGIME NÃO CUMULATIVO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DOS CRÉDITOS DA CONTRIBUIÇÃO.

Desde que observada a legislação pertinente, a pessoa jurídica enquadrada no regime não cumulativo da Cofins:

- a) até 30 de abril de 2023, pode não excluir o ICMS das notas fiscais de entrada/compra da base de cálculo dos créditos da referida contribuição;
- b) a partir de 1º de maio de 2023, deve excluir o ICMS das notas fiscais de entrada/compra da base de cálculo dos créditos da referida contribuição.

SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 267, DE 31 DE OUTUBRO DE 2023.

ADICIONAL DA ALÍQUOTA DO ICMS. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA E ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

O valor referente ao adicional de alíquota do ICMS destinado aos Fundos Estaduais de Combate à Pobreza não deve ser excluído da base de cálculo da incidência da Cofins, visto ostentar natureza jurídica que não se confunde com a do ICMS propriamente dito, na medida em que tem efeito “cascata”, por ser cumulativo, além de possuir vinculação específica e não se sujeitar à repartição de que cuida o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal.

Dispositivos legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, §2º, inciso III; Medida Provisória nº 1.159, de 2023; Lei nº 14.592, de 2023, art. 7º; Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 2022, art. 171; Parecer SEI nº 14.483/2021/ME, de 2021, item 60, alínea "c"; Constituição Federal, arts. 158, inciso IV, 167, inciso IV, e 195, § 6º; Ato das Disposições Constitucionais Federais Transitórias, art. 82; e Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), art. 16.

Assunto: Normas de Administração Tributária

CONSULTA. INEFICÁCIA PARCIAL. DECISÃO TERMINATIVA DOS AUTOS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. NÃO PRODUÇÃO DE EFEITOS PRÓPRIOS.

É ineficaz o ponto da consulta que se refere a fato objeto de litígio no qual o consulente é parte, pendente de decisão definitiva, além de ter sido objeto de deliberação judicial ainda não modificada.

Dispositivos legais: Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021, art. 27, incisos IV e VI.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta interposta pela pessoa jurídica qualificada à epígrafe, protocolada, à época, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, a qual foi revogada pela Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 9 de dezembro de 2021. De início, a solicitante participa haver aforado ação judicial em 31 de julho de 2018 com vistas a excluir o ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) das bases de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, tendo o pleito sido concedido a final, com passamento em julgado a 30 de setembro de 2019.

2. Articula que foi iniciado o processo de habilitação do crédito perante esta Secretaria, o qual, alegadamente, veio a ser deferido em 12 de agosto de 2020. Assevera que apurou o crédito com base no ICMS devidamente pago, nos termos da Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, de 18 de outubro de 2018, tendo aquele sido compensado no ano de 2020 por meio de PER/DCOMP Web.

3. Lembra que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 13 de maio de 2021, o Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o rito da repercussão geral, decidindo que o ICMS a ser excluído das referidas bases de cálculo é aquele destacado na nota fiscal.

4. Esclarece ser tributada com base no lucro real, sujeitando-se ao regime de apuração não cumulativa das mencionadas contribuições, de que tratam a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

5. Destaca que a sentença de mérito proferida nos autos do feito judicial em comento estabeleceu prazo retroativo quinquenal para a prescrição da exclusão do valor total de ICMS destacado na nota fiscal de saída das bases de cálculo das contribuições em questão.

6. Assinala, expressamente, a inexistência de ação rescisória desconstitutiva do direito do contribuinte de observar o prazo retroativo quinquenal para efeito de exclusão do valor total de ICMS destacado na nota fiscal de saída das bases de cálculo das contribuições em apreço.

7. Sublinha que o descumprimento da obrigação existente e a inexigibilidade da execução não se enquadram no art. 535, inciso III, §§ 5º, 7º e 8º, do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

8. Acentua que o Excelso Pretório, no exame do Tema 630 da repercussão geral (**rectius**: 360), de que trata o Recurso Extraordinário nº 611.503/SP, pacificou o entendimento de que os julgados da Corte que declaram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma são aplicados apenas aos processos sem transcurso em julgado.

9. Salaria que a coisa julgada é princípio de segurança jurídica previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição, afirmando, um tanto acacianamente, que *“a exceção ao princípio de sua intangibilidade não opera automaticamente como mero corolário lógico de declaração”*.

10. A título de fundamentação legal da peça consultiva, evoca a Lei nº 10.833, de 2003, e o Parecer SEI nº 7.698/2021/ME, este último acostado às fls. 40-45.

11. De seguida, formula estes quesitos:

i. em virtude de a consulente sujeitar-se ao regime de apuração não cumulativa das ditas contribuições e de não haver previsão a respeito na Lei nº 10.833, de 2003, está a requerente também obrigada a excluir o ICMS das bases de cálculo das notas fiscais de entrada/compra que geram créditos daqueles tributos?

ii. em razão de a consulente destacar, em campo próprio, o ICMS normal sob a alíquota de 18% (dezoito por cento), e, em separado, o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (FECF) à alíquota de 2% (dois por cento), o qual também integrava as bases de cálculo das contribuições em tela, pode o valor destacado a título de FECF ser considerado como ICMS e também ser excluído destas?

iii. tendo em conta a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, e que *“a exceção ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, como forma de segurança jurídica prevista na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI, para o caso, encontra previsibilidade normativa, ante a ausência de ação rescisória”*, pode a consulente retroagir a apuração do crédito com base no valor destacado na nota fiscal a cinco anos da data de ingresso da ação judicial, em 31 de julho de 2018?

12. Atravessa aos autos documentação relativa aos seus instrumentos constitutivos, sentenças de duas ações judiciais, bem como certidão narratória da primeira delas.

13. Enfim, presta as declarações atualmente exigidas pelo art. 14, incisos I a III, da Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021.

14. Esse é o relatório, em apertada síntese.

FUNDAMENTOS

15. Preliminarmente, destaca-se que o objetivo da consulta é dar segurança jurídica ao sujeito passivo que apresenta à Administração Pública dúvida sobre dispositivo da legislação tributária aplicável a fato determinado de sua atividade, propiciando-lhe correto cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, de forma a evitar eventuais sanções. Constitui, assim,

instrumento à disposição do sujeito passivo para lhe possibilitar acesso à interpretação dada pela Fazenda Pública a um fato determinado.

16. A consulta, corretamente formulada, configura orientação oficial e produz efeitos legais, como a proibição de instaurar procedimentos fiscais contra o interessado e a não aplicação de multa ou juros de mora, relativamente à matéria consultada, desde a data de apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à ciência da sua solução.

17. A Solução de Consulta não se presta a verificar a exatidão dos fatos apresentados pelo interessado, uma vez que se limita a apresentar a interpretação da legislação tributária conferida a tais fatos, partindo da premissa de que há conformidade entre os fatos narrados e a realidade factual. Nesse sentido, não convalida nem invalida quaisquer informações, interpretações, ações ou classificações fiscais apresentadas pela Consulente, e não gera qualquer efeito caso se constate, a qualquer tempo, que não foram descritos, adequadamente, os fatos aos quais, em tese, ela se aplica.

18. O processo administrativo de consulta deve atender, para que se verifique sua admissibilidade e se operem os seus efeitos, aos requisitos e condições estabelecidos pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e pela Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021, normas que ora disciplinam o instituto. Assim, além do exame dos aspectos atinentes ao objeto da consulta, à legitimidade do consulente e do atendimento dos requisitos formais exigidos para a sua formulação, a autoridade administrativa deverá, previamente ao conhecimento da consulta, verificar se nela está presente alguma das demais hipóteses determinantes de sua ineficácia. Tal análise preliminar, longe de configurar mero exercício formal, é etapa obrigatória a ser observada pela autoridade administrativa, visando resguardar os interesses da Administração Fiscal.

19. Ademais, a Solução de Consulta Cosit, a partir da data de sua publicação, tem efeito vinculante no âmbito desta Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e respalda o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser a Consulente, desde que se enquadre na hipótese por ela abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.

20. Nesse arcabouço normativo, verifica-se que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade, de modo que a presente consulta deve ser apreciada.

21. No que tange à petição apresentada, o que se extrai do primeiro questionamento é o objetivo da consulente de saber se o valor do ICMS das notas fiscais de entrada/compra (dito de outra forma, do ICMS que tenha incidido na operação de aquisição) pode ser excluído da base de cálculo dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins apurados no regime não cumulativo pela pessoa jurídica que os adquiriu na forma do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, respectivamente.

22. Acerca desse assunto, houve manifestação desta Coordenação de Tributação (Cosit) através da Solução de Consulta (SC) Cosit nº 267, de 31 de outubro de 2023¹, cuja ementa foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 9 de novembro de 2023, e que, nos termos do inciso I do art. 33 da Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021, tem efeito vinculante no âmbito desta RFB quanto à interpretação a ser dada à matéria.

22.1. Abaixo, seguem transcrições de trechos da referida Solução de Consulta pertinentes para elucidação do presente feito (grifos do original):

SC Cosit nº 267, de 2023

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
CRÉDITOS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.*

Desde que observada a legislação pertinente, em relação aos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins decorrentes de gastos com a aquisição de insumos, máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, e com energia elétrica ou térmica nos termos dos incisos II, III e VI do caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, a pessoa jurídica que incorreu nesses gastos e é sujeita à incidência não cumulativa das contribuições:

a) até 30 de abril de 2023, pode não excluir o ICMS incidente na venda de bens e serviços pelos fornecedores da base de cálculo desses créditos;

b) a partir de 1º de maio de 2023, deve excluir o ICMS incidente na venda de bens e serviços pelos fornecedores da base de cálculo desses créditos.

Dispositivos legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, inciso II; Medida Provisória nº 1.159, de 2023; Lei nº 14.592, de 2023, 7º; Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 2022, art. 171; e Parecer SEI nº 14.483/2021/ME, de 2021, item 60, alínea "c".

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

(...)

(...)

Fundamentos

(...)

15. *De início cumpre mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706/PR, finalizado em 15 de março de 2017, e submetido ao rito de repercussão geral, conforme definido no Art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (antigo Código de Processo Civil), sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.*

16. *Assim, em nenhuma hipótese o ICMS poderá integrar a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.*

¹ Disponível na íntegra em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=134612>. Acesso em 19 dez. 2023.

17. De outra parte, cumpre destacar que conforme o inciso II do § 2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e o inciso II do § 2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, com idênticas redações dadas respectivamente pelos arts. 6º e 7º da Lei nº 14.592, de 30 de maio de 2023, não dará direito a crédito o valor da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:

“Art. 3º.

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

(...)

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição; e

(...)”

18. E o art. 167 da Instrução Normativa RFB nº 1.911, de 11 de outubro de 2019, assim dispunha acerca dos valores que integram o valor de aquisição de insumos, bens para revenda e bens destinados ao ativo imobilizado, que é a base para o cálculo dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no regime de incidência não cumulativa:

“Art. 167. Para efeitos de cálculo dos créditos decorrentes da aquisição de insumos, bens para revenda ou bens destinados ao ativo imobilizado, integram o valor de aquisição (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, caput, inciso I, com redação dada pela Lei nº 11.787, de 2008, art. 4º, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37, inciso VI, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 45, e inciso VII; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, caput, incisos I, com redação dada pela Lei nº 11.787, art. 5º, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21, inciso VI, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 43, e inciso VII):

I - o seguro e o frete pagos na aquisição, quando suportados pelo comprador; e II - o IPI incidente na aquisição, quando não recuperável.”

19. Apesar do disposto no inciso II do § 2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e no inciso II do § 2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, e ainda que no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706/PR, no STF, houvesse decisão no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidas pelas pessoas jurídicas, pairavam dúvidas acerca da possibilidade da pessoa jurídica sujeita ao regime de incidência não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins poder incluir ou não o ICMS na base de cálculo dos créditos relativos a tal regime.

20. No entanto, acerca de tal dúvida, o item 60, alínea “c”, do Parecer SEI nº 14.483/2021/ME, de 28 de setembro de 2022, bem como o Parecer SEI Nº 12.943/2021/ME, de 30 de agosto de 2021, ambos emitidos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), manifestaram o entendimento de que a decisão no RE nº 574.706/PR, não impunha a exclusão do ICMS da base de cálculo dos créditos do regime não cumulativo.

21. Assim, contemplando o entendimento manifestado em mencionados pareceres da PGFN, a Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 15 de dezembro de 2022,

revogou a Instrução Normativa RFB nº 1.911, de 2019 (inclusive seu art. 167), e autorizou a inclusão do ICMS na base de cálculo dos créditos das contribuições na não cumulatividade, como se constatava na redação original do inciso II do art. 171 da Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 2022:

“Art. 171. No cálculo do crédito de que trata esta Seção, poderão ser incluídos:

(...)

II - o ICMS incidente na venda pelo fornecedor, ressalvado aquele referido no inciso I do art. 170 (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, caput, com redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014, art. 54; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, caput, com redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014, art. 55; e Parecer SEI nº 14.483/2021/ME, de 28 de setembro de 2021, item 60, alínea “c”).”

22. Porém, a Medida Provisória nº 1.159, de 12 de janeiro de 2023, por meio de seus arts. 1º e 2º, incluiu um inciso III ao § 2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e ao § 2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003. Esses dispositivos vedam o crédito da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins em relação ao ICMS incidente sobre a aquisição. Transcrevemos o dispositivo da Lei nº 10.833, de 2003:

“Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

(...)

III - do ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.159, de 2023).”

23. A entrada em vigor dos referidos dispositivos da Medida Provisória nº 1.159, de 2023, com vistas a cumprir o período de noventena (**vacatio legis**), é a partir de 1º de maio de 2023, consoante as alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 3º da Medida Provisória nº 1.159, de 2023:

“Art. 3º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos:

I - a partir do primeiro dia do quarto mês subsequente ao de sua publicação quanto: a) ao art. 1º, na parte em que altera o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002; e b) ao art. 2º, na parte em que altera o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003; e II - na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.” [sem grifo no original]

24. A Medida Provisória nº 1.159, de 2023, não foi convertida em lei, tendo seu prazo de vigência encerrado em 1º de junho de 2023, todavia, a Lei nº 14.592, de 30 de maio de 2023, reincluiu o inciso III ao § 2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e ao § 2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, bem como convalidou os atos praticados com base nos arts. 1º e 2º de citada Medida Provisória, apresentando referidos dispositivos a seguinte redação:

*“Art. 3º.
.....*

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

.....
III - do ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição. (Incluído pela Lei nº 14.592, de 2023)

(...)

Art. 14. Ficam convalidados os atos praticados com base:

(...)

II - nos arts. 1º e 2º da Medida Provisória nº 1.159, de 12 de janeiro de 2023;
e

(...)"

25. Desse modo, o art. 171 da Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 2023, foi alterado pela Instrução Normativa RFB nº 2.152, de 14 de julho de 2023, passando a apresentar a seguinte redação:

“Art. 171. Para efeito de cálculo dos créditos de que trata esta Seção, integram o valor de aquisição: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 2152, de 14 de julho de 2023)

(...)

Parágrafo único. **Não geram direito** a crédito: (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 2152, de 14 de julho de 2023)

I - o **ICMS incidente na venda pelo fornecedor** (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, § 2º, inciso III, incluído pela Lei nº 14.592, de 2023, art. 6º; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, § 2º, inciso III, incluído pela Lei nº 14.592, de 2023, art. 7º); (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 2152, de 14 de julho de 2023)

II – (...)" (Grifo e negrito nosso)

26. No mais, note-se que o art. 171 da Instrução Normativa RFB nº 2.121, de 2022, encontra-se inserido na Seção I – Dos Créditos Básicos do Capítulo I do Título IV do Livro III de referida instrução normativa, e estão dentre os créditos da incidência não cumulativa das contribuições de que trata tal Seção, aqueles decorrentes:

26.1. da aquisição de bens utilizados como insumos na produção ou fabricação de bens ou na prestação de serviços (arts. 175 a 178);

26.2. da aquisição de máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado destinados à utilização na produção de bens para venda ou na prestação de serviços (arts. 179 a 189); e

26.3. dos custos e despesas incorridos com a energia elétrica ou térmica que é consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica (inciso I do caput do art. 191).

27. Por todo o exposto, conclui-se que, desde que observada a legislação pertinente, em relação aos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins decorrentes de gastos com a aquisição de insumos, máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, e com energia elétrica ou térmica nos termos dos incisos II, III e VI do caput do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e dos incisos II, III e VI do caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, respectivamente, a pessoa jurídica que incorreu nesses gastos e é sujeita à incidência não cumulativa das contribuições:

27.1. até 30 de abril de 2023, pode não excluir o ICMS incidente na venda de bens e serviços pelos fornecedores da base de cálculo desses créditos;

27.2. a partir de 1º de maio de 2023, deve excluir o ICMS incidente na venda de bens e serviços pelos fornecedores da base de cálculo desses créditos.

(...)

23. Apesar de a Solução de Consulta supracitada tratar especificamente de despesas com a aquisição de insumos; máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado; e com energia elétrica ou térmica, seu entendimento pode ser estendido para o caso concreto, porquanto este se refere, em termos gerais, a notas fiscais de entrada/compra.

24. Deste modo, e respondendo ao **primeiro questionamento**, desde que observada a legislação de regência, a pessoa jurídica enquadrada no regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:

24.1. até 30 de abril de 2023, **pode não excluir** o ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição da base de cálculo dos créditos das contribuições sociais em testilha;

24.2. a partir de 1º de maio de 2023, **deve excluir** o ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição da base de cálculo dos créditos das supracitadas contribuições sociais.

25. No que diz com o **segundo quesito**, importa reproduzir os dispositivos abaixo da Constituição Federal:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

[...]

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

[...]

Art. 167. São vedados:

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

[...]

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

[...]

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

26. O Regulamento do ICMS da unidade da Federação em que está domiciliada a consultante, aprovado pelo Decreto nº 27.427, de 17 de novembro de 2000, preconiza:

Art. 14-A. As alíquotas do ICMS fixadas no art. 14 da Lei nº 2.657/96, ficam acrescidas de adicional a ser destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (FECPS), conforme disposto no art. 2º da Lei nº 4.056, de 30 de dezembro de 2002.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica às alíquotas em operação ou prestação interestadual, previstas no inciso III do art. 14 da Lei nº 2.657/96.

27. Preceitua a Lei nº 4.056, de 2002, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 32.646, de 8 de janeiro de 2003:

Art. 1º Em cumprimento ao disposto no Art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, e o disposto no Art. 1º da Emenda Constitucional Federal nº 67/2010, fica o Poder Executivo autorizado a instituir, no exercício de 2003, para vigorar até 31 de dezembro de 2023, no âmbito do Executivo Estadual, o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (FECPS) com o objetivo de viabilizar a todos [...] acesso a níveis dignos de subsistência visando à melhoria de qualidade de vida.

[...]

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

I - o produto da arrecadação adicional de dois pontos percentuais correspondentes a um adicional geral da alíquota atualmente vigente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo [...]

28. Sublinhe-se que a Resolução SEFAZ nº 253, de 12 de agosto de 2021, regulamenta procedimentos atinentes às obrigações tributárias principais e acessórias relacionadas ao adicional do ICMS destinado ao FECPS da unidade federativa em questão.

29. À evidência, percebe-se que o adicional de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços destinado aos Fundos Estaduais e Distrital de Combate à Pobreza ostenta natureza jurídica que não se confunde com a do ICMS propriamente dito, na medida em que tem efeito “cascata”, por ser cumulativo, além de possuir vinculação específica e não se sujeitar à

repartição de que cuida o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal. De resto, neste sentido, lembre-se o disposto no art. 16 do Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

30. Já no que concerne ao **terceiro e último quesito**, nada obstante a alegativa da consulente de inexistência de ação para desconstituir a referida coisa julgada, esta relatoria diligenciou junto ao sistema de informações processuais do Colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo verificado, de feito, que a União (Fazenda Nacional) ajuizou, em 25 de setembro de 2021, ação rescisória, com pedido de tutela provisória de urgência, em face da ora requerente, objetivando a rescisão do acórdão proferido por Turma Especializada daquela Corte (cfr. fls. 50-59). Note-se que a propositura da rescisória se dera 4 (quatro) dias antes da interposição da presente consulta fiscal.

31. Neste diapasão, observa-se que, em 11 de outubro de 2021, o Egrégio Regional, por meio de decisão ainda não modificada até a data da elaboração da presente Solução de Consulta, deferiu a tutela de urgência para suspender os efeitos do acórdão proferido no feito ajuizado pela consulente, na parte em que reconheceu o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, a título de ICMS, nas bases de cálculo das contribuições em causa anteriormente a 15 de março de 2017, até o julgamento da rescisória.

32. Nada obstante, considera-se ineficaz esta parte da consulta, consoante estipula a Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021, *in verbis*:

Art. 27. Não produz efeitos a consulta formulada:

[...]

IV - sobre fato objeto de litígio no qual o consulente seja parte, pendente de decisão definitiva nas esferas administrativa ou judicial, exceto na hipótese prevista no § 1º;

[...]

VI - sobre fato que tenha sido objeto de decisão proferida em consulta ou litígio administrativo ou judicial em que o consulente tenha sido parte, desde que o entendimento da administração não tenha sido alterado por ato superveniente;²

[...]

(ênfase acrescentada)

CONCLUSÃO

33. Diante do exposto, conclui-se e responde-se à consulente que:

² Cfr. art. 52, IV, do Decreto nº 70.235, de 1972, e art. 94, IV, do Decreto nº 7.574, de 2011.

33.1. desde que observada a legislação pertinente, a pessoa jurídica enquadrada no regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:

33.1.1. até 30 de abril de 2023, **pode não excluir** o ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição da base de cálculo dos créditos das contribuições sociais em testilha;

33.1.2. a partir de 1º de maio de 2023, **deve excluir** o ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição da base de cálculo dos créditos das supracitadas contribuições sociais;

33.2. o valor referente ao adicional de alíquota do ICMS destinado aos Fundos Estaduais de Combate à Pobreza não deve ser excluído das bases de cálculo da incidência das contribuições em exame, visto ostentar natureza jurídica que não se confunde com a do ICMS propriamente dito, na medida em que tem efeito “cascata”, por ser cumulativo, além de possuir vinculação específica e não se sujeitar à repartição de que cuida o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal;

33.3. o terceiro quesito não produz qualquer efeito, por ser ineficaz, visto referir-se a fato objeto de litígio no qual o consulente é parte, pendente de decisão definitiva, além de ter sido objeto de deliberação judicial ainda não modificada, nos termos Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021, art. 27, incisos IV e VI.

Assinatura digital

FABIO BIGARELLI

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

De acordo. Remeta-se à Coordenação de Tributos sobre a Receita Bruta e Produtos Industrializados (Cotri).

Assinatura digital

FLÁVIO OSÓRIO DE BARROS

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Chefe da Disit 04

De acordo. À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Tributação.

Assinatura digital

OTHONIEL LUCAS DE SOUSA JUNIOR

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Coordenador da Cotri

ORDEM DE INTIMAÇÃO

Aprovo a presente Solução de Consulta e declaro-a parcialmente vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 267, de 2023. Publique-se e divulgue-se, nos termos do art. 43 da Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021. Dê-se ciência à consulente.

Assinatura digital

RODRIGO AUGUSTO VERLY DE OLIVEIRA
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Coordenador-Geral da Cosit