



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10880.662482/2012-23  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **3301-010.482 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 24 de junho de 2021  
**Recorrente** AGORA - SOLUCOES EM TELECOMUNICACOES LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/03/2008

COMPENSAÇÃO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

O STF, no julgamento do RE nº 574.076/PR, manifestou o entendimento pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por corresponder rubrica não integrante do faturamento, modulando-se os efeitos para sua aplicação a partir de 15/03/2017, preservando-se as ações judiciais e administrativas protocoladas antes desta data.

Aplicação do artigo 62, § 1º, II, “b” e § 2º do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário para dar parcial provimento, reconhecendo-se o direito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, cabendo à unidade de origem a apuração do crédito.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Salvador Cândido Brandão Junior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Liziane Angelotti Meira (presidente da turma), Semíramis de Oliveira Duro, Sabrina Coutinho Barbosa (Suplente), Juciléia de Souza Lima, Marco Antonio Marinho Nunes, José Adão Vitorino de Moraes, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior

**Relatório**

Trata-se de PER/DCOMP transmitido em 25/09/2012 para o aproveitamento de crédito de PIS decorrente de pagamento indevido por ter sido incluído o ICMS na base de cálculo da contribuição, a qual deve ser o faturamento.

Conforme despacho decisório eletrônico de fl. 07, a compensação não foi homologada em razão da falta de retificação do DACTON e da DCTF, não havendo crédito para restituição, tendo em vista que o DARF estava alocado para quitação dos débitos declarados pela contribuinte.

Por bem sintetizar a controvérsia, adoto o relatório da r. decisão recorrida:

Trata o processo de manifestação de inconformidade apresentada em 14/02/2013, em face da não homologação da compensação declarada por meio do Per/Dcomp n.º 32808.50199.250912.1.3.04-1624, nos termos do despacho decisório emitido em 03/01/2013 pela Derat São Paulo/SP (rastreamento n.º 042052508).

Na aludida Dcomp, transmitida eletronicamente em 25/09/2012 a contribuinte indicou um crédito de R\$ 39.474,88 (que corresponde a uma parte do pagamento de PIS, efetuado em 18/04/2008, sob o código 6912, no valor de R\$ 65.791,47) para extinguir débitos de sua responsabilidade.

Segundo o despacho decisório, cientificado em 17/01/2013, a compensação não foi homologada porque o pagamento indicado como indevido (que foi localizado) encontrava-se totalmente alocado ao débito de PIS (6912) do período de apuração 03/2008.

Na manifestação apresentada, por intermédio de representante, a contribuinte, ao relatar os fatos, diz que pretende demonstrar como obteve o valor pago a maior a título de PIS, valor esse que, segundo afirma, refere-se ao ICMS incluído na base de cálculo da contribuição. Diz que não providenciou a retificação da DCTF e do DACTON do período mas que, diante do erro cometido, requer que essa retificação ocorra de ofício. Entende que o Per/Dcomp é “*meio de prova robusta*” para comprovar o seu direito, pois, afirma, o Per/Dcomp “*reflete a verdade real*”. Insiste na necessidade de retificação da DCTF e do DACTON, “*sob pena de insegurança jurídica.*”

A seguir, discorre sobre o direito à restituição e compensação. Transcreve vários dispositivos legais que entende pertinentes para concluir que a “*não homologação da compensação realizada pela recorrente não fez justiça, ensejando, assim, a presente manifestação de inconformidade.*”

No tópico seguinte, tece considerações sobre o que chama de “erro de fato”. Diz que uma vez identificado um erro, esse pode ser revisto pela autoridade administrativa competente. Por entender que o seu crédito existe, acredita que a própria autoridade pode proceder à correção do erro. Insiste para que o crédito seja reconhecido.

No subitem ‘c’ de sua manifestação, discorre com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS. Transcreve dispositivos legais e jurisprudência e afirma que em inúmeras ações judiciais o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de 1998. Ressalta que ao apreciar o RE n.º 150.755-PE o STF considerou, para fins fiscais, os conceitos de ‘faturamento’ e ‘receita bruta’ como equivalentes. Diz que o ICMS foi um mero ingresso para posterior destinação ao Fisco e que tal questão encontra-se sob julgamento no âmbito do STF em face do Recurso Extraordinário n.º 240.785-2. Transcreve jurisprudência e conclui que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS por se tratar de mero ingresso na escrituração contábil. Ao final, após salientar que o RE n.º 240.785-2/MG está com seu julgamento paralisado no STF pede o sobrestamento do julgamento da manifestação até efetiva solução judicial dessa questão.

Noutro subitem (d), a contribuinte chama a atenção para a necessidade de se atualizar os seus créditos. Transcreve jurisprudência e reclama a necessidade de que sejam usados os mesmos critérios considerados na cobrança de tributos. Pede a aplicação da taxa Selic consoante disposto no § 4º do art. 39 da Lei n.º 9.250, de 1995.

Ao final, pede o sobrestamento do julgamento até decisão final do STF sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Pede, ainda, o acolhimento da manifestação e a homologação integral da compensação. Requer, também, que seja reconhecido e sanado de ofício o 'erro de fato' havido quando da confissão do débito analisado.

A 3ª Turma da DRJ/CTA proferiu o Acórdão 06-51.636, fls. 73-77, para julgar improcedente a manifestação de inconformidade e manter o despacho decisório pela não homologação da compensação, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/03/2008

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO INEXISTENTE. DCOMP. NÃO HOMOLOGAÇÃO.

Comprovado nos autos que o crédito informado como suporte para a compensação foi integralmente utilizado pela contribuinte na extinção de outros débitos, não se homologam as compensações requeridas.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS ou da Cofins, pois aludido valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário, o que não consta ser o caso da interessada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Notificada da r. decisão, a contribuinte interpôs recurso voluntário, fls. 88-118, para repisar os argumentos de sua manifestação de inconformidade.

É a síntese do necessário.

## **Voto**

Conselheiro Salvador Cândido Brandão Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos da legislação.

Cinge a controvérsia na possibilidade do reconhecimento de um recolhimento indevido a ser restituído, em razão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O despacho decisório eletrônico foi proferido a partir de simples cruzamentos de informações eletrônicas, não homologando a compensação, nos seguintes termos:

A análise do direito creditório está limitada ao valor do "crédito original na data de transmissão" informado no PER/DCOMP, correspondendo a 39.474,88

A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas integralmente

utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

O significado que se extrai do despacho decisório é que a Recorrente apresentou o PER/DCOMP, mas não realizou a retificação da DCTF do período correspondente, para que o valor da dívida constituída por declaração fosse inferior ao valor da DARF quitada. No sistema da Receita Federal era esta a informação existente quando do despacho decisório proferido nestes autos, daí porque não foi reconhecido este montante de crédito pleiteado pela Recorrente.

Ressalte-se que esta colenda turma tem manifestado o entendimento de que a retificação das declarações pode ser feita antes ou depois do despacho decisório. Este critério temporal é irrelevante para fins de reconhecimento do direito creditório. Isso porque retificação da DCTF e da DACON, por si só, não se presta para solidificar a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo contribuinte, sendo indispensável a apresentação de provas idôneas, tais como demonstrativos contábeis e documentos fiscais, para aferição do crédito. É necessário que o contribuinte apresente provas para fins de demonstrar o seu equívoco no preenchimento das declarações originais.

Neste sentido, já se pronunciou a Câmara Superior de Recursos Fiscais deste E. CARF, no julgamento do processo 10909.900175/2008-12, manifestando o entendimento no acórdão nº 9303-005.520 (sessão de 15/08/2017), no sentido de que, **mesmo no caso de uma a retificação posterior ao Despacho Decisório**, como é o caso em análise, não há impedimento para o deferimento do pedido quando acompanhada de provas documentais comprovando a erro cometido no preenchimento da declaração original, comparecendo nos autos com qualquer prova documental hábil a demonstrar o erro que cometera no preenchimento da DCTF (escrita contábil e fiscal):

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/02/2004 a 29/02/2004

DCTF RETIFICADORA APRESENTADA APÓS CIÊNCIA DO DESPACHO DECISÓRIO. EFEITOS.

A retificação da DCTF após a ciência do Despacho Decisório que indeferiu o pedido de restituição não é suficiente para a comprovação do crédito, sendo indispensável a comprovação do erro em que se funde.

Recurso Especial do Contribuinte negado.

Esta colenda 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção do CARF tem manifestado entendimento no mesmo sentido, segundo a qual, em razão da verdade material, a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo contribuinte pode ser demonstrada por outros elementos de prova, independentemente da retificação da DCTF, conforme é possível constatar pelo recente acórdão relatado pela ilustre conselheira Semíramis de Oliveira Duro:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2012

COMPENSAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DCTF RETIFICADORA APÓS O DESPACHO DECISÓRIO. POSSIBILIDADE.

Se transmitida a PER/Dcomp sem a retificação **ou** com retificação após o despacho decisório da DCTF, por imperativo do princípio da verdade material, o contribuinte tem direito subjetivo à compensação, desde que prove a liquidez e certeza de seu crédito.

(...)

Recurso Voluntário provido.

(Número do Processo 11060.900738/2013-11. Relatora SEMIRAMIS DE OLIVEIRA DURO. Data da Sessão 17/04/2018. N.º Acórdão 3301-004.545)

Cabe, portanto, à Recorrente, a demonstração da origem e liquidez de seu crédito pleiteado, caso em que, independentemente de retificação da DCTF, o crédito pode ser reconhecido.

Em sede de manifestação de inconformidade, a Recorrente apresentou cópia do DARF vinculado ao PER/DCOMP, livro de apuração do ICMS para o mês de março/2008 e demonstrativo de cálculo do crédito pleiteado, fls. 64-70.

O livro de apuração do ICMS é instrumento de prova capaz de demonstrar o montante de ICMS que incidu nas operações ou prestações de serviços sujeitos ao imposto no período, para fins calcular o montante de PIS indevidamente recolhido por se ter incluído estes valores de ICMS na sua base de cálculo.

Analisando a controvérsia, a d. DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade, argumentando que o ICMS integra o preço de venda e, portanto, integra a receita bruta, base de cálculo do PIS. Diante disso, por inexistir permissão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo, não é possível reconhecer o direito à restituição, deixando de analisar o livro de ICMS apresentado em sede de defesa:

Analisando-se a legislação de regência, resta inegável que não há previsão para a exclusão do valor devido a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, já que tal valor, ainda que assim não entenda a interessada, é parte integrante do preço das mercadorias e serviços vendidos (exceção feita para o ICMS recolhido mediante substituição tributária, pelo contribuinte substituto tributário, o que não consta ser o caso sob análise).

Nesse contexto, e sem que haja previsão legal para as exclusões pleiteadas, não resta caracterizado o pagamento indevido ou maior que o devido de contribuição, não havendo, assim, como se deferir o pleito. Consectário lógico, não tendo sido comprovado qualquer erro de fato na apuração do débito, reparo algum deve ser realizado, devendo ser considerado correto o valor originalmente apurado pela contribuinte.

[...]

Nesse contexto, e sem que haja previsão legal para as exclusões pleiteadas, não resta caracterizado o pagamento indevido ou maior que o devido de contribuição, não havendo, assim, como se deferir o pleito. Consectário lógico, não tendo sido comprovado qualquer erro de fato na apuração do débito, reparo algum deve ser realizado, devendo ser considerado correto o valor originalmente apurado pela contribuinte.

Porém, o STF analisou a questão no RE n. 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida (Tema n. 69), concluindo pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Contra a decisão proferida pelo STF em março/2017 foram opostos embargos de declaração com o objetivo de esclarecimento de vários pontos, intentando, inclusive, efeitos infringentes, bem como a modulação dos efeitos.

Particularmente, expressei meu posicionamento em diversos julgados, como no acórdão n. 3301-007.012, pela impossibilidade da aplicação do resultado do julgamento do recurso extraordinário para pedidos de restituição formulados diretamente perante à Administração Pública, tendo em vista a pendência dos julgamentos dos embargos, os quais poderiam ter como resultado a modulação dos efeitos para beneficiar apenas da decisão em diante, ou apenas para quem ingressou no Poder Judiciário.

Assim, a decisão não era definitiva e poderia não beneficiar quem pleiteou o direito diretamente em pedidos de restituição na esfera administrativa. A pendência que havia nesse julgado, no entanto, foi resolvida com o julgamento dos embargos de declaração em 13/05/2021, mantendo o entendimento pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, mas a decisão teria efeitos apenas a partir da data do julgamento do recurso extraordinário, qual seja, 15/03/2017, ressalvados os casos de quem já havia pleiteado o direito de restituição perante o Judiciário ou na esfera administrativa antes dessa data.

Desta forma, o Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15/03/2017 - data em que julgado o RE n. 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.**

Diante disso, a pendência que antes existia não mais subsiste e é preciso reconhecer o direito de restituição do indébito para a contribuinte, aplicando-se a SELIC para a devolução dos valores recolhidos indevidamente.

Cabe salientar que o pedido de restituição foi formulado em PER/DCOMP em 25/09/2012, portanto, antes do marco temporal fixado pelo STF para modulação dos efeitos, restando preservada sua ação administrativa e devendo-se aplicar o reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

**Com isso, como o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, julgou o RE n.º 574.076/PR,** e fixou a tese no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, já se resolvendo os embargos de declaração para modulação dos efeitos da decisão, é de se reconhecer que a ora Recorrente está protegida pela decisão judicial, devendo-se reconhecer seu direito à repetição do indébito, pela aplicação do artigo 62, § 1º, II, "b" e § 2º do RICARF:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) **Decisão definitiva** do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (grifei)

Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou o Parecer SEI nº 7698/2021/ME com a seguinte conclusão:

16. Ante o exposto, nos termos expostos na ata de julgamento já publicada, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei nº 10.522/2002, observar, **em relação a todos os seus procedimentos**, 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 da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e**

c) **o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.**

Ressalte-se que o montante de crédito a ser restituído depende da análise, pela unidade de origem, dos documentos apresentados em sede de manifestação de inconformidade e que pretendem demonstrar a liquidez do crédito pleiteado, homologando-se a compensação até o limite do crédito apurado pela DRF.

Isto posto, conheço do recurso voluntário para dar parcial provimento, reconhecendo-se o direito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, cabendo à unidade de origem a apuração do crédito.

(documento assinado digitalmente)

Salvador Cândido Brandão Junior

Fl. 8 do Acórdão n.º 3301-010.482 - 3ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo n.º 10880.662482/2012-23