



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.902561/2012-82
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-011.837 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 20 de agosto de 2021
Recorrente DOW BRASIL SUDESTE INDUSTRIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 13/11/2007

BASE DE CÁLCULO DO COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS PRÓPRIO.

Consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 574.706/PR, afetado à repercussão geral, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

TRIBUNAIS SUPERIORES. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE REPRODUÇÃO DAS DECISÕES PELO CARF.

Nos termos do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" e §2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, os membros do Conselho devem observar as decisões definitivas 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.

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 dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran – Relatora

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

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Contribuinte ao amparo do art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 – RI-CARF, em face do Acórdão nº 3302-005.998, de 26 de setembro de 2018, assim ementado:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 13/11/2007

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

O ICMS compõe a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, integrando, portanto, o conceito de receita bruta.

Consta do dispositivo do Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Orlando Rutigliani Berri (suplente convocado) e José Renato Pereira de Deus, que davam provimento ao recurso voluntário. O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos.

Os embargos de declaração interpostos pelo Contribuinte foram monocraticamente rejeitados pelo Presidente da 2ª TO da 3ª Câmara.

Intimado, o Contribuinte interpôs Recurso Especial, suscitando divergência jurisprudencial, quanto à:

- (i) **aplicação do entendimento do REsp 1.144.469/PR e não o do RE 574.706 e quanto**
- (ii) **à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais.**

Os acórdãos indicados como paradigma foram os de n.ºs 3201-004.951 e 3201-003.725, para a primeira divergência, e n.ºs 3201-004.951 e 3301-000.113, para a segunda, e tem as seguintes ementas, transcritas na parte que interessa:

Acórdão n.º 3201-004.951

Assunto: Contribuição para o PIS

Pasep Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

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 n.º 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

Acórdão n.º 3201-003.725

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2005, 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006

COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO.

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, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2005. 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006

COFINS. LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA.

Aplica-se ao lançamento da Contribuição para a Cofins o decidido em relação ao PIS lançado a partir da mesma matéria fática.

O Recurso Especial do Contribuinte não foi admitido, no sentido que concluiu-se que o recorrente não indicara a legislação interpretada de forma não uniforme.

O Contribuinte apresentou agravo, que foi acolhido parcialmente determinando o RETORNO dos autos à 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento para as providências propostas.

Em nova análise de admissibilidade, o Recurso do Contribuinte foi admitido.

A Fazenda Nacional foi intimada e apresentou Contrarrazões, requerendo o não provimento do Recurso Especial do Contribuinte.

É o relatório em síntese.

Voto

Conselheira Érika Costa Camargos Autran, Relatora.

Da Admissibilidade

O Recurso Especial de divergência interposto pelo Contribuinte atende aos pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, devendo, portanto, ter prosseguimento, conforme despacho, senão vejamos:

2.1 DIVERGÊNCIA (1) - APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO RESP 1.144.469/PR E NÃO O DO RE 574.706

A decisão recorrida, no que diz respeito à obrigatoriedade de se observar os precedentes em sistema de repetitivos e/ou repercussão geral no julgamento administrativo, interpretou o § 2º do art. 62 do RI-CARF/2009, e concluiu que “...o REsp 1.144.469/PR transitou em julgado em 10.03.2017 e o RE 574.706RG/PR ainda espera a modulação de seus efeitos, não havendo, portanto, trânsito em julgado. Logo, deve-se observar a decisão, já transitada em julgado, do Superior Tribunal de Justiça.”

Em síntese, a decisão recorrida entendeu que os pressupostos para a aplicação do § 2º do art. 62 do RI-CARF, no que diz respeito ao RE 574.706, ainda não se concretizaram.

O Acórdão indicado como paradigma nº 3201-004.951 está assim ementado:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. CRÉDITO UTILIZADO EM PROCESSO DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

O direito à devolução do indébito tributário nasce com a ocorrência do pagamento indevido. O conceito da expressão pagamento, em matéria tributária, deve abranger, também, a hipótese de compensação de tributos.

Assunto: Contribuição para o PIS

Pasep Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

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 n.º 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

A apreciação de questionamentos relacionados a ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da esfera administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário. Aplicação da Súmula CARF n.º 02.

A decisão defendeu que a não aplicação pelo CARF do que ficou decidido em sede de repercussão geral pelo STF, quando até mesmo o STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso, configura-se em afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Nesse sentido, superou o óbice representado pela não definitividade da decisão no RE 574.706.

O Acórdão indicado como paradigma n.º 3201-003.725 teve ementa lavrada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2005, 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006

MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando nos autos está comprovado que a fiscalização cumpriu todos os requisitos legais pertinentes ao MPF, não

tendo o contribuinte demonstrado nenhuma irregularidade capaz de invalidar o lançamento.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS. GLOSA.

Correta a glosa de valores indevidamente incluídos no cálculo da base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade, ressaltando-se os valores glosados não comprovados pela fiscalização e os lançados com evidente lapso material.

CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE. DEPRECIAÇÃO ACELERADA. OPÇÃO A apropriação de crédito das contribuições mediante despesas com depreciação de bens calculadas de forma acelerada, na razão 1/48, nos termos do § 14, art. 3º da Lei 10.637/02 é opcional, o que significava impossibilidade de apropriação concomitante à regra do inciso III, do § 1º do indigitado artigo.

CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE. DEPRECIAÇÃO ACELERADA. LEI Nº 11.051/2004

Imprescindível a comprovação do atendimento aos requisitos legais para o benefício fiscal da apuração da depreciação acelerada de que trata a Lei nº 11.051/2004.

COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO.

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, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2005. 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006

COFINS. LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA. Aplica-se ao lançamento da Contribuição para a Cofins o decidido em relação ao PIS lançado a partir da mesma matéria fática.

Em linha com a decisão anterior, o voto vencedor do Acórdão nº 3201-003.725 entendeu que o óbice representado pela não definitividade da decisão no RE 574.706 poderia ser superado.

Cotejo dos arestos confrontados

Cotejando os arestos confrontados, parece-me que há, entre eles, a similitude fática mínima para que se possa estabelecer uma base de comparação para fins de dedução da divergência argüida. Trata-se de arestos proferidos no interesse do mesmo contribuinte e em pleitos da mesma espécie.

O dissídio interpretativo do § 2º do art. 62 do RI-CARF emerge quando se constata que, enquanto a decisão recorrida vinculou-se inarredavelmente à literalidade da redação do RI-CARF, os acórdãos indicados como paradigma consideram possível a liberalidade de, superando o Regimento Interno, reproduzir a decisão proferida em sede de repercussão geral que ainda aguardava a modulação de seus efeitos, não se revestindo do requisito de definitividade.

Dissídio bem caracterizado.

2.2 DIVERGÊNCIA (2) - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

A decisão recorrida reproduziu o entendimento plasmado no REsp 1.144.469/PR quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais.

No Acórdão indicado como paradigma nº 3201-004.951 (ementa acima reproduzida) considerou-se que o próprio STJ já havia superado o entendimento anterior, adotando o que ficou decidido no RE 574.706.

Cotejo dos arestos confrontados

Cotejando os arestos confrontados, parece-me que há, entre eles, a similitude fática mínima para que se possa estabelecer uma base de comparação para fins de dedução da divergência argüida. Trata-se de arestos proferidos no interesse do mesmo contribuinte e em pleitos da mesma espécie.

O dissídio interpretativo emerge quando se constata que, enquanto a decisão recorrida aplicou o entendimento plasmado no REsp 1.144.460/PR, o acórdão indicado reproduziu a decisão proferida em sede de repercussão geral no RE 574.406.

Dissídio bem caracterizado.

Diante do exposto, conheço o Recurso Especial do Contribuinte.

Do Mérito

O Contribuinte suscita divergência quanto à

- (iii) **aplicação do entendimento do REsp 1.144.469/PR e não o do RE 574.706 e quanto**
- (iv) **à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais.**

A controvérsia dos autos cinge-se sobre o reconhecimento de direito de crédito decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS:

Recordando, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706/PR, sob a sistemática da Repercussão Geral - julgamento do Tema n.º 69, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

A ementa do julgado proferido pelo STF foi vasada nos seguintes termos:

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 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.*

Contudo, no entendimento da União, a decisão não consignou a quantificação do ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições, se o “*ICMS destacado na nota*”, ou o “*ICMS recolhido*”, o que motivou a interposição de embargos de declaração.

Enquanto não apreciado os embargos a Receita Federal do Brasil emitiu a Solução de Consulta Interna nº 13 Cosit, de 18 de outubro de 2018, veja que a decisão do STF, tanto já produz efeitos, que a própria Receita Federal emitiu a reconhece os efeitos e esclarece a sua interpretação acerca da decisão do STF. Veja os trechos da solução de consulta:

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 julgamento 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 (EFDICMS/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 EFDICMS/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.

Em 2017, o STF apreciando embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido, especificou que 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 requerimentos administrativos protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e, que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

Referida decisão foi ratificada no julgamento finalizado no último dia 13 de maio de 2021.

Logo, desde o trânsito em julgado da decisão, 13 de maio de 2021 as empresas podem excluir o ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo das contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Neste mesmo sentido, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional se manifesta por meio do Parecer SEI Nº 7698/2021/ME, (devidamente aprovado pelo DESPACHO Nº 246 - PGFN-ME, DE 24 DE MAIO DE 2021), cujo trecho destacamos abaixo:

(...) A partir do resultado dos embargos de declaração, e constatada a pacificação das referidas questões jurídicas sob o regime da repercussão geral (art. 1.036 e seguintes do CPC), é de se aplicar o disposto no art. 19, VI, a da Lei nº 10.522, de 2002, cabendo à PGFN, em face desse cenário, já nesta primeira oportunidade, informar as orientações inequívocas que já podem ser extraídas do julgado, para que seja, doravante, adequadamente refletida em todos os procedimentos pertinentes pela Administração Tributária federal, sem prejuízo de esclarecimentos complementares por ocasião da publicação do acórdão

13. Diante disso, indispensável, ante os valores sopesados por ocasião da análise da modulação de efeitos, que todos os procedimentos, rotinas e normativos relativos à cobrança do PIS e da COFINS a partir do dia 16 de março de 2017 sejam ajustados, em relação a todos os contribuintes, considerando a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS destacado em notas fiscais na base de cálculo dos referidos tributos.

14. Essa orientação é relevante para que a Secretaria Especial da Receita Federal passe a observar, quanto ao tema, o teor art. 19-A, III e § 1º da Lei nº 10.522/2002, de maneira que não mais sejam constituídos créditos tributários em contrariedade à referida determinação do Supremo Tribunal Federal, bem como que sejam adotadas as orientações da Suprema Corte para fins de revisão de ofício de lançamento e repetição de indébito no âmbito administrativo.

Nos termos do art. 62, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, o entendimento do STF é de observância obrigatória, de maneira que reconhece-se a possibilidade do direito de crédito sobre o ICMS incluído indevidamente na base de cálculo das contribuições sociais.

Por fim, negar a aplicação da decisão do RE n.º 574.706 RG, com base no REsp n.º 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), não mais se sustenta. Ademais o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.713 – SC, DJ 24/08/2017:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. ICMS. INTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

III – Esta Corte realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS.

IV – A Agravante não apresenta argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V – Agravo Interno improvido.

AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em REsp 430.921 – SP, DJ 07/11/2017:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou

vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, DJ 24/08/2017:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 2.12.2016, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR) EM SENTIDO CONTRÁRIO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA PROVIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado do RE 674.706/PR, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria em exame, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao nos moldes do art. 543-C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao

patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

3. O REsp. 1.144.469/PR tratou, ainda, da incidência do ICMS no PIS/COFINS repassados a terceiro, verifica-se que neste ponto não há divergência quanto à matéria (item 12 da ementa - REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1a. Seção, DJe 2.12.2016). Assim, não assiste razão à parte agravante quanto a este ponto.

4. Agravo Interno da empresa provido para dar parcial provimento ao Agravo e reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS/COFINS. (AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 19/04/2017).

Assim, tendo sido firmada a tese em sede de repercussão geral, verifica-se que deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em consonância com o entendimento do STF, afastando-se o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, dou provimento o Recurso Especial do Contribuinte

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran