



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10880.903037/2012-29  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3401-003.627 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 25 de abril de 2017  
**Matéria** Contribuição para o PIS  
**Recorrente** DOW BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 15/04/2002

REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que julgado o respectivo recurso extraordinário, porém pendente de publicação e definitividade a decisão prolatada, não importa o sobrestamento do processo administrativo que trata da mesma matéria, por ausência de previsão regimental, não se aplicando as disposições do Código de Processo Civil, por força da evolução histórica do art. 62-A, §§ 1º e 2º do RICARF/09 (Portaria MF nº 256/09), incluídos pela Portaria MF 586/2010 e revogados pela Portaria MF nº 545/2013.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Data do fato gerador: 15/04/2002

BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS. EXCLUSÃO DO ICMS. OPERAÇÕES INTERNAS. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte do imposto em virtude de operações ou prestações próprias compõe o preço da mercadoria e, logo, o seu faturamento, não havendo previsão legal que possibilite a sua exclusão da base de cálculo cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep devida nas operações realizadas no mercado interno.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, preliminarmente, por voto de qualidade, vencidos os Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (relator), Eloy Eros da Silva Nogueira, André Henrique Lemos, e Tiago Guerra Machado, em afastar a proposta, presente na parte inicial do voto do relator, de sobrestar o julgamento de mérito até o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) n. 574.706. Por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso voluntário apresentado, vencidos os Conselheiros Augusto Fiel Jorge D'Oliveira e André Henrique Lemos, ambos defendendo a exclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição, mas este em função da notoriedade da decisão proferida pela Suprema Corte no citado RE. Designado para redigir o voto vencedor em relação em relação à preliminar o Conselheiro Robson José Bayerl.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

LEONARDO OGASSAWARA DE ARAÚJO BRANCO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (Presidente), Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Tiago Guerra Machado, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco (Vice-Presidente), Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Moscoso de Almeida, Robson Jose Bayerl e André Henrique Lemos.

## Relatório

1. Trata-se de **Pedido de Restituição** de crédito de contribuição para o PIS/Pasep, referente a pagamento efetuado indevidamente ou ao maior transmitido por meio do PER/Dcomp nº 06544.29821.130407.1.2.04-0432.

2. A Delegacia da Receita Federal (DRF) proferiu **Despacho Decisório** indeferindo o pedido formulado, uma vez que o pagamento indicado no PER/Dcomp em referência teria sido integralmente utilizado para quitar débito da contribuinte.

3. A contribuinte apresentou **Manifestação de Inconformidade** na qual alegou, em síntese, que: **(i)** à época do fato gerador, apurou incorretamente a contribuição ao PIS, pois efetuou o recolhimento sobre o ICMS, cujos valores não compõem a base de cálculo das contribuições sociais, o que resultou em recolhimento indevido com base no art. 165 do Código Tributário Nacional; **(ii)** não procedeu à retificação de suas declarações (DIPJ e DCTF) para que restasse evidenciado o pagamento indevido, o que levou a autoridade fiscal a não constatar o recolhimento a maior; **(iii)** o mero erro de preenchimento da DCTF não possui o efeito de constituir a obrigação tributária, devendo a Administração, em prestígio à verdade material, rever de ofício os erros formais quando constatados.

4. Foi proferido **Acórdão DRJ** julgando improcedente a manifestação de inconformidade interposta, de maneira a não reconhecer o direito creditório pleiteado, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP*

*Data do fato gerador: 15/04/2002*

*PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.*

*Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.*

*CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.*

*Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.*

*DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE.*

*As arguições de nulidade do despacho decisório só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência. Não provada violação às disposições do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, rejeita-se a alegação de nulidade do Despacho Decisório Eletrônico.*

*JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.*

*Em regra, não se admite a juntada posterior de documentos, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.*

*INTIMAÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL. ENDEREÇAMENTO.*

*Dada à existência de determinação legal expressa, as notificações e intimações devem ser endereçadas ao sujeito passivo, no domicílio fiscal eleito por ele.*

*DCTF. CONFISSÃO DE DÍVIDA.*

*Considera-se confissão de dívida os débitos declarados em DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais), motivo pelo qual qualquer alegação de erro no seu preenchimento deve vir acompanhada de declaração retificadora munida de documentos idôneos para justificar as alterações realizadas no cálculo dos tributos devidos. Nesses termos, não pode ser acatada a mera alegação de erro de preenchimento desacompanhada de elementos de prova que justifique a alteração dos valores registrados em DCTF.*

*BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS.*

*O ICMS integra a receita bruta da empresa e, não havendo dispositivo legal que assim determine, não pode ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS e COFINS.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente.*

*Direito Creditório Não Reconhecido.*

5. A contribuinte interpôs **Recurso Voluntário**, reiterando as razões veiculadas em sua manifestação de inconformidade.

6. O processo foi distribuído e encaminhado à minha relatoria, e o presente acórdão servirá como paradigma para o lote repetitivo a ele atrelado, devendo aos demais processos ser aplicado o mesmo resultado deste julgamento.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

7. O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

8. Entendeu o julgador de primeira instância administrativa, após minuciosa análise dos fatos e documentos que instruem o presente feito, que a DCTF é um instrumento de confissão de dívida e constituição definitiva do crédito tributário, em conformidade com o § 1º do art. 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 1984, e Instruções Normativas da RFB que dispõem sobre a obrigação acessória em referência. Desta forma, quando da transmissão da PER/DComp, diante da inexistência do crédito em virtude de o pagamento estar integralmente alocado ao débito, não houve outra possibilidade à autoridade fiscal senão indeferir o pleito formulado.

9. Contudo, ainda que transposto tal obstáculo, e ainda que se compreenda que a DCTF apresentada com erro jamais poderá afastar a existência de pagamento indevido, justamente por não guardar entre seus predicados o condão de definir o conteúdo material e quantitativo do fato gerador, cabendo-lhe unicamente refletir a obrigação tributária, declarando-a, e não criá-la, ainda que constitua o crédito correspondente, há de se perquirir a questão de fundo que fundamentou a pretensão da contribuinte: a possibilidade ou não da exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS.

### **1. Da necessidade do sobrestamento do presente feito**

10. A questão, como se sabe, foi recentemente decidida no Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, oportunidade na qual restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

11. Contudo, nos termos da Solução de Consulta RFB nº 6.012, publicada em 04/04/2017, vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 137 de 2017, o que se verifica é a ausência de solução definitiva do mérito, o que implica, para a Receita Federal do Brasil, ausência de previsão legal que possibilite a exclusão do imposto da base de cálculo das Contribuições para o PIS e COFINS devidas nas operações realizadas no mercado interno, posição à qual se acresce a inexistência, até o presente momento, de Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional sobre a matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal – Art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Assim, em observância ao RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, considerando que a decisão ainda não se tornou definitiva, não está este Conselho vinculado à decisão e, desta forma, passa-se a demonstrar a nossa convicção a respeito do tema.

12. Há de se assentir, no entanto, para o fato de que, ainda que prevaleça o posicionamento contrário à tese firmada pela excelsa Corte na ocasião do julgamento do presente recurso voluntário, a contribuinte se verá obrigada a buscar a guarida do Poder Judiciário, onde muito provavelmente obterá êxito, e restará à coisa pública arcar não apenas com as despesas inerentes ao processo, com o custo da atividade da Procuradoria da Fazenda Nacional, como também com as verbas sucumbenciais, sobretudo ao se ter em conta o caráter transubjetivo de uma decisão que, em que pese ainda não publicada, é por todos conhecida. Não é possível se perder de vista, ademais, que, segundo o preceptivo do *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil, é o desígnio do legislador que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la "*estável, íntegra e coerente*", em prestígio à segurança jurídica que deve pautar a relação entre aplicadores e jurisdicionados. A dicção prudente do direito deve, portanto, preferir a coerência e, assim como a posição individual do aplicador deve observância à decisão colegiada, o entendimento administrativo não pode se lançar à deriva de seus próprios fundamentos e perder de vista a terra firme da construção pretoriana das cortes superiores de seu país.

13. Assim, o caminho da resolução para fins de sobrestamento do presente feito até que se torne definitiva a decisão no recurso extraordinário em referência seria o caminho mais adequado e consentâneo com os ideários de estabilidade, integridade e coerência? Contrariamente a tal proposta, a resolução se presta a tal finalidade? Está-se diante não de uma prejudicialidade externa em sentido estrito, mas de uma potencial (ainda que provável) decisão, ou seja, de uma "*prejudicialidade tênue*". Não se cogitaria de resolução para se suspender o processo caso o colegiado "tivesse notícia" de que uma determinada lei cujo conteúdo implicasse alteração da decisão a ser proferida estivesse na iminência de ser aprovada. Contudo, não se trata deste caso: embora ambas se tratem de normas gerais cogentes, está-se diante de uma decisão da Suprema Corte brasileira que apenas aguarda formalização e cujo conteúdo já se conhece, galgando a condição de notoriedade. A formalização superveniente do acórdão judicial alterará o colorido jurídico da relação que se discute no presente caso: saber disso é suficiente para se suspender o presente processo de forma não apenas a economizar a verba pública correspondente, mas também garantir aos jurisdicionados (contribuinte e Fazenda Pública) uma prestação mais célere, que apenas será procrastinada com uma decisão contrária ao pleito formulado na seara administrativa, pois este é o sentido do interesse público que deve ser preservado, e ainda que este relator, individualmente considerado, e este colegiado, em sua formação atual, ao menos de forma majoritária, discordem da exclusão do ICMS da base das contribuições.

14. Destaca-se, ademais, que o Recurso Extraordinário nº 574.706 teve a sua repercussão geral reconhecida e que o § 5º do art. 1.035 da Lei nº 13.105/2015 é expresso

ao determinar que, uma vez reconhecida a repercussão geral, deverá ser determinada a "suspensão do processamento de todos os **processos** pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional": ao dispor sobre "processos", não fez o legislador distinção entre processos administrativos e judiciais. Milita em desfavor da aplicação de tal dispositivo o fato de que, no presente caso, não haver notícia de que a Ministra Relatora tenha determinado *expressamente* a suspensão.

15. No entanto, em 23/02/2017, caso em tudo semelhante ao presente foi decidido no sentido da suspensão do processo administrativo que tramita neste Conselho: no curso do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, procedeu-se à suspensão dos processos que tramitam neste Conselho acerca de matéria idêntica, decidida de maneira favorável à contribuinte pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em **decisão pendente de publicação**:

*"A Fundação Armando Álvares Penteado, admitida no processo como interessada, requer a comunicação, mediante ofício, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF acerca da **suspensão dos processos que versem a mesma matéria do extraordinário**.*

*(...). Relata a **ausência de implementação da medida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, vinculado ao Ministério da Fazenda, responsável pelo exame dos recursos contra atos formalizados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB. Afirma que a recusa do Órgão decorre da falta de previsão regimental a respaldar a suspensão dos processos**.*

***Ressalta a iminência de julgamento, no CARF, de processo administrativo relevante para a entidade.** Notícia a expedição de ofício, pela Secretaria Judiciária, a todos os tribunais do território nacional, não tendo havido comunicação aos órgãos administrativos.*

*(...) Em se tratando de processo sob repercussão geral, surgem conseqüências danosas. Uma vez admitida, dá-se o fenômeno do sobrestamento de processos que, nos diversos Tribunais do País, versem a mesma matéria, sendo que hoje há previsão no sentido do implemento da providência requerida § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil.*

*(...) **A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer conciliando-se celeridade e conteúdo. Daí a necessidade de atentar-se para o estágio atual dos trabalhos do Plenário.** Dificilmente consegue-se julgar, fora processos constantes em listas, mais de uma demanda, o que projeta no tempo, em demasia, o desfecho de inúmeros conflitos de interesse.*

*No caso, tem-se quatro votos proferidos no sentido da inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991. Enquanto isso, o Poder Público continua aplicando-o, gerando dificuldades de toda ordem para entidades beneficentes.*

*(...) **Implemento a medida acauteladora, suspendendo, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, o curso de processos que veiculem o tema, obstaculizando o acionamento, pela Administração Pública, do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991"** - (seleção e grifos nossos).*

16. Assim, em 07/03/2017 foi expedido o Ofício nº 594/R endereçado ao Presidente deste Conselho com cópia da decisão do Ministro Marco Aurélio Mello que suspendeu os processos administrativos que tratam da matéria.

17. Faz-se necessário, neste sentido, admitir não a aproximação do direito continental a um vero sistema de precedentes, pois há **substancial distância** entre regras específicas de vinculação ínsitas às especificidades do sistema processual, judicial e administrativo, brasileiro e tais modelos estrangeiros, que não guardam relação com nossa realidade, mas dar voz, na formação dos fundamentos da decisão, à postura expressamente adotada pelo legislador pátrio, em observância ao direito positivo, do qual destacamos os seguintes dispositivos:

**Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) - Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:**

*I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*

*II - os enunciados de súmula vinculante;*

*III - os **acórdãos** em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em **juízo de recursos extraordinário e especial repetitivos**;*

*IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*

*V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

*§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.*

*§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*

*§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*

*§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*

*§ 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.*

**Art. 928.** *Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:*

*I - incidente de resolução de demandas repetitivas;*

*II - recursos especial e extraordinário repetitivos.*

*Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.*

18. A decisão do Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, acima transcrita, é merecedora de encômios, pois não há de se ofertar ao jurisdicionado decisão esquizóide, ou seja, tendente ao isolamento, falha em se relacionar com os demais componentes da sociedade jurídica que integra. O padrão evasivo de distanciamento dos vetores de amadurecimento institucional é contrário aos artigos acima transcritos, e este Conselho não pode se alhear das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida como se desconhecesse não apenas o Código de Processo Civil de seu país como também a decisão favorável à tese defendida pela contribuinte no presente caso. Obrigá-la a buscar a chancela posterior do Poder Judiciário em um caso como o presente caminha em sentido contrário ao interesse público, incorrendo, assim, em apego exagerado ao formalismo e às suas próprias decisões, visão míope e distorcida de que o livre convencimento do aplicador estaria de alguma forma alheado do esforço argumentativo da construção do direito, infenso à unicidade da ordem jurídica. Não é que os comandos uniformizadores ganhem verticalidade, mesmo porque se discute caso ainda sem a definitividade do trânsito em julgado, mas não se pode relegar ao esquecimento, como se inexistente, aquilo que sabemos e conhecemos.

19. Desta feita, diante de decisão não definitiva, propõe-se não a concordância com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, mas simplesmente a conversão do presente julgamento em diligência para que se suspenda este processo administrativo, com fundamento não apenas nos fundamentos utilizados pela decisão do Ministro Marco Aurélio, como também nos dispositivos do Código de Processo Civil, todos acima transcritos e referenciados, até o ulterior trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706.

## **2. Da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS**

20. Uma vez não acolhida a proposta de resolução deste relator, em conformidade com o resultado do julgamento registrado em ata, passa-se ao exame do mérito.

21. Excelentes argumentos militam em favor das contribuintes no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais, entre os quais se destacam: **(i)** a existência de destaque do ICMS que torna possível se aferir o montante exato que se inclui na base de cálculo das contribuições, **(ii)** a existência de repercussão jurídica, no sentido de que o imposto se materializa em um valor repassado juridicamente à contribuinte tendo como destino os cofres públicos, o que implica a ideia de mera transferência ou repercussão, **(iii)** configuração de situação não-isonômica, uma vez que contribuintes que exercem a mesma atividade passam a ser tratados desigualmente a depender da alíquota aplicável de ICMS.

22. Entendemos, contudo, que o ICMS integra o valor final da operação de venda e compra, e a chamada "incidência por dentro" não é vedada, salvo nos casos específicos previstos pela legislação. Assim, não há vedação genérica para que um tributo inclua outro, ou até mesmo ele próprio, em sua base de cálculo, e este é o caso do IPI ao incidir sobre o ICMS ou do ICMS, ao incidir não apenas sobre o próprio ICMS, como também sobre o IPI. Tal circularidade em nada destoa das normas de regência do sistema tributário nacional: a incidência por dentro convive em igualdade de condições com a incidência por fora, como ocorre no caso da CSL, hipótese em que se verifica a exclusão do tributo da sua base de cálculo. Há de se destacar, ainda, que a Lei nº 10.637/2002 (arts. 1º ao 11) e a Lei nº 10.833/2003 (arts. 1º ao 16) não contemplam a hipótese da exclusão do ICMS incluído no preço de venda. Destaca-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes para subsidiar a argumentação do presente voto:

*"(...) a COFINS não incide sobre a renda, sobre o incremento patrimonial líquido, que considera custos e demais gastos que viabilizaram a operação (como o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro), mas sobre o produto das operações (antes da EC 20/1998: as operações restringiam-se a vendas e prestações de serviços), da mesma maneira que outros tributos como o ICMS e o ISS.*

*Com efeito, a imposição sobre o produto de vendas e prestação de serviços como ocorre com a COFINS, o ICMS e o ISS cuida de tributo real (Objektsteuer), que não exige a observação das circunstâncias pessoais do contribuinte (...). Logo, a receita bruta (faturamento, produto das operações) em oposição à receita líquida compreende a importância total recebida pelo contribuinte sem exclusão a priori de quaisquer componentes independentemente de sua destinação ou natureza como margem de lucro, custos diretos, custos indiretos ou ônus tributário.*

*Ora, se a importância correspondente ao ICMS integra o valor da operação final, na linha do decidido pelo Plenário no RE 212.209/RS, constitui também produto da venda ou da prestação de serviço e faturamento do contribuinte, da mesma maneira que os outros fatores do preço das mercadorias e serviços.*

*Em outras palavras, o montante relativo ao ICMS incorpora-se ao preço, de forma que é pago pelo comprador e é recebido pelo vendedor ou pelo prestador de serviço, ingressando em seu domínio, em consequência da respectiva operação. Em se tratando de tributos reais, como a COFINS, a exclusão de qualquer fator que componha seu objeto na espécie, o produto da operação, deve ser expressamente prevista, seja por meio de imunidade,*

*como no art. 155, § 2º, XI, da Carta Magna que retira o montante do IPI da base de cálculo do ICMS; seja por meio de isenção, como disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar 70/1991, que excepciona o valor correspondente ao IPI da base de cálculo da COFINS.*

*De fato, as expressões faturamento e receita bruta, por si só, não distinguem quaisquer ingressos operacionais percebidos nem excluem de antemão qualquer elemento do resultado da operação. Portanto, montante subtraído do resultado das operações, a qualquer título, é exceção à base de cálculo e depende de previsão legal. Interpretação diversa entenderia como inócuos os citados arts. 155, § 2º, XI, a Carta Magna e 2º, parágrafo único, da LC 70/1991, o que não é razoável.*

*(...) Com efeito, se excluída da base de cálculo da COFINS a importância correspondente ao ICMS, questiono: por que não retirar o valor do ISS, do Imposto de Renda, do Imposto de Importação, do Imposto de Exportação, das taxas de fiscalização, da taxa do IBAMA, do PIS, além da própria COFINS?*

*Obviamente, o simples fato de fundar-se em ônus tributário não desqualifica a parte do preço como receita bruta. Além disso, também não impressiona o argumento de que o valor do ICMS seja destinado não ao contribuinte, mas ao estado federado. De fato, é necessário dissociar o preço das mercadorias e serviços, ou seja, o quantum entregue pelo comprador e recebido pelo vendedor, das obrigações decorrentes e atreladas à operação.*

*Caso contrário, também as comissões de intermediários, a participação dos empregados, royalties, licenças, direitos autorais, seguro, frete, despesas aduaneiras, além de tarifas de crédito, por exemplo, também deveriam ser subtraídas do resultado. Na verdade, o acolhimento do entendimento da recorrente abrirá diversas fragilidades no sistema da COFINS, criando outro tributo pautado pelas circunstâncias pessoais do contribuinte e de cada parcela que integra o resultado das operações. Inevitavelmente, passa-se a tratar a presente contribuição como tributo pessoal, aproximando-a de tributo sobre a renda ou sobre o lucro.*

*Rigorosamente, os fundamentos aqui apresentados para excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS poderiam também ser aplicados para afastar diversos custos que viabilizam as operações de compra e venda e de prestação de serviço, sejam de natureza tributária, sejam de natureza civil. Ainda que transferido apenas temporariamente ao contribuinte, qualquer parcela do valor do preço das vendas e dos serviços (após a EC 20/1998, também outras operações) irrefutavelmente faz parte do faturamento. De fato, após a entrega do numerário, o contribuinte dispõe dela da forma que entender conveniente: utilizando para quitar outros débitos que vencem primeiro, movimentando como capital de giro até a apuração, investindo em aplicações financeiras, etc.*

*Repita-se que a COFINS cuida de tributação sobre o faturamento, a receita bruta, o produto das vendas, não de imposição sobre a renda ou o lucro. O fundamento ou a destinação final do quantum não é relevante para a base de cálculo da COFINS, apenas o recebimento pelo contribuinte no curso de suas atividades.*

---

*(...) Em primeiro lugar, conforme já destacado, esta Corte reconheceu no RE 212.209/RS, Redator para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 14.2.2003, que o quantum referente ao ICMS compõe o valor da operação e, por isso, também está incluído, como outros custos de viabilização, em sua própria base de cálculo. Conseqüentemente, o destaque do ICMS é apenas para controle fiscal, não para diferenciar a natureza da parcela.*

*Em segundo lugar, frise-se que o ICMS não funciona como imposto retido. De fato, o ICMS não é recolhido automaticamente com a ocorrência da operação, mas é recebido pelo vendedor, que o integra ao seu caixa, ao seu patrimônio e, apenas ao término do período de apuração, repassa-o ao Estado federado, depois de considerada a compensação de créditos.*

*Em terceiro lugar, é importante destacar que nem sempre a totalidade do valor correspondente ao ICMS recebido pelo contribuinte será repassado ao Estado, seja porque em muitos casos há crédito de operações anteriores a serem considerados, consoante o princípio da não cumulatividade, seja porque o fenômeno da substituição tributária pode ter exigido antes o recolhimento do tributo" - (seleção e grifos nossos).*

23. Logo, insubsistente é o crédito, pois amparado em concepção equivocada do vocábulo "receita": o ICMS, pelos motivos acima dispostos, integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

24. De toda sorte, diante da inexistência de amparo legal que fundamente a pretensão da contribuinte, ou tampouco de decisão judicial (norma individual e concreta) que a lastreie, o que se observa é que, no momento da transmissão da PER/DComp, a recorrente não apenas não procedeu à retificação de seus registros contábeis e fiscais, como tampouco comprovou o erro que fundamentaria a oportuna retificação da declaração, não restando, portanto, saldo de crédito de tributo indevido a compensar no momento do encontro de contas, o que milita em favor da correção do despacho decisório que não homologou o pleito formulado.

25. Ressalta-se, ademais, que, nos pedidos de compensação ou de restituição, como o presente, o ônus de comprovar o crédito postulado permanece a cargo da contribuinte, a quem incumbe a demonstração do preenchimento dos requisitos necessários para a compensação, pois "(...) o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato".<sup>1</sup>

26. Neste sentido, já se manifestou esta turma julgadora em diferentes oportunidades, como no **Acórdão CARF nº 3401003.096**, de 23/02/2016, de relatoria do Conselheiro Rosaldo Trevisan:

*VERDADE MATERIAL. INVESTIGAÇÃO. COLABORAÇÃO. A verdade material é composta pelo dever de investigação da Administração somado ao dever de colaboração por parte do particular, unidos na finalidade de*

---

<sup>1</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª edição, 2010, p. 380.

*propiciar a aproximação da atividade formalizadora com a realidade dos acontecimentos.*

*PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. DILIGÊNCIA/PERÍCIA. Nos processos derivados de pedidos de compensação/ressarcimento, a comprovação do direito creditório incumbe ao postulante, que deve carrear aos autos os elementos probatórios correspondentes. Não se presta a diligência, ou perícia, a suprir deficiência probatória, seja do contribuinte ou do fisco.*

27. Verifica-se, portanto, a completa inviabilidade do reconhecimento do crédito pleiteado em virtude da inexistência de crédito a compensar.

Assim, voto por conhecer e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Relator

## **Voto Vencedor**

Conselheiro Robson José Bayerl, Redator designado,

Nada obstante as bem lançadas razões do eminente Cons. Relator, peço vênia para dele divergir quanto à proposta de sobrestamento deste processo administrativo, a fim de se aguardar a publicação da decisão exarada no RE nº 574.706-RG, que fixou a tese consoante a qual o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Nesse passo, a remissão ao RE nº 566.622/RS, como paradigma da providência indicada, a meu sentir, não serve ao caso dos autos, haja vista que naquela situação, como destacado pelo próprio Relator, houve ordem expressa do Min. Marco Aurélio, a pedido de parte interessada, para que o presidente do CARF suspendesse o curso de todos os processos administrativos que versassem sobre a matéria discutida no recurso extraordinário, o que inocorre em relação ao RE 574.706-RG, não podendo ser-lhe estendido os efeitos daquele por analogia.

Respeitante às disposições do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, arts. 927 e 928), não é demais lembrar que sua admissão no processo contencioso administrativo se faz de maneira subsidiária, acaso inexistente norma que regule a questão processual.

No caso vertente, a possibilidade de sobrestamento dos processos administrativos, ante o reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, encontrava expressa previsão no art. 62-A, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, incluído pela Portaria MF nº 586/2010, *verbis*:

*“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

**§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.**

**§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.”** (destacado)

Aludida previsão de sobrestamento, no entanto, foi posteriormente revogada pela Portaria MF 545, de 18/11/2013:

*“Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.*

*Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”*

Com o advento da Portaria MF nº 343/2015, que veiculou o novo regimento interno do sodalício, não foi reproduzido o instituto, o que demonstra a opção por não acolher, nesse ponto, as determinações do Código de Processo Civil, de modo que a sua reimplantação significaria, por via oblíqua, ripristiná-lo na contramão das disposições e alterações regimentais havidas ao longo do tempo.

A ausência de referência ao sobrestamento, uma vez reconhecida a repercussão geral do tema, não denota omissão regimental, como pode parecer, mas intenção deliberada de não adotar a providência em sede administrativa, o que implica no necessário julgamento do processo no estado em que se encontra, à luz da legislação e jurisprudência vinculante vigentes nessa ocasião.

Oportuno destacar que a observância obrigatória das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, *ex vi* do art. 62 do RICARF/15, somente é exigível após o respectivo trânsito em julgado, consoante inteligência do art. 1.040, *caput*, do CPC (Lei nº 13.105/15) e art. 28 da Lei nº 9.868/99, o que não ocorre com o RE 574.706-RG, cuja decisão plenária sequer foi publicada e ainda sujeita a recursos.

Com essas considerações, voto por não acolher o sobrestamento proposto.

Robson José Bayerl

