



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

Processo nº 13804.005429/2008-45
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-004.951 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2019
Matéria PIS/PASEP - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Recorrente DOW BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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 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.

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 nº 02.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para, ultrapassada a possibilidade de restituição de indébito tributário liquidado por compensação, determinar a prolação de novo Despacho Decisório. Vencido o conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, relator, quanto à restituição de indébito tributário liquidado por compensação, e os conselheiros Paulo Roberto Duarte Moreira, Marcelo Giovani Vieira e Charles Mayer de Castro Souza, que negaram provimento quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo das Contribuições para o PIS/Pasep e Cofins. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Relator

(assinado digitalmente)

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Redator Designado

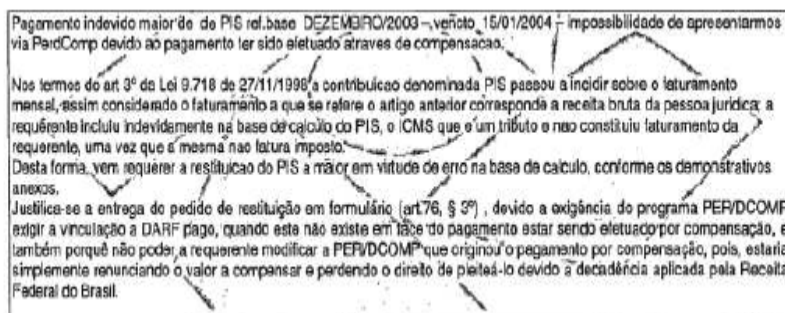
Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisario, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto.

Para bem relatar os fatos, transcreve-se o relatório da decisão proferida pela autoridade *a quo*:

*Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 03 protocolizado em 29/12/2008, no montante de **R\$ 462.977,64**, assim motivado:*



O pedido foi indeferido pela autoridade competente da Delegacia da Receita Federal (DERAT) por meio de Despacho Decisório de fls. 36/40, no qual os fatos são assim relatados:

Trata-se de processo de pedido de restituição de R\$ 462.977,64, formulado pelo representante da interessada e protocolizado em 29/12/2.008, relativo ao/à PIS de DEZEMBRO/2.003, compensado através da DCOMP 29051.35423.150104.1.3.02-6970 com crédito de Saldo negativo de IRPJ do exercício de 2.001.

Segundo o sujeito passivo, o motivo do pedido, descrito em formulário próprio, é o “pagamento indevido maior do/da PIS ref. Base DEZEMBRO/2.003

– vencimento 15/01/2004”. O pagamento a maior seria decorrente do alargamento indevido da base de cálculo do/a PIS, pela inclusão do ICMS.

No mesmo formulário o sujeito passivo justifica a “entrega do pedido de restituição em formulário (art. 76, § 3º), devido à exigência do programa PER/DCOMP exigir a vinculação a DARF pago, quando este não existe em face do pagamento estar sendo efetuado por compensação”.

Não foi encontrado no sistema SIEF/Perdcomp possível utilização deste crédito.

É o relatório, pelo que passamos à análise fundamentada.

Da fundamentação do indeferimento consta:

A lei n. 5.172/66, Código Tributário Nacional, prevê a compensação, no seu artigo 170 :

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

O conceito de compensação está expressa no Código Civil:

“Art. 368 - Se duas pessoas forem ao mesmo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Art. 369 - A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

A compensação tributária pressupõe créditos e débitos líquidos e certos. O sujeito passivo realizou compensação de saldo negativo de IRPJ do exercício de 2.001 com o PIS de dez/2.003 mediante entrega da DCOMP. Posteriormente protocolou o presente processo, onde requer restituição do valor compensado alegando que na base de cálculo do PIS foi incluído, indevidamente, o ICMS, alegando haver, portanto “pagamento”

(por compensação) a maior, em afronta ao pressuposto legal supracitado.

Já o art. 165, da CTN prevê o direito à restituição:

*Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à **restituição total ou parcial do tributo**, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Também a IN 600/05, que regulamentou a restituição e a compensação, vigente à época da protocolização deste processo, elenca, no artigo 2º, as hipóteses passíveis de restituição:

Art. 2º - Poderão ser restituídas pela SRF as quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição sob sua administração, nas seguintes hipóteses:

I – cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido;

II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

A compensação não se encontra contemplada nos artigos acima, que elencam expressamente os casos passíveis de restituição.

E conclui a autoridade da DRF:

Considerando que o crédito objeto do pedido de restituição não é valor líquido e certo, tendo em vista o pressuposto legal estabelecido pelo artigo 170 do CTN.

Considerando não haver previsão legal para a restituição de valor compensado, conforme art. 165 do CTN;

Considerando as informações prestadas pelo contribuinte nos sistemas informatizados da RFB e tudo mais que do processo consta;

Concluimos que o contribuinte não tem direito à restituição pleiteada neste processo, sendo, portanto, no mérito, IMPROCEDENTE o Pedido de Restituição no montante de R\$ 462.977,64 – parecer que foi confirmado pela decisão de indeferimento de fls. 39.

De fl. 41 consta que o Contribuinte tomou conhecimento do teor dos documentos relacionados abaixo [Despacho Decisório] na data 13/11/2014 10:55h, pela abertura dos arquivos correspondentes no link Processo Digital, no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC) através da opção Consulta Comunicados/Intimações. E de fl. 42 consta Termo de Ciência por Decurso de Prazo, com as informações seguintes: Data da disponibilização na Caixa Postal: 13/11/2014 e Data da ciência por decurso de prazo: 28/11/2014.

De fl. 43 consta Termo de Solicitação de Juntada datado de 09/12/2014 de Manifestação de Inconformidade de fls. 44/56, acompanhada dos documentos de fls. 58/91 (Ata e Contrato Social e Alterações, procuração e documento de identificação).

Na manifestação, após expor os fatos e registrar a tempestividade de sua defesa, a Interessada apresenta as alegações a seguir sintetizadas

Sob o título “Do reconhecimento da validade dos créditos pleiteados”, argumenta que:

- do Despacho Decisório consta que a Recorrente não faria jus aos créditos pleiteados por conta de não haver previsão legal para restituição de valores compensados, e nada se falou acerca da materialidade dos créditos reclamadas, mas apenas e tão somente sobre a formalidade de como sua restituição poderia se dar.

- A Autoridade não descaracterizou o pedido da Recorrente, mas somente o negou por supostamente não haver restituição de tributo compensado, esquecendo-se no entanto, que tributo compensado é apenas uma das espécies de tributo pago e, portanto, perfeitamente incluído na disposição legal segundo a qual a restituição se dará nas hipóteses de “cobrança ou PAGAMENTO espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido” .

Conclui esse tópico expondo que, por estar comprovada e validada pela Autoridade Administrativa a ocorrência de pagamento indevido efetuado pela recorrente –mediante compensação – deve ser reconhecido o seu direito ao ressarcimento dos créditos, independentemente de formulário ou programa utilizado para tanto.

Na sequência reporta-se a seu objeto social de realização de atividades industriais, pesquisa e desenvolvimento de produtos, importação e exportação, entre outros e expõe que, após a vigência das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, passou a apurar o PIS e depois a COFINS, sob o regime não-cumulativo.

Frisa que sob a égide do regime não-cumulativo, apurou em alguns períodos, em função da natureza de suas atividades e especificidades desse regime legal, saldo crédito de PIS e COFINS (passível de compensação com outros tributos federais), não sendo obrigada ao seu recolhimento.

Assevera ter recolhido as contribuições em foco, nos termos das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, incluindo nas bases de cálculo a parcela do ICMS incidente nas operações que traduziram nas suas receitas, acabando por recolher PIS e COFINS a maior ou a apurar saldo credor a menor, conforme planilhas inclusas nos pedidos protocolados que demonstram os efeitos operados pela indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Defende, então, que a inserção na base de cálculo do PIS e da COFINS do valor relativo ao ICMS constitui flagrante ilegalidade/inconstitucionalidade, acarretando o direito da RECORRENTE de ter o seu crédito restituído - tese acerca da qual discorre extensamente no item 3 de sua manifestação (parágrafos 14 a 25), identificando o ICMS como sua despesa (18), reportando-se aos arts. 1º das Leis nºs 10.637 e 10.833, ao Recurso Extraordinário 240.785 e votos nele proferidos, e citando entendimento doutrinário, para concluir que:

É inexorável o reconhecimento de que o ICMS não deve integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de ofensa aos artigos 195, I, “b”, e 239, da Constituição Federal, ao artigo 110, do Código Tributário Nacional, e aos dispositivos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que definem suas bases de cálculo, como sendo o faturamento ou a receita.

No item 4 de sua Manifestação, defende a Interessada que o pagamento indevido ou a maior por parte do contribuinte caracteriza um enriquecimento sem causa do Estado, que recebe tal pagamento, cita doutrina e decisão judicial para concluir que deve ser repudiado o enriquecimento ilícito do Estado, mormente quando restou demonstrado o pagamento a maior realizado pela RECORRENTE.

Finaliza requerendo o acolhimento integral de suas razões para que seja deferida a restituição pleiteada.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Ribeirão Preto por intermédio da 11ª Turma, no Acórdão nº 14-64.590, sessão de 02/03/2017, julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte e não reconheceu o direito creditório. A decisão foi assim ementada::

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO (PER). INDÉBITO DE CONTRIBUIÇÃO EXTINTA MEDIANTE COMPENSAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

Inexiste previsão legal de apuração de indébito de tributo e/ou contribuição extinto mediante compensação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada a contribuinte, apresentou recurso voluntário que visa a reforma da decisão recorrida para que lhe seja reconhecido o direito creditório.

Traz como fato novo que a decisão do STF no RE nº 574.706/PR julgado na sessão de 15/03/2017.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, Relator

O Recurso Voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Consta dos autos que o litígio versa sobre o inconformismo do contribuinte em face do despacho decisório, mantido hígido na decisão *a quo*, que não reconheceu o direito creditório fundando no PIS apurado em 12/2003 e compensado através da DCOMP nº 29051.35423.150104.1.3.02-6970, com crédito de Saldo negativo de IRPJ.

Portanto, o pretense direito creditório, requerido em um pedido de restituição, não decorre de pagamento a maior ou indevido de tributo, mas de um débito compensado em Dcomp e que se alega apurado em excesso pois em sua base de cálculo está inserido o ICMS, cuja inclusão foi declarada inconstitucional no RE nº 574.706.

Há três matérias a serem decididas em que a negativa de provimento em qualquer delas implica a prejuízo no enfrentamento da(s) seguinte(s). São elas: (i) a possibilidade de pedido de restituição de tributo declarado em compensação; (ii) a permissão à exclusão do ICMS próprio na base de cálculo da Contribuição para o PIS; e (iii) a certeza e liquidez do crédito, acaso reconhecido.

Pedido de restituição de tributo declarado em compensação

Com razão a decisão recorrida que manteve o indeferimento do pedido de restituição no despacho decisório.

Não há no ordenamento legal tributário previsão de repetição de indébito de valor de débito declarado a maior que o devido.

A única modalidade de extinção do crédito tributário que permite a restituição é o pagamento, conforme dispõe os incisos I e II do art. 165 do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

O alegado indébito não decorre de um pagamento a maior que o devido, o que se dá por intermédio de um DARF. Esta a razão para no PER/DCOMP exigir em campo próprio o preenchimento com as informações que identificam o alegado crédito, que deve estar consubstanciado em um DARF.

A compensação é modalidade de extinção do crédito tributário e não se confunde com a demais formas estabelecidas no art. 156 do CTN, mormente com o pagamento, que se indevido comporta restituição.

Nesse sentido, o Acórdão nº 3401-005.331 que julgou identifica matéria:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/2000 a 30/11/2002

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

O direito à devolução do indébito tributário nasce com a ocorrência do pagamento indevido. Pagamento e compensação são institutos distintos, embora tenham como efeito em comum a extinção do crédito tributário. Inexiste previsão legal de restituição de compensação indevida como pretende o contribuinte.

RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

O ônus da prova é do contribuinte no que tange à existência e regularidade do crédito que pretende ter restituído. É sua a incumbência demonstrar liquidez e certeza quando do exame administrativo. Se tal demonstração não é realizada não há como deferir seu pleito. (Processo nº 15892.000132/2009-98, sessão de 25/09/2018, relatoria do Conselheiro Cassio Schappo, decisão unânime)

Exclusão do ICMS da base de cálculo das Contribuições para PIS e Cofins

A recorrente insurge-se contra a inclusão do ICMS no faturamento, base de cálculo das contribuições exigidas, no caso específico do PIS, arguindo ser inconstitucional sua cobrança.

Afirma ser inexorável o reconhecimento de que o ICMS não deve integrar a base de cálculo da PIS, sob pena de ofensa aos artigos 195, I, “b”, e 239, da Constituição Federal, ao artigo 110, do Código Tributário Nacional, e aos dispositivos das Leis. 1.0637/2002 e 1.0833/2003, que definem suas bases de cálculos, como sendo o faturamento ou a receita, sendo que o ICMS não revela medida de riqueza.

Conclui que a análise acerca da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das Contribuições já foi feita em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário n. 574.706. Assim, deve ser reformada a r. decisão, vinculando-a ao resultado prolatado pelos ministros do STF no RE nº 574.706, em obediência ao Novo Código Processo Civil e Regimento do CARF.

Ocorre que, aos julgadores do CARF impõe-se a aplicação do que restar decidido pelo STJ e STF na sistemática do arts. 543-B e 543-C, do antigo CPC, a teor do que prescreve o disposto no caput do art. 62 da Portaria MF nº 343/2015 - RICARF¹.

¹ 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:

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

(...)

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; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

No tema 313 do STJ - "legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins" - tem-se a decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos, no REsp nº 1.144.469 /PR, com trânsito em julgado em 13/03/2017², no sentido de que o ICMS integra as bases de cálculo do Pis e da Cofins, firmada a seguinte tese:" ii) O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

Transcrevo excerto da ementa do REsp nº 1.144.469 /PR:

EMENTA

[...]

PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO- RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

² O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, com base nos seus registros processuais eletrônicos, acessados no dia e hora abaixo referidos CERTIFICA que, sobre o(a) RECURSO ESPECIAL nº 1144469/PR, do(a) qual é Relatoro Excelentíssimo Senhor Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e no qual figuram, como RECORRENTE, FAZENDA NACIONAL, (...) em 10 de Agosto de 2016, PROCLAMAÇÃO FINAL DE JULGAMENTO: "PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, A SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL E, POR MAIORIA, VENCIDOS OS SRS. MINISTROS RELATOR E REGINA HELENA COSTA, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA RECORRENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, QUE LAVRARÁ O ACÓRDÃO."; em 10 de Agosto de 2016, CONHECIDO O RECURSO DE FAZENDA NACIONAL E PROVIDO, POR UNANIMIDADE, PELA PRIMEIRA SEÇÃO RELATOR PARA ACÓRDÃO: MAURO CAMPBELL MARQUES; em 01 de Dezembro de 2016, ATO ORDINATÓRIO PRATICADO ACÓRDÃO ENCAMINHADO(A) À PUBLICAÇÃO PREVISTA PARA 02/12/2016; em 01 de Dezembro de 2016, DISPONIBILIZADO NO DJ ELETRÔNICO EMENTA / ACORDÃO; em 02 de Dezembro de 2016, PUBLICADO EMENTA / ACORDÃO EM 02/12/2016; (...) TRANSITADO EM JULGADO EM 10/03/2017; em 13 de Março de 2017, BAIXA DEFINITIVA PARA TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO; em 07 de Abril de 2017, ENTREGA DE ARQUIVO DIGITAL DOS AUTOS AO DR. WAGNER MUNDIM RIBEIRO OAB/DF 14.760.

Certifica, por fim, que o assunto tratado no mencionado processo é: Base de Cálculo.

Certidão gerada via internet com validade de 30 dias corridos.

Esta certidão pode ser validada no site do STJ com os seguintes dados:

Número da Certidão: 2075368

Código de Segurança: 2A90.4694.CEEB.3,

Data de geração: 13/12/2017 16:21:51

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS [...]

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS [...]

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL [...]

2.4. Do IPI sobre o ICMS [...]

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN [...]

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

4. Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando

dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax on tax").consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre

imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ: Súmula n. 191/TFR: "É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes". Súmula n. 258/TFR: "Inclui-se na base de cálculo do PIS

a parcela relativa ao ICM". Súmula n. 68/STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS". Súmula n. 94/STJ: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia [...] que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

[...]

(REsp 1144469 PR, Rei. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rei. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido de forma favorável à tese da ora recorrente no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, como ainda não se trata da "decisão definitiva" a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, pois ainda passível de modulação de seus efeitos e sem o trânsito em julgado, não é o caso de sua reprodução no presente julgamento.

Este Conselho já enfrentou a mesma matéria em recurso do contribuinte nos processos 10880.979818/2011-14 cuja ementa transcrevo, 10283.902818/2012-35 e 13609.000892/2009-98, todos com decisão desfavorável à contribuinte.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 13/09/2006

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

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

(Acórdão nº 3302-005.969, sessão de 25/09/2018, relatoria do Cons. Raphael Madeira Abad, decisão por maioria de voto)

Quanto à tese de inconstitucionalidade da exigência, impende conferir a legislação concernente à base de cálculo das contribuições a o conceito de receita bruta.

Conforme art. 1º, caput, e §1º, da Lei 10.833/2003 (replicada na Lei nº 10.637/2002 para o PIS/Pasep):

Art. 1º-A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º-Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

A Receita Bruta é definida pelo art. 12 do Decreto-lei 1.598/77, com a seguinte redação então vigente:

Art. 12 A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§1º A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Como se vê, a exclusão dos tributos incidentes somente se faz para encontrar o valor da receita líquida, conforme §1º.

Desse modo, conforme expressa definição legal, a base de cálculo do Pis e da Cofins abrange os tributos incidentes sobre a receita bruta ou faturamento, tais como o ICMS e o ISS. Ademais, o CARF não pode afastar a aplicação da Lei sob considerações de inconstitucionalidade, de acordo com a Súmula 2 e artigo 26-A do Decreto 70.235/72: " O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Destarte, aplicam-se os fundamentos explicitados pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.144.469/PR para manter o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Prova da certeza e liquidez do crédito

Cabe assinalar que à luz do art. 170 do CTN³, o reconhecimento de direito creditório contra a Fazenda Nacional exige a averiguação da liquidez e certeza do suposto pagamento indevido ou a maior de tributo, fazendo-se necessário verificar a exatidão das

³ Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

informações a ele referentes, confrontando-as com os registros contábeis e fiscais efetuados com base na documentação pertinente, com análise da situação fática, de modo a se conhecer qual seria o tributo devido e compará-lo ao pagamento efetuado.

A fim de comprovar a certeza e liquidez do crédito, o interessado deve, sob pena de preclusão, instruir sua manifestação de inconformidade com os motivos de fato e de direito que fundamentam sua pretensão, acompanhados dos documentos que respaldem suas afirmações, considerando o que dispõem os dispositivos legais transcritos.

A interessada requereu o reconhecimento de direito a crédito indicado em planilha de fls. 06 sem apresentar documento comprobatório algum, não só quanto ao montante do valor do ICMS a ser excluído, mas também quanto à existência de eventual medida judicial conferindo o direito à exclusão do referido tributo da base de cálculo da contribuição, dado que tal procedimento contraria o disposto na lei.

Evidencia-se que o recorrente até esta fase do contencioso administrativo não se preocupou em apresentar os documentos que comprovariam suas alegações, ônus que lhe competia, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal⁴, o PAF e o CPC⁵.

Destarte, não é aceitável que um pleito, onde se objetiva a restituição de um alegado crédito, e sua compensação para extinção de crédito tributário, seja proposto sem a devida e minuciosa demonstração e comprovação da efetiva existência do indébito e que posteriormente, também em sede de julgamento, se oportunize tais demonstração e comprovação.

Desse modo, a contribuinte não se desincumbiu do ônus probatório do seu direito creditório, que restou incerto e ilíquido. Assim, não vislumbro espaço para reanálise do despacho decisório, tampouco qualquer reforma na decisão recorrida, mantendo-se não reconhecido o direito creditório e não homologada a compensação declarada.

⁴ Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

⁵ Lei nº 13.105/2015 - CPC:

"Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I — ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Redator designado

Com a devida vênia, ousou divergir do sempre bem elaborado voto proferido pelo E. Relator, Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira.

No que tange ao direito à devolução do indébito tributário entendo que o mesmo pode ser concretizado tanto com o pagamento indevido, tanto com a compensação.

Filio-me a corrente de que o conceito de pagamento, em matéria tributária, deve abranger, também a compensação de tributos. Neste sentido, cito precedente do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

"TRIBUTÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LEGAL. ART. 9º. DA MP 303/06, CUJA ABRANGÊNCIA NÃO PODE RESTRINGIR-SE AO PAGAMENTO PURO E SIMPLES, EM ESPÉCIE E À VISTA, DO TRIBUTO DEVIDO. INCLUSÃO DA HIPÓTESE DE COMPENSAÇÃO, COMO ESPÉCIE DO GÊNERO PAGAMENTO, INCLUSIVE PORQUE O VALOR DEVIDO JÁ SE ACHA EM PODER DO PRÓPRIO CREDOR. PLETORA DE PRECEDENTES DO STJ QUE COMPARTILHAM DESSA ABORDAGEM INTELECTIVA.

NECESSIDADE DA ATUAÇÃO JUDICIAL MODERADORA, PARA DISTENCIONAR AS RELAÇÕES ENTRE O PODER TRIBUTANTE E OS SEUS CONTRIBUINTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Trata-se de extinção do crédito tributário mediante compensação de ofício; circunstância que o Recorrente afirma comportar a incidência do art. 9º., caput da MP 303/06, o qual prevê hipóteses de desconto nos débitos tributários.

2. O art. 9º. da MP 303/2006 criou, alternativamente ao benefício do parcelamento excepcional previsto nos arts. 1º. e 8º, a possibilidade de pagamento à vista ou parcelado no âmbito de cada órgão, com a redução de 30% do valor dos juros de mora e 80% da multa de mora e de ofício; o conceito da expressão pagamento, em matéria tributária, deve abranger, também, a hipótese de compensação de tributos, porquanto tal expressão (compensação) deve ser entendida como uma modalidade, dentre outras, de pagamento da obrigação fiscal.

3. *É usual tratar-se a compensação como uma espécie do gênero pagamento, colhendo-se da jurisprudência do STJ uma plethora de precedentes que compartilham dessa abordagem intelectual da espécie jurídica em debate: AgRg no REsp. 1.556.446/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 13.11.2015; REsp. 1.189.926/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 1.10.2013; REsp. 1.245.347/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 11.10.2013; AgRg no Ag. 1.423.063/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 29.6.2012; AgRg no Ag. 569.075/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 18.4.2005.*

4. *Considerando-se a compensação uma modalidade que pressupõe credores e devedores recíprocos, ela, ontologicamente, não se distingue de um pagamento no qual, imediatamente depois de pagar determinados valores (e extinguir um débito), o sujeito os recebe de volta (e assim tem extinto um crédito). Por essa razão, mesmo a interpretação positivista e normativista do art. 9º. da MP 303/06, deve conduzir o intérprete a albergar, no sentido da expressão pagamento, a extinção da obrigação pela via compensatória, especialmente na modalidade ex officio, como se deu neste caso.*

5. *Ainda que não se considerasse que a compensação configura, na hipótese específica destes autos, uma modalidade de pagamento da dívida tributária, ganha relevo o fato de a compensação ter sido realizada de ofício, pois demonstra que o Fisco suprimiu até mesmo a possibilidade de o contribuinte, depois de receber o valor que lhe era devido, resolver aderir à forma favorecida de pagamento, prevista no art. 9º. da MP 303/06.*

6. *A interpretação das normas tributárias não deve conduzir ao ilogismo jurídico de afirmar a preponderância irrefreável do interesse do fiscal na arrecadação de tributos, por legítima que seja essa pretensão, porquanto os dispositivos que integram a Legislação Tributária têm por escopo harmonizar as relações entre o poder tributante e os seus contribuintes, tradicional e historicamente tensas, sendo essencial, para o propósito pacificador, a atuação judicial de feitiço moderador.*

7. *Recurso Especial da empresa BUSSCAR ÔNIBUS S/A provido." (REsp 1122131/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016) (nosso destaque)*

Superada tal questão, no mérito, entendo que assiste razão à Recorrente.

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.

Referida decisão possui a seguinte 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. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

O Supremo Tribunal Federal - STF já está a aplicar o entendimento firmado em outros processos, conforme se depreende do julgado adiante colacionado:

"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. Precedentes: recurso extraordinário nº 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação dos honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, quando se tratar de recurso formalizado em processo cujo

rito os exclua. AGRAVO – MULTA – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente inadmissível ou improcedente, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância protelatória."(RE 440787 AgR-segundo, Relator(a):Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018)

Com a decisão proferida pela Corte Suprema, não mais prevalece o contido no REsp 1.144.469/PR do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

O entendimento ora esposado encontra amparo no fato de o próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ não mais estar aplicando o seu antigo posicionamento. A Corte Superior de Justiça, de modo reiterado, está decidindo de acordo com o julgado no RE 574.706.

A título ilustrativo, colaciona-se recentes decisões em tal sentido, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR).

1. O recurso especial foi interposto na vigência do CPC/1973. Dessa forma, sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar 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. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para realizar a adequação prevista no art. 1.030, II do CPC/2015." (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. A Jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça possuía o entendimento de considerar legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do

STJ. Posicionamento este ratificado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do Resp 1.144.469/PR, processado e julgado como representativo de controvérsia.

2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do RE 574.706-RG/PR, com repercussão geral reconhecida, firmou tese contrária à fixada pela Primeira Seção do STJ.

3. Juízo de retratação exercido nestes autos (art. 1.040, II, do CPC/2015), para negar provimento ao apelo nobre da Fazenda Nacional." (REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.

INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a

mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017.

IV. Nesse contexto, retornaram os autos - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 -, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.

V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Neste contexto, não há como negar plena efetividade ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, já que o próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ não mais aplica o entendimento firmado no REsp 1.144.469/PR.

O mesmo posicionamento tem sido adotado pelos Tribunais Regionais Federais. Neste sentido:

"EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR, SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69 STF. Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706)." (TRF4, AC 5004059-55.2015.4.04.7215, SEGUNDA TURMA, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 09/07/2018)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RETRATAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574706/PR. TEMA 69 STF. Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706)." (TRF4, EINF 2006.70.00.028496-1, PRIMEIRA SEÇÃO, Relator ROGER RAUPP RIOS, D.E. 10/07/2018)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706. VINCULAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

- No caso, foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Cabe destacar que foi reconhecida a repercussão geral do RE 574.706/PR, e julgado o mérito do recurso pelo Plenário do STF, devendo os tribunais decidir no mesmo sentido do entendimento adotado, nos termos do art. 1.040, II do CPC, e incumbindo ao Relator decidir de forma monocrática, como prevê o art. 932 do CPC.

- Anote-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Precedentes.

- Quanto à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração a serem opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na r. decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- A motivação dos embargos de declaração, embora não tenha sido acolhida, não permite a conclusão de que foram opostos em litigância de má-fé ou com manifesto caráter protelatório.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisorio a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno." (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 369987 - 0001986-16.2017.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 04/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2018)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. COMPENSAÇÃO. SÚMULA Nº 213 DO STJ. SUFICIÊNCIA DA PROVA DA CONDIÇÃO DE CREDORA TRIBUTÁRIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Quanto à análise da compensação tributária em sede mandamental, o próprio C. STJ tem reiterado a aplicação do seu Enunciado 213, limitando, in casu, a prova à simples condição de credora tributária, por não se confundir com os fundamentos adotados no REsp 1.111.164/BA.

3. Apelação a que se dá parcial provimento, concedendo-se a segurança para determinar a exclusão, relativa à base de cálculo da COFINS e do PIS, da parcela relativa ao ICMS, autorizando a respectiva compensação, observado, contudo, o lustrro prescricional (RE 566.621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie), na forma da legislação de regência, notadamente com respeito ao disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.637/02, artigo 170-A do CTN e correção monetária com a incidência da Taxa SELIC, considerando que a presente ação mandamental foi ajuizada em 08/07/2008.

4. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, nesse viés, prosperar o argumento alinhavado pela União Federal - nesse exato sentido, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

5. Matéria reapreciada, em sede de juízo de retratação, por força do artigo 543-B, § 3º, do CPC/73, aplicável à espécie." (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 333152 - 0016260-88.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 20/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2018)

Pertinentes são as palavras da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em voto proferido no processo 10580.721226/2007-01 (Acórdão 3301-004.355):

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto 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, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de "decisão definitiva de mérito", para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF."

Cito, ainda:

"Os órgãos do Estado são entes sem vida, sem inteligência e sem sentimento; são dirigidos por gestores que assumem o compromisso constitucional de respeitar os princípios democráticos, dentre os quais o efetivo cumprimento das decisões judiciais. De outra forma, não faz sentido o próprio governo, integrante do sistema, desrespeitar as leis.

A Fazenda Pública e os órgãos públicos de maneira geral, por não terem vida, não se sensibilizam com os fatos que ocorrem em seu derredor, diferentemente do que acontece com seus agentes políticos ou administrativos." (CARDOSO, Antonio Pessoa. Cumprimento das leis - Estado deve ser referência de valores do Direito. Revista Consultor Jurídico, 25 de junho de 2011, 7h41)

Um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal - STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça - STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Sobre a inteira e imediata aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o Superior Tribunal de Justiça - STJ assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO 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 Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar 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.

2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido." (AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018) (nosso destaque)

Do voto, destaco:

"3. No mais, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a existência de precedente sob o regime de repercussão geral firmado pelo Plenário daquela Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.)"

Por fim, ressalto que esta Turma, em sua atual composição, decidiu por maioria de votos, em dar provimento a recurso do contribuinte, em processo no qual este relator foi designado para redigir o voto vencedor.

Aludida decisão apresenta a seguinte ementa:

"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 da 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 2

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." (Processo nº 10530.004513/2008-11; Acórdão nº 3201-003.725; Relator Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira; sessão de 24/05/2018)

Cito, ainda, decisão proferida por voto de desempate, que acolheu o pedido de restituição formulado pelo contribuinte:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2010 a 31/08/2010

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE.

Comprovado tratar-se de crédito tributário restrito ao PIS/Pasep apurado e recolhido sobre base de cálculo sem a exclusão do ICMS é de se reconhecer o direito à restituição do crédito pleiteado." (Processo nº 10935.906300/2012-59; Acórdão nº 3001-000.113; Relator Conselheiro Cássio Schappo; sessão de 24/01/2018)

Assim, é de se prover o Recurso Voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no Recurso Extraordinário nº 574.706 e em conformidade com o que tem adotado o Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Diante do exposto, voto em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para, ultrapassada a possibilidade de restituição de indébito tributário liquidado por compensação, determinar a prolação de novo Despacho Decisório.

(assinado digitalmente)

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Redator designado