



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

**Processo n°** 10530.004513/2008-11  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3201-003.725 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 24 de maio de 2018  
**Matéria** PIS\_COFINS - ICMS NA BASE DE CÁLCULO  
**Recorrente** FRIBARREIRAS AGRO INDUSTRIAL DE ALIMENTOS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**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 cômputo da base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade, ressalvando-se os valores glosados não comprovados pela fiscalização e os lançados com evidente lapso material.

**CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE. DEPRECIÇÃO 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. DEPRECIÇÃO 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 28/02/2005, 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006

**COFINS. LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA.**

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

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para (i) afastar a glosa relativa ao frete na compra de insumos - conta 42032 no valor de R\$ 2.049,34, e (ii) retificar o valor referente à compra de matéria-prima no mês de dezembro de 2006, na conta 42002, lançado a menor na planilha de cálculo dos créditos das contribuições; por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do PIS/Cofins o ICMS sobre vendas. Vencidos os conselheiros Paulo Roberto Duarte Moreira (relator), Marcelo Giovani Vieira e Charles Mayer de Castro Souza, que negaram provimento quanto à exclusão da base de cálculo do PIS/Cofins o ICMS sobre vendas. 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 Salvador/BA.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até o primeiro julgamento por Turma deste CARF, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

*Em decorrência de ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte acima identificada, foram lavrados os autos de infração (fls. 03/11 e 13/21), que exige o recolhimento das Contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, não cumulativos, nos valores, respectivamente, de R\$ 134.969,78 (cento e trinta e quatro mil novecentos e sessenta e nove reais e setenta e oito centavos) e R\$ 621.649,81 (seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e quarenta e nove reais e oitenta e um centavos), acrescidas da multa de ofício e dos juros de mora, relativa aos períodos de apuração acima mencionados, tendo como fundamento legal os dispositivos mencionados às fls. 06, 11, 16 e 21.*

*O autuante, no “Termo de Verificação Fiscal” de fls. 23/28, relata os termos em que se deu as autuações.*

*Tendo tomado ciência dos lançamentos (conforme consta da fl. 309 ) a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 294/300, cujo teor é sintetizado a seguir.*

*- requer, após se referir aos lançamentos, a nulidade da autuação sob a alegação de que, conforme se verifica à fl. 23, a presente ação fiscal iniciou-se em 25/02/2008, por meio do Termo de Início de Fiscalização, não constando, no entanto, dos autos do processo de autuação fiscal qualquer solicitação de prorrogação do prazo de fiscalização por parte do autuante, que só encerrou a ação fiscal no fim do ano, já que ela tomou ciência da autuação em 29/12/2008; que, nestas condições, já não mais poderia ter sido lavrado o presente AI sem que fosse autorizado a prorrogar a vigência da ação fiscal;*

*- diz que im procedem as infrações de PIS e Cofins descritas no item 4 e subitens do Termo de Verificação Fiscal à fls. 23/28; primeiro que deve ser excluídos da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores do ICMS, conforme entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), apresentando, dessa forma, quadro demonstrativo dos valores de ICMS incidentes sobre as vendas de 2005 e 2006 que devem ser excluídos dos períodos autuados;*

*- na seqüência passa a contestar as acusações específicas, feitas pelo autuante, com relação a apropriações indevidas de créditos tais como:*

a) **despesa financeira** – alega que o autuante não poderia desconsiderar a exclusão de despesas financeiras da base de cálculo do PIS e da Cofins, já que tais apropriações, das contas de variação monetária passiva de nº 53509 e nº 53512, dos anos de 2005 e 2006, foram devidamente autorizadas pela legislação pertinente;

b) **encargos de depreciação acelerada da Lei nº 10.833, de 2003** – que é inaceitável a glosa feita pelo autuante dos encargos de depreciação acelerada, posto que, exerceu sua opção e fez corretamente os cálculos da depreciação, excluindo tal despesa da base de cálculo do PIS e da Cofins de acordo com o que autorizava a referida lei;

c) **encargos de depreciação acelerada da Medida Provisória nº 219, de 2004 (Lei nº 11.051, de 2004)** – que não houve apropriação indevida, pois elegeu corretamente os bens que poderiam ser objeto do benefício fiscal, motivo pelo qual não compreende a glosa de parte deles pelo autuante; que os bens adquiridos são equipamentos, maquinários destinados a sua atividade industrial, razão pela qual, requer a revisão das glosas efetuadas;

d) **créditos em função de cálculo em duplicidade dos custos com fretes** – que não há que se falar em duplicidade na exclusão de custos com fretes; que os custos com fretes estão registrados nas contas nº 41029 e nº 41030, e são referentes à compra de mercadorias e à compra de insumos não se tratando, portanto, da mesma coisa e/ou da mesma despesa;

- requer, ante o exposto, a nulidade do auto de infração e, só para argumentar *ad absurdum*, caso venha a ser apreciado o mérito, que seja julgada totalmente improcedente a autuação fiscal.

Em face do despacho de fl. 310, o processo veio a esta DRJ/SDR, para julgamento.

É o relatório.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador/BA, por intermédio da 4ª Turma, no Acórdão nº 15-21.869, sessão de 02/12/2009, julgou a impugnação improcedente e manteve o crédito tributário constituído no auto de infração. A decisão foi assim ementada:

*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*

**NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF.**

*Há de se rejeitar 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.*

*PIS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.*

*A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS, consoante Súmula n.º 68 do Superior Tribunal de Justiça -STJ.*

*APROPRIAÇÃO INDEVIDA. GLOSA DE CRÉDITOS.*

*Correta a glosa de valores indevidamente incluídos no cômputo da base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade.*

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

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

*NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF.*

*Há de se rejeitar 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.*

*COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.*

*A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins, consoante Súmula n.º 94 do Superior Tribunal de Justiça -STJ.*

*APROPRIAÇÃO INDEVIDA. GLOSA DE CRÉDITOS.*

*Correta a glosa de valores indevidamente incluídos no cômputo da base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade.*

Em sede de recurso voluntário, a recorrente reprisa seus argumentos expostos na impugnação e, com mais detalhe, apresenta demonstrativo nos quais apontam os erros do procedimentos fiscal.

Submetido a julgamento, em Turma extinta deste CARF, na sessão de 07/07/2011, decidiu seus conselheiros sobrestar o julgamento até que o STF proferisse decisão definitiva acerca da matéria no RE nº 574.706, com repercussão geral reconhecida. A decisão teve por fundamento ao art. 62-A do RICARF, vigente à época.

Transcrevo excerto do voto que sobrestou o feito:

*De acordo com o artigo 62A, do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministro da Fazenda, com alterações das Portarias 446/2009 e 586, o Relator sobrestará de ofício 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. 543B, in verbis:*

*Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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. {2}*

*§ 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. {2}*

*§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. {2}*

*{2} alterações introduzidas pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010—DOU de 22.12.2010*

*O Colendo Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, ao apreciar o recurso extraordinário nº RE 574.706, reconheceu a existência de repercussão geral na controvérsia sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme ementa transcrita abaixo:*

*Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes.*

*Ante o exposto, com esteio no art. 62A do Regimento Interno do CARF, determino o sobrestamento deste feito até o julgamento da matéria pelo Plenário do STF.*

Os §§ 1º e 2º do art. 62-A da Portaria MF nº 256/2009 (redação dada pela Portaria MF nº 586/2010) foram revogados com a publicação de novo Regimento Interno do CARF - a Portaria MF nº 343/2015; assim, não mais existe a previsão de sobrestamento de processos administrativos para aguardar julgamento de recursos extraordinários da mesma matéria, igualmente sobrestado.

No despacho da 2ª Câmara / 3ª Seção, de 21/02/2014 (fl. 361), o processo retornou para julgamento, providenciando-se nova redistribuição em razão da extinção da Turma em que se iniciou o julgamento.

É o relatório.

**Voto Vencido**

Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, Relator

***Nulidade do auto de infração por ausência de prorrogação do MPF***

A recorrente argui a nulidade do auto de infração por entender irregularidades na validade do MPF, conforme expôs:

*A impugnação arguiu a nulidade do auto de infração, uma vez que não consta dos autos solicitação e concessão de prorrogação do prazo de fiscalização inicialmente concedido ao autuante, que começou a ação fiscal em 25 de fevereiro de 2008 e só lavrou o auto de infração em 23 de dezembro de 2008, do qual a autuada só teve ciência em 29 de dezembro de 2008.*

Sem razão a recorrente.

Consta dos autos o extrato de prorrogações sucessivas da vigência do MPF para sua execução, sendo a última em 05/02/2009 (fl. 36), data, inclusive, posterior à da interposição da impugnação nos autos. Ora, se há prova da prorrogação, é fato que houve seu pedido. Ademais, o acompanhamento do MPF, conforme legislação e anotação no corpo do próprio documento, dá-se no endereço da internet da Receita Federal.

A contribuinte foi cientificada através de Termos de Ciência e Continuação de Procedimento Fiscal nºs 01 e 02, em 29/07/2008 e 17/09/2008 (fls.71/73), prova irrefutável da improcedência da alegação.

É pacífico nas Turmas deste Conselho que eventuais irregularidades formais ou materiais no MPF não são passíveis de nulidade do procedimento fiscal ou auto de infração, mormente em virtude de ausência de prejuízo à parte; ademais, é instrumento de controle interno de procedimentos fiscais.

Nesta turma, o entendimento é unânime, como exarado no acórdão nº 3201-003.146, sessão de 25/09/2017, de relatoria do conselheiro Windereley Moraes Pereira:

*MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.*

*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.*

Dessa forma, nego a nulidade suscitada.

***ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins não cumulativos***

Suscita a recorrente que a decisão quanto ao ICMS compor a base de cálculo das contribuições cabe ao STF - que entende já se encontrar pacificada pela exclusão -, que por envolver questão de inconstitucionalidade, não poderá estar escorada em decisões do STJ e 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 - RICARF<sup>1</sup>.

No tema 313 do STJ - "legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins" - tem-se decisão definitiva na sistemática de recursos repetitivos, no REsp nº 1.144.469 /PR, com trânsito em julgado em 13/03/2017<sup>2</sup>, 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.*

<sup>1</sup> 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)

<sup>2</sup> 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



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:

2.1. 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, não é o caso de sua reprodução no presente julgamento.

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."

Assim, não cabe qualquer outra digressão acerca do assunto icms na base de cálculo do PIS/Cofins razão pela qual rejeito os argumentos de defesa da contribuinte

### ***Apropriação indevida de créditos com despesa financeira***

Aduz a recorrente que a fiscalização glosou créditos das Contribuições decorrentes das despesas de variações monetárias passivas (conta 53509) e despesas de CPMF (conta 53512) e afirma a incorreção em restringir o conceito de despesas financeiras a apenas juros com financiamento.

Sem razão a recorrente.

A fiscalização não glosou despesas das contas de 53509 e 53512; e esta circunstância está consignada no Termo de Verificação de Infrações, item 4.1.1 "Apropriação indevida de créditos com despesas financeiras" (fl. 25):

*(...) O exame de tal documento e o seu cotejo com a contabilidade da empresa demonstrou que a fiscalizada incluiu indevidamente na base de cálculo dos créditos os valores da conta 53503-6 - Juros e despesas s/ desconto de duplicatas.*

(...)

*Em virtude do fato constatado foi efetuada a glosa destes valores da base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade, mantendo-se somente a conta 53505-2 como base para o cálculo das despesas financeiras.*

A única conta que teve glosa, conforme o referido Termo, foi a 53503-6 - "Juros e despesas s/ desconto de duplicatas", com o fundamento legal de que o art. 3º da Lei nº 10.833/03, que determina taxativamente os valores de créditos que poderão ser descontados, entre os quais o valor da contraprestações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica.

A regra do inciso V do art. 3º das Leis nºs. 10.637/02 e 10.833/03, com a redação dada pelo art. 21 da Lei nº 10.865/04, suprimiu a partir de 01/08/2004 o direito ao creditamento das despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos. Quanto às demais despesas financeiras, sequer há disposição legal concedendo crédito nas referidas Leis.

Com isso, entendo correto o procedimento de glosa efetuada pela fiscalização

#### ***Apropriação indevida de créditos com encargos de depreciação acelerada***

A contribuinte apropriou-se dos encargos de depreciação conforme propiciada pela opção da regra do § 14 do art. 3º da Lei 10.833/03, contudo, apropriou-se, igualmente, desses encargos conforme a regra geral do inciso III, do § 1º do mesmo art. 3º. É o que consta de seu recurso:

*Como se vê, a Autuada ora Recorrente procedeu conforme a lei autorizava no cálculo dos seus créditos. Uma coisa é o cálculo da despesa de depreciação, que repercute na apuração do lucro líquido do exercício. Outra coisa é o cálculo dos tributos COFINS e PIS, no que se refere aos créditos que devem ser deduzidos para efeito do cálculo das referidas contribuições.*

Ou seja, a contribuinte apropriou-se duplamente do encargo de depreciação ao arrepio da norma estampada no art. 3º da Lei nº 10.833/03, que é expressamente opcional: dentre duas possibilidades, há de se escolher apenas uma delas. Eis os textos legais:

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

*VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;*

*1º Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor:*

(...)

*III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;*

(...)

§ 14. **Opcionalmente**, o contribuinte poderá calcular o crédito de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, relativo à aquisição de máquinas e equipamentos destinados ao ativo imobilizado, no prazo de 4 (quatro) anos, mediante a aplicação, a cada mês, das alíquotas referidas no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor correspondente a 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor de aquisição do bem, de acordo com regulamentação da Secretaria da Receita Federal. (grifei)

A situação foi bem analisada no acórdão recorrido, o que transcrevo suas conclusões:

*A interpretação da lei não deixa dúvidas sobre a forma de cálculo dos créditos. Outrossim, resta evidente que o parágrafo acima mencionado dispõe sobre a faculdade do contribuinte calcular de forma acelerada os créditos referidos no inciso III do parágrafo 1º. Em outras palavras, não se trata de utilizar concomitantemente os dois dispositivos, o que acarretaria o cálculo de créditos em duplicidade sobre os mesmos bens, mas sim de optar pela modalidade mais adequada ao caso concreto de cada contribuinte. Feita tal constatação, se impôs necessária a glosa dos valores consignados na linha ENC DEPREC 1/48, visto ter sido indevidamente incluída na base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade".*

*Deste modo, tendo em vista a explanação do autuante, bem como os Demonstrativos apresentados pela autuada às fls. 82/83, onde se constata que, de fato, tomando-se como exemplo o mês de janeiro de 2005, o valor de R\$ 605,65 constante da linha denominada ENC DEPREC 1/48, corresponde, exatamente, a 1/48 do valor constante da linha DEPREC MAQ EQUIP INC AT IMOB, ou seja, R\$ 29.071,34, verifica-se que a contribuinte utilizou-se concomitantemente dos dois dispositivos, o que acarretaria o cálculo de créditos em duplicidade sobre os mesmos bem.*

Correta, portanto, a glosa fiscal no tocante aos valores consignados na linha "ENC DEPREC 1/48", visto ter sido indevidamente incluída na base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade.

***Créditos com encargos de depreciação acelerada da Medida Provisória nº 219, de 2004 (Lei nº 11.051, de 2004***

Neste tópico, afirma a recorrente que não houve apropriação indevida de créditos, uma vez que a legislação autoriza a dedução de encargos de depreciação acelerada referente a equipamentos e maquinários destinados à atividade industrial do contribuinte.

Não apontou objetivamente quais as notas fiscais de bens adquiridos houve a exclusão da depreciação acelerada.

Trata-se de um argumento genérico sem especificar os fundamentos do inconformismo.

Ao contrário, a fiscalização apurou a existência de bens elegíveis ao uso do benefício da depreciação acelerada de que trata a MP/Lei nº11.051/2004. Entretanto, o contribuinte não comprovou que bens informados correspondem aos requisitos legais para a depreciação acelerada. Quanto ao demonstrativo apresentado, constatou-se que continha erros, conforme detalhamento nos Anexos VI.A e VI.B. Ao final, a autoridade fiscal procedeu aos estornos para a correções das apropriações de encargos de depreciação incorretamente realizados pela pessoa jurídica.

Mais uma vez correta a fiscalização e improcedente as alegações da contribuinte no tópico.

### ***Apropriação indevida de créditos em função de cálculo em duplicidade dos custos com fretes***

Alega a contribuinte que não houve duplicidade, uma vez que a despesas de frete na compra de insumos estão contabilizadas na conta 42032, e essas despesas na compra de mercadorias para revenda são contabilizadas na conta 41029 e 41030. O valor da conta 42032, referente a fretes na compra de **insumos**, no valor de R\$2.049,34 não foi incluído na soma das contas de fretes de mercadorias (41029 e 41030).

A fiscalização informa que a contribuinte registrou os valores com frete (conta 42032) nas compras para revenda e para insumos, efetuando-se a glosa e demonstrando nos Anexos "V.A" e "V.B."

Na apuração da base de cálculo a fiscalização explica que "efetuiu a glosa da linha FRETES (conta 42032) que constava em duplicidade na linha INSUMOS do demonstrativo entregue pela contribuinte."

Compulsando os autos, vê-se que na linha "FRETES" do detalhamento da base de cálculo entregue pela contribuinte há o correspondente valor na compra de insumos nos anos de 2005 e 2006. Todavia, não se encontrou, em duplicidade como asseverou a fiscalização, o mesmo valor na compra de mercadoria para revenda.

Em sede de recurso voluntário, a recorrente, com mais detalhe, apresenta demonstrativo com os valores que compõe as "compras para revenda", e nestes não há a indicação de fretes (conta 42032).

Dessa forma, entendo não comprovada a duplicidade de lançamento/apropriação dos valores de frete nas linhas "compras para revenda" e "compras para insumos" como afirmado pela fiscalização e corroborado na decisão da DRJ. Portanto, incorreta a glosa elaborado pela fiscalização dos valores da conta 42032 - frete de insumos.

### ***Erro numérico cometido pela fiscalização***

O erro suscitado está assim explicitado pela recorrente:

*Na conta 42002, referente à compra de matéria-prima (custo), o valor de dezembro de 2006 é de R\$2.555.575,38. No entanto, o autuante considerou apenas R\$2.507.253,25, com uma diferença de R\$ 48.322,13, o que reflete a menor no cálculo de créditos*

*fiscais referente ao PIS e à COFINS. Basta consultar os quadros apresentados.*

Com razão a recorrente.

Verificando-se no Anexo V.B - "Detalhamento da apuração da base de cálculo dos créditos de PIS e Cofins não-cumulativos" (fl. 33) constata-se que o valor lançado pela fiscalização, na linha compra de matéria-prima, no mês de dezembro de 2006, foi de R\$ 2.507.253,25. Por outro lado, consta da planilha "Apuração PIS e Cofins 2006" apresentada pela recorrente, o valor de R\$ 2.555.575,38 (fl. 347), para o mesmo período, com uma diferença a menor na base de cálculo dos créditos de R\$ 48.322,13

Dessa forma, deve-se corrigir o valor apontado no lançamento fiscal.

### **Conclusão**

Após a análise individualizada das matérias de defesa, voto para dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da pessoa jurídica FRIBARREIRAS AGRO INDUSTRIAL DE ALIMENTOS LTDA para, exclusivamente:

(i) afastar a glosa relativa ao frete na compra de insumos - conta 42032 no valor de R\$ 2.049,3;

(ii) retificar o valor referente à compra de matéria-prima no mês de dezembro de 2006, na conta 42002, lançado a menor na planilha de cálculo dos créditos das contribuições

Paulo Roberto Duarte Moreira

## Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Redator designado

Em que pese o elevado conhecimento da matéria em julgamento e o bem fundamentado voto proferido pelo Ilustre Conselheiro relator, ousou divergir do posicionamento adotado em relação a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições PIS/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.

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.

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 redor, 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, destaque:

*"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.)"*

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, 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.

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade