

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 954.262 RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**AGTE.(S)** : **UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**  
**AGDO.(A/S)** : **ARADEFE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MALHAS  
LTDA**  
**ADV.(A/S)** : **CELSO ALMEIDA DA SILVA**

**DECISÃO:** Trata-se de agravo regimental em recurso extraordinário contra decisão que deu provimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência desta Corte. Eis um trecho desse julgado:

“Inicialmente, verifico que matéria semelhante foi decidida no RE-RG 574.706, (tema 69), Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 2.10.2017. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS. Cito a emenda do referido julgado:

(...)

Verifico que a ratio decidendi do tema 69 deve ser aplicada para solucionar a presente demanda. Isso porque, ambas as controvérsias cingem-se a verificação do conceito de receita para fins da definição da base de cálculo de tributo. A esse propósito, cito trecho do voto da Rel. Min. Cármen Lúcia no RE-RG 574.706:

(...)

Assim, em razão da proximidade da controvérsia com o decidido no RE-RG 574.706, deve prevalecer, para a presente demanda, entendimento semelhante ao consubstanciado no citado paradigma, qual seja, de que valor do ICMS não se incorpora ao patrimônio dos sujeitos passivos e, portanto, não pode ser incluído na base de cálculo da CPRB”. (eDOC 67, p. 2-5)

No agravo regimental, sustenta-se que a controvérsia é diversa da

## RE 954262 AGR / RS

que cuida o RE-RG 574.706, (tema 69), em que se fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

Alega-se, ainda, que a contribuição substitutiva sobre a receita bruta é um benefício fiscal, com *“caráter facultativo, na medida em que permite a opção ao contribuinte de optar pela tributação pela folha de salários ou, a seu critério e interesse, mediante utilização da receita bruta, nela compreendida o ICMS e outras despesas”*. (eDOC 68, p. 4)

Intimada, a parte recorrida não apresentou contrarrazões, conforme certidão constante do eDOC 72.

É o relatório.

Decido.

Conforme relatado, dei provimento ao recurso extraordinário por entender ser a matéria discutida nos autos semelhante ao consubstanciado no julgamento do RE-RG 574.706.

Ocorre que, após exame mais detido da controvérsia, observo que a matéria, de modo como é trazida no recurso extraordinário, é diversa do citado paradigma.

Assim, reconsidero a decisão de eDOC 67 e passo ao exame do recurso extraordinário.

Inicialmente, verifico que o presente recurso submete-se ao regime jurídico do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que impugna decisão publicada em data anterior a 17.3.2016.

Quanto ao mérito, o recurso extraordinário não merece prosperar.

O Tribunal de origem, ao examinar a espécie dos autos, consignou o seguinte:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE O VALOR DA RECEITA BRUTA. ARTIGOS 7º, 8º E 9º DA LEI 12.546/11. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Contribuição Sobre o Valor da Receita Bruta, instituída pela MP 540/11, convertida na Lei 12.546/11, substitui, nos termos ali estabelecidos, a tributação pelas contribuições

## RE 954262 AGR / RS

previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Contudo, a base de cálculo para a nova contribuição é a receita bruta (faturamento).

2. A Contribuição Sobre o Valor da Receita Bruta, prevista na Lei 12.546/11, compreende a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, estando, assim, de acordo com o conceito de faturamento previsto na alínea 'b' do inciso I do art. 195 da Constituição Federal.

3. Não há dupla tributação ou afronta ao art. 154, I da Constituição Federal pela consideração do valor das operações com o ICMS embutido, pois o ICMS incide sobre operações de circulação de mercadorias e a contribuição prevista nos artigos 7º, 8º e 9º da Lei 12.546/11, sobre a receita, cabendo notar, ainda, que o ICMS incide por dentro, de modo que o valor total da operação não pode ser desconsiderado na composição do preço cobrado pela mercadoria.

4. Precedentes deste Regional.

5. Apelo da União e remessa oficial providos para julgar improcedente o pedido inicial". (eDOC 8, p. 1-2)

Com efeito, observo que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o contribuinte, quando da adesão facultativa a regime fiscal mais benéfico, deve submeter-se às exigências do respectivo regime. Em sendo assim, não pode o contribuinte optar por regime tributário mais favorecido e ao mesmo tempo combiná-lo com características mais benéficas do regime geral de tributação.

Ora, a opção pela contribuição previdenciária substitutiva sobre a receita bruta, prevista na Lei 12.546/2011, é eletiva, cabendo ao contribuinte sopesar os benefícios trazidos por essa nova legislação quando da sua escolha. Não é cabível, assim, combinar o regime favorecido com características do regime geral de tributação e criar um terceiro gênero ainda mais benéfico.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no segundo agravo regimental no segundo agravo regimental no recurso extraordinário. Não cabimento dos embargos de divergência. Jurisprudência firmada na mesma direção do acórdão atacado. Tributário. ICMS. Regime opcional de tributação. Redução da base de cálculo condicionada à não utilização dos créditos do imposto relativos às entradas tributadas. Possibilidade. (...)”. (RE-AgR-segundo-AgR-segundo-AgR-EDv-AgR 246.454, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20.9.2017)

“Direito tributário. Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ICMS. Estado do Rio Grande do Sul. Regime opcional de tributação. Base de cálculo reduzida. Vedação de aproveitamento do crédito. Possibilidade. Não configurada violação da não cumulatividade. Recurso extraordinário a que se dá provimento. 1. Firmou-se a jurisprudência do Plenário deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a vedação, pela legislação estadual, ao aproveitamento dos créditos do ICMS gerados pela entrada de insumos tributados, quando o contribuinte exerce, livremente, opção pela tributação das saídas mediante base de cálculo reduzida, não viola a não cumulatividade. Precedente: RE 584.023-AgR-EDv-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 11.12.2015. 2. Afastamento do aproveitamento proporcional dos créditos de ICMS. Recurso Extraordinário provido”. (ARE-AgR 700.080, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão o Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 1º.8.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL OU

## RE 954262 AGR / RS

INTERESTADUAL. CUMULATIVIDADE. REGIME OPCIONAL DE APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. VANTAGEM CONSISTENTE NA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CONTRAPARTIDA EVIDENCIADA PELA PROIBIÇÃO DO REGISTRO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO SEM A PERMANÊNCIA DA CONTRAPARTIDA. ESTORNO APENAS PROPORCIONAL DOS CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, as figuras da redução da base de cálculo e da isenção parcial se equiparam. Portanto, ausente autorização específica, pode a autoridade fiscal proibir o registro de créditos de ICMS proporcional ao valor exonerado (art. 155, § 2º, II, b, da Constituição federal). 2. Situação peculiar. Regime alternativo e opcional para apuração do tributo. Concessão de benefício condicionada ao não registro de créditos. Pretensão voltada à permanência do benefício, cumulado ao direito de registro de créditos proporcionais ao valor cobrado. Impossibilidade. Tratando-se de regime alternativo e facultativo de apuração do valor devido, não é possível manter o benefício sem a contrapartida esperada pelas autoridades fiscais, sob pena de extensão indevida do incentivo. Agravo regimental ao qual se nega provimento". (RE-AgR 522.716, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 25.5.2012)

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 932, IV, do NCPC c/c art. 21, §1º, do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*