



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

**Processo n°** 10580.721226/2007-01  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3301-004.355 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de março de 2018  
**Matéria** Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins  
**Recorrente** Expresso Atlântico Ltda.  
**Recorrida** Fazenda Nacional

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

Período de apuração: 01/06/2003 a 30/04/2004, 01/06/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 31/12/2004, 01/05/2005 a 30/06/2005, 01/01/2006 a 31/07/2007 PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ.

Transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial n° 1144469/PR, sob a sistemática de recurso repetitivo, que deu pela inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, de observância obrigatória por este Conselho, nos termos do seu Regimento Interno. Já o STF, entendeu pela não inclusão, no Recurso Extraordinário n° 574.706, que tramita sob a sistemática da repercussão geral, mas de caráter não definitivo, pois pende de decisão embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional, elemento necessário à vinculação deste CARF.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/06/2003 a 30/04/2004, 01/06/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 31/12/2004, 01/05/2005 a 30/06/2005, 01/01/2006 a 31/07/2007 COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ.

Transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial n° 1144469/PR, sob a sistemática de recurso repetitivo, que deu pela inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, de observância obrigatória por este Conselho, nos termos do seu Regimento Interno. Já o STF, entendeu pela não inclusão, no Recurso Extraordinário n° 574.706, que tramita sob a sistemática da repercussão geral, mas de caráter não definitivo, pois pende de decisão embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional, elemento necessário à vinculação deste CARF.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Semíramis de Oliveira Duro (Relatora), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Suplente convocada) e Valcir Gassen. O Conselheiro Ari Vendramini acompanhou a divergência pelas conclusões. Designado para redigir o voto vencedor Conselheiro Antonio Carlos Cavalcanti Filho.

José Henrique Mauri - Presidente.

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora.

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho – Redator designado.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros José Henrique Mauri (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Suplente convocada), Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Ari Vendramini e Semíramis de Oliveira Duro.

## **Relatório**

Adoto o relatório da decisão recorrida, por bem descrever os fatos:

Contra a empresa qualificada em epígrafe foi lavrado auto de infração de fls. 08 em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins nos períodos de 01/06/2003 a 30/04/2004, 01/06/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 31/12/2004, 01/05/2005 a 30/06/2005, 01/01/2006 a 31/07/2007, exigindo-se-lhe contribuição de R\$187.201,81, multa de ofício de R\$140.401,28 e juros de mora de R\$55.105,44, perfazendo o total de R\$382.708,53.

Igualmente foi lavrado auto de infração de fls.22 em virtude da falta de recolhimento do PIS, exigindo a contribuição de R\$ 55.668,84, multa de ofício de R\$ 41.751,44 e juros de mora de R\$ 21.229,23, perfazendo um total de R\$ 118.649,51.

O enquadramento legal encontra-se a fls. 10/11 e 104.

Cientificada em 08/12/2007, a interessada apresentou em 04/12/2008 a impugnação de fls. 152/165 e 113/114, na qual alegou:

1. É cediço ser a atividade do ente estatal norteadas pelos princípios e garantias constitucionais. Neste passo, se observa imprescindível à deferência ao famigerado princípio da segurança jurídica, posto que consagra o "mínimo de previsibilidade necessária que o estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes".

2. Ocorre que, conforme evidenciado no Termo de Encerramento do aludido auto de infração, as supostas irregularidades constatadas no cumprimento das obrigações tributárias foram levadas a efeito mediante

procedimento de amostragem, pelo qual se verifica apenas de forma aleatória alguns documentos e livros da empresa autuada. Procedendo-se, pois, a autuação que não traduz a realidade contributiva do ora requerente, resultando em mera presunção relativa de rendimentos, pelo que afrontou de todo a garantia constitucional da segurança jurídica.

3. O princípio da segurança jurídica se reveste de verdadeiro consectário da dignidade da pessoa humana e da estabilidade nas relações sociais, sendo inadmissível que o direito do contribuinte flutue ao sabor de interpretações jurídicas variáveis. Nesse sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello: "A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública impõem" Desta forma, se mostra incontestado que, em havendo a possibilidade de se verificar os rendimentos da empresa por seus livros e documentos todos estes devem ser examinados, de forma a concluir de forma exaustiva pelo real faturamento da empresa fiscalizada. Ora, o procedimento de amostragem se mostra completamente desarrazoado haja vista conferir apenas uma probabilidade de rendimentos, verdadeira presunção relativa, a qual, no presente caso, não denota a realidade contributiva da empresa referida.

4. Desta forma, por tudo quanto exposto, se mostra, extreme de dúvidas, a ausência de observância à supra aludida garantia constitucional, qual seja a famigerada segurança jurídica, o que inquina de nulidade absoluta o auto de infração guerreado.

5. Quanto ao mérito da autuação, a ora Impugnante tem incluído indevidamente na base de cálculo das referidas contribuições valores a título de ICMS, pelo que sempre efetuou o pagamento a maior do Pis e da Cofins.

6. Neste passo, considerando-se como base de cálculo das contribuições o "faturamento", os valores relativos ao ICMS devem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS, vez que as mesmas não podem incidir sobre valores não recebidos, sem qualquer expressão econômica.

7. Como a Impetrante sempre efetuou indevidamente o recolhimento da Cofins e do Pis a maior, ou seja, considerando os valores das inadimplências na base de cálculo, possui a mesma, o direito de proceder à compensação de seus créditos tributários oriundos do recolhimento equivocado das referidas contribuições, com seus débitos vincendos de demais tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal.

8. Ressalte-se ainda que o conceito de faturamento diz respeito aos valores que efetivamente ingressaram nos cofres da empresa, de forma que não se pode entender como faturamento operação que não resultou em repercussão patrimonial.

9. É necessário que haja identidade entre o fato jurídico da base de cálculo e o fato jurídico tributário, sendo este o antecedente e aquele o conseqüente da norma que, conjugado à alíquota, representará o critério material do tributo.

10. Assim, a base de cálculo das contribuições jamais poderá englobar valores não recebidos, que não ingressaram nos cofres da contribuinte, já que os tributos incidem sobre o faturamento ou a receita, sob pena de desvirtuar a estrutura fenomênica da exação.

11. Desta forma, com base no conceito de faturamento, se revela de todo inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do Pis e da Cofins.

12. É que, como já afirmado, nos moldes da Lei Complementar nº 70/91 e 07/70 instituidoras respectivamente da Cofins e do Pis, as contribuições incidem sobre o faturamento mensal pela venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

13. Ou seja, apenas pela interpretação literal dos referidos regulamentos se verifica que o ICMS não é abrangido pelo conceito de faturamento, afinal nenhum agente econômico fatura imposto. O valor do ICMS só configura uma entrada de dinheiro e não receita da empresa, e mais representa uma receita do Estado, por isso, o valor do imposto é registrado em livros para fim contábil-fiscal.

14. No entanto, em 30 de novembro de 1998, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei Ordinária nº 9.718, que, entre outras providências, alargou a base de cálculo das referidas contribuições fazendo-as incidir sobre a receita bruta.

15. Entretanto tal Lei não encontra respaldo na ordem constitucional vigente, vez que não possui legitimidade para proceder às alterações na base de cálculo das contribuições. Aliás, mesmo em se considerando a base de cálculo como a receita bruta, ainda assim deverá ser excluído o ICMS, afinal não pode o tributo ser considerado "receita da empresa".

16. Ultrapassada a controvérsia acerca dos conceitos de receita e faturamento, e quer se considere a base de cálculo das contribuições como "faturamento", quer se considere como "receita", os valores relativos ao ICMS devem ser excluídos quando da apuração do PIS e da COFINS, já que não constituem venda de mercadorias ou serviços, tampouco receita da empresa.

17. Neste passo, se verifica que a jurisprudência tem assentado entendimento no sentido de repelir o englobamento de parcelas que não constituem efetivamente faturamento, na base de cálculo das contribuições.

18. É que, são as Leis Complementares nº 70/91 e a 07/70 que disciplinam a base de cálculo para a cobrança da COFINS e do PIS sobre o faturamento mensal, fixando o campo de incidência dado pelo art. 195, I, da Carta Magna. Desse modo, não pode uma Lei Ordinária alterar Lei Complementar quiçá para ampliar a incidência da base de cálculo das contribuições, conforme determina o art. 146, III, "a" e "b", da Constituição Federal a lei complementar é essencial.

19. Ademais, ainda há mais um vício insanável de que padece a Lei 9.718/98, é a falta de suporte constitucional para fixação da nova base de cálculo. Ora, quando da edição da Lei Ordinária nº 9.718, 28/11/1998, o art. 195 da Constituição Federal, que autoriza a instituição desse tipo de contribuição, somente admitia a cobrança de contribuição social sobre a folha de salários, sobre o faturamento e sobre o lucro. Portanto, a Lei nº 9.718 pretendeu fazer incidir a contribuição sobre a totalidade das receitas em evidente afronta ao mandamento constitucional, vigente à época.

20. Observe-se, entretanto, que apenas 20 dias após a publicação da Lei, é que foi editada Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou a constituição, e deu suporte constitucional ao alargamento da base de cálculo.

21. O Poder Constituinte identifica, dentre todos os atos, fatos e situações jurídicas possíveis, aquelas em que há produção de riqueza para sobre elas instituir tributos. Sendo assim, a consequência lógica desta premissa é que apenas a riqueza produzida por estes atos, fatos ou situações jurídicas pode servir de base de cálculo para a incidência de tributos.

22. A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS infringe ainda a Constituição no que atine aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da isonomia.

23. O princípio da legalidade dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. (art. 5º, II, da CF/88). Constitui-se, assim, na mais importante das limitações ao poder de tributar.

24. Segundo o art. 150, inciso III, da CF de 1988 é vedado a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça. No entanto, nos moldes postos à lide, se verifica que a cobrança do PIS e da Cofins sobre o faturamento, com a indevida inclusão dos valores a título de ICMS, acaba originando uma exigência tributária sem fundamento na lei.

25. Desta forma, em atenção ao princípio da igualdade, tributária art. 150, inciso II, da CF/88, as situações jurídicas que configuram a inclusão dos valores a título de ICMS devem receber o mesmo tratamento jurídico que a legislação impõe aos casos de exclusão do IPI do conceito de faturamento, pois em ambas as situações fica caracterizada a receita do ente competente para tais exações, situação em que efetivamente a empresa, embora tenha emitido a fatura com o valor total, nenhuma receita auferir.

26. Da mesma forma, ao incluir o ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, o legislador afrontou a Constituição, pois conferiu tratamento desigual aos contribuintes que recolhem ICMS, em detrimento daqueles que não contribuem, seja devido às hipóteses de não incidência, isenção ou alíquota zero.

27. Acrescente-se: a Carta Magna em seu art. 145, § 1º garantiu a pessoalidade dos impostos através do princípio da capacidade contributiva:

28. Por fim, cumpre ainda assinalar que o julgador, ao interpretar qualquer norma deve se atentar aos conceitos legais e ao sistema de princípios garantidos constitucionalmente.

29. Assim, pelos fundamentos alhures esposados, se verifica indubitavelmente razoável o direito da Impugnante não computar para fins de incidência do PIS e da Cofins, as receitas que não ingressaram como faturamento da empresa porque não configuram receita para mesma, e sim para o Estado.

30. É certo que a Constituição Federal autoriza, no art. 150, § 7º, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 03, de 17/03/1993, o chamado fato gerador presumido. Contudo, o mesmo dispositivo constitucional assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

31. Diante do exposto, pede a Impugnante, preliminarmente, seja declarada a nulidade do Auto de Infração em tela, com fulcro nos arts. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, procedendo-se conseqüentemente à extinção do processo administrativo instaurado com esta impugnação.

32. Todavia, por cautela e em honra do princípio da eventualidade, caso por absurdo não se reconheça à ofensa ao princípio da segurança jurídica e não se declare a nulidade do Auto atacado, requer seja, no mérito, declarada insubsistente a infração apontada pelo ilustre auditor fiscal da Fazenda, com esteio nas razões de fato e de Direito acima esposadas. De forma a excluir do montante os valores relativos ao ICMS indevidamente incluído na base de cálculo.

A 5ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro II, no Acórdão nº 1324.186, julgou procedente o lançamento, com decisão foi assim ementada:

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

*Período de apuração: 01/06/2003 a 30/04/2004, 01/06/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 31/12/2004, 01/05/2005 a 30/06/2005, 01/01/2006 a 31/07/2007*

*COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. O valor do ICMS compõe a base de cálculo da Cofins, podendo ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.*

*Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*

*Período de apuração: 01/02/2004 a 30/06/2004, 01/07/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 31/12/2004, 01/05/2005 a 30/06/2005, 01/01/2006 a 31/07/2007*

*PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. O valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS, podendo ser excluído da base de cálculo da contribuição somente quando cobrado pelo vendedor de bens ou serviços, na condição de substituto tributário.*

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Período de apuração: 01/06/2003 a 30/04/2004, 01/06/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 31/12/2004, 01/05/2005 a 30/06/2005, 01/01/2006 a 31/07/2007*

#### *INCONSTITUCIONALIDADE*

*Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.*

#### *NULIDADE.*

*Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

#### *AMOSTRAGEM*

*O processo de amostragem utilizado no lançamento de ofício restringe-se apenas à verificação prévia de recolhimentos da contribuição, tendo o lançamento sido efetuado com base nos Livros Fiscais em confronto com os valores declarados em DCTF da empresa autuada.*

A Recorrente interpôs Recurso Voluntário, repisando os mesmos argumentos de sua impugnação. Ao final, requer a declaração de nulidade do auto de infração, ou a reforma da decisão de piso para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins.

A Resolução nº 3403000326 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária sobrestou o julgamento do recurso até que fossem julgados o RE nº 574.706 e a ADC nº 18.

O atual RICARF não traz a previsão de sobrestamento para se aguardar decisões definitivas do STF, motivo pelo qual o presente processo veio a julgamento nesta oportunidade.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos legais de interposição, dele, portanto, tomo conhecimento.

### Preliminar

Alega a Recorrente a nulidade do auto de infração, em decorrência da análise parcial dos documentos fiscais e contábeis da empresa, uma vez que a autoridade utilizou amostragem. Assim, para a empresa, o exame de ínfima parte dos livros fiscais implica em tributação com base em presunção de seus rendimentos. Entende, por conseguinte, ter havido cerceamento de defesa.

Concordo com os termos da decisão de piso (Art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999), que consignou:

*A contribuinte questiona o expediente de verificação por amostragem no cumprimento das obrigações tributárias relativas ao PIS e à COFINS, entendendo que os elementos verdadeiros que estavam à disposição da autoridade lançadora, foram desconsiderados no lançamento, restando desrespeitado o caráter vinculado do procedimento fiscal.*

*No entanto, isso não aconteceu. A amostragem foi utilizada, apenas como primeira ação do fisco para verificar possível inadimplência da contribuinte quanto à contribuição em pauta, mas, a partir da constatação dessa inadimplência, passou a autoridade lançadora aos fatos reais, inclusive intimado a interessa a apresentar uma séria de documentos, incluindo Livro Razão e Livro de Apuração de ISS, sendo elaborados os demonstrativos de apuração da contribuição, integrantes da autuação.*

De fato, no auto de infração restou clara a análise dos documentos fiscais e contábeis da Recorrente:

001 - COFINS

COFINS - INCIDÊNCIA CUMULATIVA - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO E DECLARAÇÃO - TRANSPORTE DE PASSAGEIROS

Com base no Livro de Registro do Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza nº 01, apuramos a Receita Bruta mensal de maio e junho de 2005 e de janeiro de 2006 a julho de 2007. Aplicando a alíquota de 3% sobre a receita bruta apura-se a COFINS em cada período de apuração mensal. Confrontando os valores apurados da COFINS com os valores declarados em DCTF e pagamentos, apuramos diferenças não declaradas e não recolhidas, lançadas de ofício através deste Auto de Infração nos períodos e valores demonstrados no Demonstrativo da COFINS em anexo, parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

002 - COFINS - INCIDENCIA CUMULATIVA

COFINS - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO E DECLARAÇÃO - TRANSPORTE DE PASSAGEIROS

Do exame dos Livros Razão de 2003 e 2004, a conta 2.01.01.04.01.01 - COFINS registra as provisões a pagar contabilizada por período de apuração mensal. Cotejando as provisões escrituradas com os valores declarados em DCTF e pagamentos, apuramos diferenças não declaradas e não recolhidas, lançadas de ofício através deste Auto de Infração nos períodos e valores demonstrados no Demonstrativo da COFINS em anexo, parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

Ademais, não houve violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, tampouco dos art. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972, e com isso, não há no auto de infração quaisquer vícios prejudiciais, não há falar-se, portanto, em nulidade do lançamento.

### **Mérito**

Insurge-se a Recorrente quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Entendo que lhe assiste razão, uma vez que o RE nº 574.706-PR – RG deve obrigatoriamente ser aplicado ao caso em questão. Explico.

Sobre essa matéria, já tive a oportunidade de me manifestar em publicação acadêmica, na *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, Ano 3, nº 11, Mar-Abr/2018, Editora Thomson Reuters (ISSN 2525-4626).

No RE nº 574.706-PR - RG, discutiu-se a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, por ser faturamento o somatório da receita obtida com a venda de mercadorias ou a prestação de serviços. Com isso, o ICMS não se coaduna com esse conceito.

É sabido que o STF reconheceu a repercussão geral da matéria em 16/05/2008.

Foi dado provimento ao recurso extraordinário, cujo acórdão foi publicado em 02/10/2017.

A repercussão geral fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”.

Transcreve-se a ementa do julgado:

*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.

No acórdão, não houve modulação de efeitos. Por isso, em seguida, foram interpostos os embargos de declaração pela Fazenda Nacional, em 19/10/2017.

Entretanto, até a data do julgamento deste processo, não houve qualquer manifestação do STF quanto à modulação.

Ressalto que, segundo o art. 14 do Novo CPC/15, a norma processual se aplica imediatamente aos processos em curso:

*Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*

Por outro lado, os Embargos de Declaração não têm efeito suspensivo:

*Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.*

*Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.*

***Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.***

*§ 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.*

Observa-se que o Poder Judiciário tem aplicado **imediatamente** o entendimento do STF, como se observa nos julgados abaixo:

***PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B DO CPC/1973. RE 574.796/PR. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. APELAÇÃO PROVIDA.***

1. Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão recorrido, em observância ao entendimento consolidado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito do Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida RE nº 574.796/PR.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.796/PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

3. Efetuado o juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, para dar provimento à apelação da impetrante.  
(TRF 3, Apel. 0020471-95.1993.4.03.6100, DJ 21/12/2017)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LITISPENDÊNCIA NÃO COFIGURADA. SENTENÇA ANULADA. JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 1013, § 3º, DO NCPC. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO INDEVIDA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. (1).

1. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, existindo entre elas identidade de partes, causa de pedir e pedido. Não identificada a tríplice identidade, porque diferentes os pedidos, a litispendência não pode ser invocada como justa causa para extinção do feito sem resolução do mérito.

2. Anulada a sentença e encontrando-se a relação processual devidamente formada, inexistindo necessidade de produção de outras provas e não vislumbrando qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa de qualquer das partes, é possível a apreciação do mérito, nesta instância recursal, nos termos do disposto no art. 1013, § 3º, do CPC/2015.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 574.706 pela sistemática da repercussão geral, firmou a tese de "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". (RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017).

4. Especificamente em relação à Lei 12.973/2014 se encontra consolidado o entendimento no sentido de a ampliação do conceito do faturamento não alterou o conceito de base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS, tanto mais diante da consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes.

5. Apelação provida, para anular a sentença e, prosseguindo no julgamento, nos termos do art. 1013, § 3º, do CPC/2015, julgar procedente o pedido.

(TRF 1, Apel. 0011389-06.2017.4.01.3400/DF, DJ 01/12/2017).

Quanto à aplicação dessa decisão em sede de processo administrativo, dispõe o § 2º, do art. 62 do RICARF, o seguinte:

*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática 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, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

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:

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

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. ICMS. INTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 674.706/PR, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria em exame, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. III – Esta Corte realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS. IV – A Agravante não apresenta argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V – Agravo Interno improvido.*

*AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em RESp 430.921 – SP, DJ 07/11/2017*

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM*

*RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC). 2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.*

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

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 2.12.2016, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR) EM SENTIDO CONTRÁRIO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA PROVIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO. 1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC). 2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social. 3. O REsp. 1.144.469/PR tratou, ainda, da incidência do ICMS no PIS/COFINS repassados a terceiro, verifica-se que neste ponto não há divergência quanto à matéria (item 12 da ementa - REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1a. Seção, DJe 2.12.2016). Assim, não assiste razão à parte agravante quanto a este ponto. 4. Agravo Interno da empresa provido para dar parcial provimento ao Agravo e reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS/COFINS.*

*(AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 19/04/2017).*

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.

Por fim, aponto que, recentemente, o STJ se manifestou no sentido da obrigatoriedade da aplicação do *decisum*, independentemente do trânsito em julgado (AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 282.685 – CE, DJ 27/02/2018):

*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.*

Em suma, entendo que a aplicação do RE nº 574.706 é obrigatória, motivo pelo qual o recurso voluntário deve ser provido.

### **Conclusão**

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

### **Voto Vencedor**

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Redator

Com a devido vênia, divirjo do excelente voto da Relatora, pelas razões expostas a seguir.

Sobre o tema da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, o STJ decidiu, em recurso especial sob a sistemática de recurso repetitivo, pela inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, já com trânsito em julgado. Já o STF entendeu pela sua não inclusão, em recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, mas em caráter não definitivo, pois pende de decisão sobre embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional. É o que detalha decisão recente deste Conselho:

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARF. REGIMENTO INTERNO.

Decisão STJ, no Recurso Especial nº 1144469/PR, sob a sistemática do recurso repetitivo, art. 543-C do CPC/73, que firmou a seguinte tese: "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", a qual deve ser reproduzida nos julgamentos do CARF a teor do seu Regimento Interno.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido em sentido contrário 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 aplicação obrigatória desse precedente ao caso concreto.

Recurso Voluntário Negado

(CARF, 3º Seção, 4º Câmara, 2º Turma Ordinária, Ac. 3402-004.742, de 24/10/2017, rel. Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire).

**Assim, transitada em julgado decisão do STJ, em recurso especial, sob a sistemática de recurso repetitivo, pela inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, deve este Conselho observá-la, nos termos do seu Regimento Interno, descabendo analisar argumentos trazidos aos autos sobre o tema. A decisão do STF, em sentido contrário, em recurso extraordinário de repercussão geral, mas de caráter não definitivo, não tem o mesmo efeito.**

Nos ditos embargos, a Fazenda Nacional requer a modulação dos efeitos da decisão embargada, para que produza efeitos *ex nunc*, apenas após o julgamento dos embargos. Ora, se há pedido de modulação dos efeitos, trata-se de atividade satisfativa, incluindo-se na solução de mérito nos termos do art. 487 do atual CPC. E se assim é, pode-se afirmar que não houve ainda decisão definitiva de mérito, independentemente do trânsito em julgado.

A embargante ainda suscita, entre outras questões, haver erro material ou omissão, por ter a corrente vencedora prestado ao art. 187 da Lei 6.404/76 efeito que ele não possui: estabelecer conceito de receita bruta:

7. Observe-se que, no caso dos autos, alguns votos da corrente vencedora<sup>2</sup> [...] concederam grande relevância ao fundamento de que “*receita bruta*”, expressão a que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo de inúmeros julgados, equiparou ao vocábulo “*faturamento*” (art. 195, I, b, da Constituição), possui um sentido próprio no direito privado, definido no art. 187, I, da Lei 6.404/76.

8. No entanto, cumpre destacar que há um equívoco evidente em tal linha de argumentação: o mencionado dispositivo legal não estabelece qualquer conceito para receita bruta. Apenas disciplina que, na demonstração do resultado do exercício, deverá estar descrita a “receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos”. A assertiva, simplesmente, permite concluir que tais expressões se referem a grandezas diferentes, mas não afirma que uma não esteja contida na outra.

Levanta também, na mesma toada que os votos vencedores “deixaram de considerar o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77, reiteradamente citado pelos votos vencidos”, que dá pela inclusão dos tributos na receita bruta:

art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

**§ 1o A receita líquida será a receita bruta diminuída de:**

(...)

**III - tributos sobre ela incidentes; e**

(...)

§ 4o Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, **do comprador** ou contratante **pelo vendedor** dos bens ou pelo prestador dos serviços **na condição de mero depositário**.

§ 5o **Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes** e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4o.

(Grifos do original).

Ainda que sejam três os pilares da argumentação da corrente vencedora, apenas um deles tratando do conceito de receita, trata-se evidentemente de questão meritória.

Processo nº 10580.721226/2007-01  
Acórdão n.º **3301-004.355**

**S3-C3T1**  
Fl. 298

---

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado Digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho