



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10980.910736/2012-05  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 3301-006.729 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de agosto de 2019  
**Recorrente** TICCOLOR VÍDEO FOTO SOM LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/10/2002

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, no RE nº 574.706 (DJ 02/10/2017), em repercussão geral. 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.

STJ, RESP Nº 1144469/PR. RECURSO REPETITIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

Em 13/03/2017 transitou em julgado o REsp nº 1144469/PR, proferido pelo STJ sob a sistemática de recursos repetitivos, 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”. Com base no RE nº 574.706, o STJ realinhou o 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, julgado como recurso repetitivo. Precedentes: AgInt no REsp nº 1.355.713, AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em RESp 430.921 - SP e EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC.

Recurso Parcialmente Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para afastar a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições devendo a Unidade de Origem apurar o valor do crédito, vencidos os Conselheiros Liziane Angelotti Meira, Salvador Cândido Brandão Junior e Winderley Moraes Pereira (relator), que votaram por negar provimento ao recurso. Designada para o voto vencedor a Conselheira Semíramis de Oliveira Duro.

(documento assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira – Presidente e Relator

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro – Redatora Designada

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Winderley Moraes Pereira (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Marco Antonio Marinho Nunes, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior e Semíramis de Oliveira Duro.

## Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

Trata o processo de manifestação de inconformidade apresentada em 27/08/2012, em face do indeferimento do pedido de restituição constante do Per/Dcomp nº 19397.40165.121107.1.2.04-5314, nos termos do despacho decisório emitido em 01/08/2012 pela DRF Curitiba/PR (rastreamento nº 29225402).

No aludido Per/Dcomp, transmitido eletronicamente em 12/11/2007 a contribuinte pleiteou a restituição de R\$ 1.033,14, que corresponde a uma parte do pagamento de Cofins, efetuado em 14/11/2002, sob o código 2172.

Segundo o despacho decisório, cientificado em 13/08/2012, a restituição foi indeferida porque o pagamento indicado para dar suporte ao pleito encontrava-se totalmente alocado ao débito de Cofins (2172) do período de apuração correspondente.

Na manifestação apresentada, a contribuinte, após relatar os fatos e discorrer sobre a legislação, diz que não há autorização para incluir na base de cálculo do PIS e da Cofins “o valor pago a título de ICMS, visto que tal valor constitui ônus fiscal e não faturamento.” Afirma que o ICMS não é receita da empresa e pede o reconhecimento do direito à restituição..

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento negou provimento a manifestação de inconformidade. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/10/2002

RESTITUIÇÃO. CRÉDITO INEXISTENTE.

Comprovado nos autos que o crédito pleiteado foi integralmente utilizado pela contribuinte na extinção de débitos de sua responsabilidade, indefere-se o pedido de restituição.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS ou da Cofins, pois aludido valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário, o que não consta ser o caso da interessada.

Irresignada com a decisão, a Recorrente interpôs recurso voluntário, repisando as alegações apresentadas na manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Fl. 3 do Acórdão n.º 3301-006.729 - 3ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo nº 10980.910736/2012-05

## **Voto Vencido**

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

### **1 Ofensa a princípios constitucionais e vícios no ato administrativo do lançamento**

Inicialmente afastos as alegações de ofensa aos princípios constitucionais que não são possíveis de apreciação por parte deste colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Em sede preliminar é alegada a existência de vícios no ato administrativo que não teria atendido aos requisitos de motivação e finalidade.

Não vislumbro assistir razão as alegações do recurso. O auto de infração teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da Receita Federal, fartamente detalhada em relatório fiscal, onde consta a motivação para o lançamento e as provas que conduziram a autoridade autuante à lavratura do auto de infração.

As Recorrentes foram cientificadas da exigência fiscal e apresentaram impugnação que foi apreciado em julgamento realizado na primeira instância. Irresignadas com o resultado do julgamento da autoridade a quo, foram interpostos recursos voluntários, rebatendo as posições adotadas pela autoridade de primeira instância, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas. Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa ou quaisquer outros vícios no lançamento ou no julgamento da primeira instância, todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

### **2 Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS**

Alega a Recorrente que o ICMS não estaria incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, entendendo não assistir razão ao recurso. O ICMS compõe o faturamento na venda de mercadorias e portanto, compõe a base de cálculo das contribuições. A matéria foi enfrentada neste Conselho no Acórdão nº 3201-003.084, na sessão do dia 29/08/2017, de relatoria do Conselheiro Marcelo Giovani Vieira, por concordar plenamente com as posições adotadas nesta decisão, peço vênia para incluir no meu voto e fazer dele minhas razões de decidir.

#### ICMS na base de cálculo das contribuições

A recorrente sustenta que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições não-cumulativas, apresentando jurisprudência a respeito.

A base de cálculo do Pis e da Cofins, nos termos da legislação vigente à época dos fatos geradores, é a receita bruta:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

A questão da inconstitucionalidade do §1º do art. 3º, que ampliava o conceito de faturamento, restou incontroverso, sendo que este parágrafo já foi inclusive revogado pela Lei 11.941/2009.

Aqui se trata das receitas operacionais da empresa. Como tais, a Receita Bruta é definida pelo art. 12 do Decreto-lei 1.598/77, com a 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.

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:

Súmula 2:

O Carf não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Art. 26-A do PAF:

Art. 26-A No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

As exceções do §6º não estão caracterizadas. Também não se verificam as exceções tratadas no §1º do artigo 62 do Regimento Interno do Carf – RICARF.

Pelo contrário, o STJ, no Resp 114469/PR decidiu, no regime de recursos repetitivos, com trânsito em julgado em 13/03/2017, que o ICMS integra as bases de cálculo do Pis e da Cofins.

O STF decidiu de forma diferente, no RE 574.706, em repercussão geral, porém o processo ainda não é definitivo, não sendo vinculante para os colegiados do Carf, nos termos do §2º do art. 625 do Ricarf. Com efeito, é possível que o STF module os efeitos da decisão.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Relator

## Voto Vencedor

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Redatora Designada.

A despeito do extremo respeito e admiração que nutro pelo Ilustre Relator, ousou divergir quanto a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

No Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, discutiu-se o conceito jurídico-constitucional de faturamento ou receita, base de cálculo das contribuições, nos termos do art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

O texto constitucional, em sua redação originária, estabelecia a incidência das contribuições sobre “o faturamento”. Após a EC nº 20/98, a incidência se dá sobre “a receita ou o faturamento”.

Em apertada síntese, as alegações voltaram-se à existência de direito líquido e certo de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que faturamento seria o somatório da receita obtida com a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, não se podendo admitir a abrangência de outras parcelas que escapam a essa estrutura e, o ICMS não representaria patrimônio/riqueza da empresa (princípio da capacidade contributiva), mas sim ônus fiscal ao qual as empresas estão sujeitas.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria em 16/05/2008. Concluído o julgamento, foi dado provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, proferido na Sessão de 9 de março de 2017. O acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 02/10/2017.

Assim, o STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”. Restou a ementa assim redigida:

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.

O voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, os quais votaram pela constitucionalidade da exação, mantendo o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O voto condutor da Ministra Cármen Lúcia adotou o entendimento do STF, expresso nos RE nº 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, no sentido de que faturamento é “receita bruta de vendas e de serviços.”

Como precedente da tese fixada no acórdão em comento, cita a Relatora também o Recurso Extraordinário nº 240.785, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual o STF fixou a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.

COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento. (RE 240785, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 16.12.2014)

Ao interpretar o RE nº 240.785, a Ministra apontou que: a- tributos não devem integrar a base de cálculo de outros tributos e b- a base de cálculo da Cofins, constitucionalmente prevista, não comporta a inclusão de receita de terceiros, como é o caso do ICMS, de competência dos Estados. Assim, o ICMS não constitui receita do contribuinte, ainda que contabilmente seja escriturado, pois tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública Estadual, para a qual será transferido.

Ressalte-se que na decisão não houve modulação de efeitos.

O requerimento de modulação feito pela PGFN, na tribuna, foi no sentido de que a decisão somente surta efeitos a partir de janeiro de 2018.

Entretanto, como consignou a Relatora Ministra Cármen Lúcia, nos autos nada constava sobre a modulação, já que a empresa obteve provimento em primeira instância, perdeu em segunda instância e, no seu recurso extraordinário, logrou-se vencedora.

Todavia, entenderam os Ministros que a modulação poderia ser suscitada por embargos de declaração.

Posteriormente, foram interpostos os embargos de declaração pela Fazenda Nacional, em 19/10/2017, apontando a existência de contradição, obscuridade, erro material e omissão e, pleiteando efeitos infringentes.

A PGFN requereu a modulação dos efeitos da decisão embargada, para que produza efeitos *ex nunc*, apenas após o julgamento dos embargos.

Ademais, reitera o pedido de sobrestamento de todos os processos pendentes sobre a matéria, até o trânsito em julgado.

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

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.

Dispõe também o Novo CPC/15 que os recursos não suspendem a eficácia das decisões, tampouco a propositura de Embargos de Declaração:

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.

Diante das prescrições do novo CPC, os tribunais judiciais têm aplicado imediatamente o entendimento do STF:

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 CONFIGURADA. 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 tríple 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)

A aplicação do RE nº 574.706 – RG nos processos administrativos, enquanto não houver o trânsito em julgado, é questão muito debatida. Isso porque 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)

Nos termos do art. 62, *caput* do RICARF, é 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.

Tal vedação é também prescrita pela Súmula nº 2 do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

O CARF vem negando a aplicação da decisão do RE nº 574.706, socorrendo-se da aplicação do REsp nº 1.144.469/PR, o qual já está transitado em julgado.

Todavia, não me parece o melhor fundamento, porquanto o STJ realinhou o 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, julgado em recurso repetitivo.

Confira-se:

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.

Consta no voto da Ministra Regina Helena Costa:

Entretanto, possui razão a Agravada, acerca da não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/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. Na esteira de entendimento do Supremo Tribunal Federal, esta Corte realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

O STJ, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 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.

E ainda, o 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).

Ademais, o art. 927, III c/c art. 928, II do CPC/15 prescrevem que os juízes e os tribunais obrigatoriamente observarão o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Com isso, a não aplicação da decisão judicial “repetitiva” (com teor de precedente) no processo administrativo viola o monopólio da última palavra pelo STF, em matéria de interpretação constitucional.

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, tal situação se coaduna com a prescrição do RICARF que exige a condição de “decisão definitiva de mérito” para ser aplicada obrigatoriamente pelos Conselheiros.

Inclusive, 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.

**Ressalte-se que não fora exigido do contribuinte a comprovação na sua escrituração contábil do direito creditório alegado, restringindo-se o Despacho Decisório à matéria de direito. Por conseguinte, cabe ao contribuinte comportar à unidade de origem a liquidez e certeza do direito creditório defendido.**

### Conclusão

Do exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro – Redatora Designada