



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12893.000001/2008-91
Recurso Voluntário
Resolução nº **3401-001.885 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de outubro de 2019
Assunto PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrente CITROSUCO S/A AGROINDÚSTRIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em sobrestar o feito até a conclusão do julgamento do RE 570.706/PR, vencidos os conselheiros Rosaldo Trevisan e Mara Cristina Sifuentes, que propunham a apreciação de mérito.

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente

(documento assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Mara Cristina Sifuentes, Lázaro Antonio Souza Soares, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Carlos Henrique Seixas Pantarolli, Fernanda Vieira Kotzias, João Paulo Mendes Neto e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Por medida de celeridade e economia processual, adoto parcialmente o Relatório constante do acórdão recorrido:

Trata o presente de Pedido de Restituição de pagamento indevido ou a maior da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) no valor de R\$ 7.926,02. Tal pagamento foi efetuado por meio da compensação realizada no processo nº 13851.001142/2001-12, conforme documento de fls. 05.

Fl. 2 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

Alega o interessado que o indébito é decorrência de ter incluído na base de cálculo da contribuição parcelas referentes à ampliação da base de cálculo por força da Lei nº 9.718, de 1998, julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF no Recurso Especial 346.084, e também o valor do ICMS, que deve ser excluído da base de cálculo.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Araraquara, por meio do Despacho Decisório de fls. 15/17, indeferiu o pedido. No que tange à alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, falece competência legal à autoridade administrativa para se manifestar acerca da inconstitucionalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, condições que não se apresentam neste caso.

Destaca o caráter vinculante e obrigatório da atividade administrativa, conforme dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, cabendo à autoridade administrativa aplicar a legislação tributária, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de validade.

Cientificado da decisão em 15/04/2013, fl. 21, o interessado apresentou manifestação de inconformidade em 15/05/2013, fls. 23/31, alegando, em síntese:

A requerente faz consignar que não foi intimada a prestar quaisquer esclarecimentos a respeito da higidez de seu crédito, contrariando o artigo 65 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30/12/2008. Nos termos do artigo 142 do CTN, é dever da fiscalização ir a fundo no exame da situação concreta, a fim de que o lançamento e também as demais glosas fiscais estejam baseados na correta aplicação da lei aos fatos efetivamente ocorridos e a ela subsumidos. No caso dos autos, a fiscalização sequer tomou conhecimento das razões que justificam o pedido de restituição, fato que impõe a reforma do despacho decisório, justamente por contrariar o ordenamento jurídico vigente.

Relativamente à ampliação da base de cálculo do PIS pelo parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, considerada inconstitucional pelo STF em inúmeros julgamentos de recursos extraordinários, alega que a matéria foi considerada pelo STF como de repercussão geral e será objeto de súmula vinculante, como pode ser observado pela leitura do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluzo no RE nº 585.235, de 10.09.2008, que transcreve a seguir. Aliás, esse entendimento já está de tal forma pacificado no seio da jurisprudência que a Lei 11.941, de 27.05.2009, revogou o parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98.

A jurisprudência administrativa já se manifestou favoravelmente à aplicação, pelo fisco, das decisões que declararam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em razão de terem sido proferidas em sessão plenária do STF. Nesse sentido destaca os Acórdãos nº 230378, 226802 e 239790, em 28.06.2010, pela 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, e 142592 e 147967, de 05.07.2010, julgados pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, os quais se coadunam com o entendimento das decisões acima transcritas. Ademais, o inciso I, do parágrafo 6º, do art. 26-A, incluído no Decreto 70.235/72 pela Lei nº 11.941/2009, determina que nos casos de lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF, os órgãos de julgamento da administração fiscal federal devem afastar a sua aplicação consoante o entendimento exarado na decisão. Tal disposição

Fl. 3 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

também já estava prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 49 do Regimento Interno do antigo Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF n.º 147, de 25/05/2007 e também consta do Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no seu art. 62, parágrafo 1º, inciso I, aprovado pela Portaria MF n.º 256, de 22/06/2009.

Portanto, segundo a contribuinte, no caso dos autos, não há dúvida de que o entendimento esposado pelo STF nos julgamentos dos recursos extraordinários acima citados deve ser aplicado pelas autoridades fazendárias em suas decisões.

No que tange ao ICMS, que compõe o preço de venda das mercadorias, este não tem o conceito de faturamento, sendo mera despesa do contribuinte. Cita parte do voto de Ministro do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 240.785 que ainda não foi concluído.

Acosta aos autos o demonstrativo por ela elaborado, onde estão discriminados os valores que foram indevidamente computados à base de cálculo do PIS, bem como as cópias dos correspondentes razões contábeis.

Ao final requer a restituição dos valores recolhidos a maior, referentes a Cofins incidente sobre as receitas que não integram o faturamento e sobre o ICMS, incluídos na base de cálculo do mês de outubro de 2001 e protesta por todos os meios de prova admitidos, especialmente a produção de perícia, a realização de diligências e a juntada de documentos.

A **decisão de primeira instância** foi unânime pela improcedência da manifestação de inconformidade, conforme ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 10/11/2006

RESTITUIÇÃO. DESPACHO. DESNECESSÁRIA INTIMAÇÃO PRÉVIA. É legítimo o despacho efetuado com os elementos necessários e suficientes para indeferir o pedido de restituição, sem a prévia intimação da contribuinte para prestar esclarecimentos.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deverá ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito do interessado em fazê-lo em outro momento processual, a menos que demonstre, com fundamentos, a impossibilidade de apresentação por motivo de força maior; refira-se a fato ou direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PERÍCIA/DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Deve ser indeferida a diligência/perícia, que, além de não preencherem os requisitos formais previstos no art. 16, inciso IV, e § 1º, do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993, também são desnecessárias, tendo em vista que, para comprovar os fatos alegados na manifestação de inconformidade, bastaria a juntada, aos autos, da documentação comprobatória, nos termos do art. 15 do Decreto n.º 70.235/1972.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Fl. 4 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

Data do fato gerador: 10/11/2006

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

As decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de recurso extraordinário, que reconheceram a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições, surtem efeitos jurídicos apenas entre as partes envolvidas nos processos e, para que tal entendimento seja estendido aos órgãos julgadores da RFB, necessário o preenchimento de alguns requisitos legais, bem como a prévia edição, pela PGFN, de ato que expresse manifestação no mesmo sentido.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. PREVISÃO LEGAL.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Somente as parcelas legalmente autorizadas podem ser excluídas da base de cálculo, não se enquadrando nessa situação os valores devidos a título de ICMS.

Cientificada do acórdão de piso, a empresa interpôs **Recurso Voluntário**. Encaminhado ao CARF, o presente foi distribuído, por sorteio, à minha relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Paulo Mendes Neto, Relator.

Da Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento.

Do mérito

Argumenta o Recorrente a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da PIS/COFINS, por meio do §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, ampliando o conceito de receita bruta para toda a receita auferida pela pessoa jurídica, independentemente da classificação contábil adotada.

Ab initio, cumpre ressaltar que não cabe ao CARF, conforme dispõe a Súmula CARF nº 2, se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, nem afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade (art. 62, *caput* do RICARF).

Contudo, o acima arrazoado não se aplicará nos casos em que o tratado internacional, lei ou ato normativo:

Art. 62 do RICARF [...]

Fl. 5 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

§ 1º O disposto no caput 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) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

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 n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária;

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei 73 Complementar n.º 73, de 1993

§ 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 n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, **deverão** ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (grifos nossos)

Neste sentido, a aplicação da tese da inconstitucionalidade do dispositivo em questão tem sido acolhida em diversos julgamentos por este Conselho. Reproduzo alguns:

Acórdão 3302-007.580

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

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS PROMOVIDA PELO §1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL DO RE 585.235-1/MG. RECEITAS ORIUNDAS DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62, §2º DO ANEXO II DO RICARF. É inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, conforme jurisprudência consolidada no STF e reafirmada no RE 585.235-1/MG, no qual reconheceu-se a repercussão geral do tema, devendo a decisão ser reproduzida nos julgamentos no âmbito do CARF. A base de cálculo do PIS e da COFINS sob a égide da Lei nº 9.718/98 corresponde à receita bruta das

Fl. 6 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

Acórdão n. 3402-006.729

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/07/2003

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF. Através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. Decisões definitivas de mérito, proferidas em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional devem ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos administrativos. Artigo 62, § 2º do Regimento Interno do CARF.

Este Conselho também já tem precedentes pela exclusão da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, conforme se depreende do Acórdão n. 3201-005.696:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2001 a 30/04/2006

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 570.706. ADOÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS/PASEP 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.

Na oportunidade, transcrevo excertos do voto proferido pelo Conselheiro Relator Leonardo Vinícius Toledo de Andrade, no Acórdão n. 3201-005.601, sessão de 21/08/2019:

Exclusão do ICMS da base de cálculo Assiste razão a Recorrente.

O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.

Referida decisão possui a seguinte ementa:

Fl. 7 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

"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 n.º 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário n.º 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 440787AgR-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.

Fl. 8 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

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

Fl. 9 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017. IV. Nesse contexto, retornaram os autos - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 -, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral. V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Neste contexto, não há como negar plena efetividade ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, já que o próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ não mais aplica o entendimento firmado no REsp 1.144.469/PR. O mesmo posicionamento tem sido adotado pelos Tribunais Regionais Federais. Neste sentido:

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

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

Fl. 10 da Resolução n.º 3401-001.885 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 12893.000001/2008-91

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

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

Nesse sentido, pertinentes e prudentes 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 n.º 574.706 RG, com base no REsp n.º 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 n.º 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."

Da conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer e, no mérito, sugerir o sobrestamento do Recurso Voluntário até o julgamento em definitivo sobre a matéria pelo STF no RE 574.706 PR em sede de repercussão geral para que, após se decida sobre o direito perquirido pela Recorrente.

(documento assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto