



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

Processo nº 13807.007565/2002-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-004.973 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2018
Matéria Créditos de PIS e COFINS
Recorrente CASA MIMOSA HIDRÁULICA E ACABAMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1992 a 30/03/2002

DECADÊNCIA DO DIREITO À RESTITUIÇÃO. SÚMULA CARF Nº 91

Em relação a pedidos de restituição realizados antes de 09/06/05, devem ser reconhecidos os créditos relativos ao período de dez anos, contados da data da protocolização do pedido na unidade da RFB, nos termos da Súmula CARF nº 91.

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ.

Transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial nº 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 nº 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.

INCONSTITUCIONALIDADE DO PIS DE MARÇO DE 1996 A OUTUBRO DE 1998 - ADIN Nº 1.417 - 0/DF

Não devem ser conhecidos os argumentos não incluídos na manifestação de inconformidade.

HOMOLOGAÇÃO TÁCITA DA DCOMP

São consideradas como tacitamente homologadas as DCOMP, somente após transcorridos cinco anos entre a data da protocolização da declaração e a data do despacho decisório.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1992 a 30/03/2002

DECADÊNCIA DO DIREITO À RESTITUIÇÃO. SÚMULA CARF Nº 91

Em relação a pedidos de restituição realizados antes de 09/06/05, devem ser reconhecidos os créditos relativos ao período de dez anos, contados da data da protocolização do pedido na unidade da RFB, nos termos da Súmula CARF nº 91.

INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ.**

Transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial nº 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 nº 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.

INCONSTITUCIONALIDADE DO PIS DE MARÇO DE 1996 A OUTUBRO DE 1998 - ADIN Nº 1.417 - 0/DF

Não devem ser conhecidos os argumentos não incluídos na manifestação de inconformidade.

HOMOLOGAÇÃO TÁCITA DA DCOMP

São consideradas como tacitamente homologadas as DCOMP, somente após transcorridos cinco anos entre a data da protocolização da declaração e a data do despacho decisório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Semirames de Oliveira Duro e Valcir Gassen, que votaram por dar parcial provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Salvador Candido Brandão Junior, Ari Vendramini. Designado para o voto vencedor o conselheiro Antônio Carlos da Costa Cavalcanti Filho.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Redator do Voto Vencedor

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Salvador Candido Brandão Junior, Ari Vendramini, Semiramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Winderley Moraes Pereira (Presidente).

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância:

"Trata-se de pedido de restituição de valores recolhidos ao PIS e à Cofins (fl. 02), cumulado com pedidos de compensação (fls. 04/12). Utilizando o referido crédito, também foi transmitida, em 16/11/2006, a Dcomp nº 06331.82334.161106.1.3.042508, constante das fls. 234/256.

Para o indébito referente ao Pis dos PA Outubro/1995 a Janeiro/1999, o contribuinte fundamenta o pedido na ADIN nº 1.4170. O restante do pleito baseia-se na exclusão do ICMS das bases de cálculo do Pis e da Cofins recolhidos nos últimos dez anos do protocolo do pedido.

Os pedidos de compensação entregues em papel (fls. 04/12) foram convertidos em Declarações de Compensação, conforme art. 74 da lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 49 da lei nº 10.637/2002.

O Despacho Decisório proferido pela unidade de jurisdição da Requerente indeferiu o pedido de restituição e não homologou as Declarações de Compensação (fls. 257/263), sob os seguintes fundamentos:

1) A legislação de regência não prevê a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições para o Pis e da Cofins.

2) Parte do crédito pleiteado origina-se de recolhimentos efetuados em prazo superior ao previsto no art. 165, I e 168, I do CTN e, portanto, o eventual direito à restituição/compensação desses pagamentos (efetuados antes de 28/08/1997) estaria fulminado pela decadência.

3) No julgamento da ADIN 1.4170/ DF, a MP 1.212/95 – convertida após sucessivas reedições na Lei nº 9.715/1998 – foi legitimada e o Pis passou a ser exigido conforme seus comandos a partir de março de 1996. Sendo assim, não há que se cogitar de devolução integral de pagamentos relativos ao Pis, no período compreendido entre Março/1996 e Outubro/1998.

4) Por fim arremata a autoridade administrativa: "... conclui-se serem inaceitáveis a restituição e as compensações ora pretendidas, uma vez que, com relação aos pagamentos realizados até 28/06/1997 referentes aos períodos de apuração entre jan/1992 a jun/1997 o direito de pleitear a/restituição, no âmbito administrativo, encontra-se irremediavelmente atingido pela decadência quinquenal (haja vista a protocolização do pedido de restituição datada de 28/06/2002), bem como não restou caracterizada a alegada existência de pagamentos indevidos ou a

maior para todo o restante do período, jul/1997 a mar/2002, conforme acima demonstrado.”

Cientificada do Despacho Decisório em 11/11/2011 (fl. 265), a Interessada apresentou em 08/12/2011 suas razões de inconformidade (271/293), alegando, em síntese o que se segue:

- Preliminarmente requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso apresentado e o reconhecimento de ter ocorrido a homologação tácita, dado que as Declarações de Compensação foram protocoladas em 28/06/2002 e a ciência do Despacho Decisório ocorrera em 11/1/2011.
- Considerando que o STJ declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, que determinou a diminuição do prazo prescricional para restituição de tributo pago indevidamente, somente pagamentos feitos a partir de 09/06/2005 obedecem ao prazo de 05 (cinco) anos para pleitear restituição.
- Nestes termos, não há que se falar em decadência, pois na data do protocolo do pedido de restituição (28/06/2002), o prazo para pleitear restituição era de (5+5) contados da data do fato gerador do tributo.
- Defende a legalidade da exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis e da Cofins e o consequente direito à restituição dos valores recolhidos indevidamente a este título.

É o relatório."

A DRJ em Belo Horizonte (MG) julgou a manifestação de inconformidade procedente em parte. Reconheceu o argumento do contribuinte de que já ocorrera a homologação tácita das Declarações de Compensação protocolizadas em 28/06/02, posto que a ciência do Despacho Decisório se dera em 11/11/11.

O Acórdão nº 02-051.497 foi assim ementado:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1992 a 30/03/2002

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA.

Transcorrido o prazo de cinco anos contados da data da Declaração de Compensação, sem que o Fisco tenha se pronunciado, operase a homologação tácita da compensação declarada, restando extinto o crédito tributário nela informado.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. LC 118/2005

Na inexistência de ação judicial ajuizada anteriormente ao início de vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a decadência do direito de pleitear a restituição ocorre em cinco anos contados da extinção do crédito pelo pagamento.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Cofins apuradas pelos regimes cumulativo e não cumulativo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/1992 a 30/03/2002

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA.

Transcorrido o prazo de cinco anos contados da data de transmissão da Declaração de Compensação, sem que o Fisco tenha se pronunciado, opera-se a homologação tácita da compensação declarada, restando extinto o crédito tributário nela informado.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. LC 118/2005

Na inexistência de ação judicial ajuizada anteriormente ao início de vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a decadência do direito de pleitear a restituição ocorre em cinco anos contados da extinção do crédito pelo pagamento.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Cofins apuradas pelos regimes cumulativo e não cumulativo.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Direito Creditório Reconhecido em Parte"

Inconformado, o contribuinte interpôs recurso voluntário, em que repetiu os argumentos contidos na manifestação de inconformidade e adicionou os seguintes tópicos, para robustecer posições defendidas na primeira instância:

- *"Da inexistência da decadência quanto ao crédito de PIS decorrente da ADIN 1.417-0/DF - IN SRF nº 6/00;*

- *Da falta de veneração ao princípio da isonomia;*

- *Do desrespeito ao princípio da capacidade contributiva;*

- *Da falta de veneração ao princípio da não cumulatividade;*

- *Do efeito confiscatório da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre o ICMS."*

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator - Marcelo Costa Marques d'Oliveira

O recurso voluntário preenche os requisitos legais de admissibilidade e deve ser conhecido.

A DERAT em São Paulo (SP) indeferiu o Pedido de Restituição dos seguintes créditos, protocolizado em 28/06/02:

- pagamentos indevidos de PIS e COFINS sobre as parcelas de ICMS inclusas nos preços de venda, relativos aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1992 a março de 2002; e

- pagamentos indevidos de PIS, surgidos em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 15 da Lei nº 9.715/98 (ADIN nº 1.417 - 0/DF), relativos aos fatos geradores ocorridos no período de outubro de 1995 a agosto de 1997.

Por conseguinte, não homologou as correspondentes Declarações de Compensação, protocolizadas em 28/06/02 e 16/11/06.

O contribuinte tomou ciência do Despacho Decisório (fls. 257 a 264) em 11/11/11 (fl. 265).

A fiscalização alegou que:

- nos períodos de apuração de março de 1996 a agosto de 1997 aplicava-se a sistemática da Lei nº 9.715/98, não incidindo a decisão proferida em sede da ADIN nº 1.417-0/DF;

- não havia previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS; e

- além dos argumentos anteriores, havia decaído direito de pleitear a restituição dos supostos pagamentos indevidos, realizados antes de 28/06/97, pois já teriam transcorridos mais de cinco anos entre as datas dos pagamentos e do Pedido de Restituição, protocolizado em 28/06/02, com fulcro no inciso I do art. 168 c/c o art. 165 do CTN.

Apreciemos os argumentos contidos no recurso voluntário

Decadência do direito à restituição de indébitos

Em suas peças de defesa, a recorrente contestou o posicionamento da fiscalização.

Invocou decisões do STJ (ED no REsp nº 644.736/PE - 2005/0055112-1 e AgRg no REsp 872.704 - SP - 2006/0157602-5) que dispõem que o art. 3º da LC nº 118/05 não teria eficácia retroativa.

Adicionalmente, colacionou doutrina e jurisprudência administrativa, dispondo que, no tocante aos créditos de PIS, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial seria a data da publicação de ato normativo reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência e dispensando a constituição de novos créditos tributários.

E, na presente contenda, aplicar-se-ia a IN SRF nº 6/00, cuja data de publicação, 21/01/00, constituiria o termo inicial para a contagem do prazo decadencial:

"Art. 1º Fica vedada a constituição de crédito tributário referente à contribuição para o PIS/PASEP, baseado nas alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.212, de 1995, no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996, inclusive.

Parágrafo único. Aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970."

A DRJ, por sua vez, reconheceu que o posicionamento firmado pelo STF, em regime de repercussão geral (RE nº 561.908 e 566.621), é no sentido de que o prazo para requerer a restituição é de dez anos, porém apenas nos casos em que o contribuinte tenha proposto ação judicial antes do início da vigência da LC nº 118/05, que se deu em 9/06/05. Fundamentou seu posicionamento no Parecer PGFN/CRJ nº 1.528/12:

"2. Entretanto, da leitura dos demais trechos do voto da Ministra Relatora, no RE nº 566.621/RS, infere-se que a eficácia vinculativa da decisão apenas diz respeito à aplicação do prazo prescricional de dez anos apenas às ações ajuizadas anteriormente ao início de vigência da LC nº 118/2005, aplicando-se às ações ajuizadas após o início de sua vigência. Segundo prevaleceu, no STF, esse posicionamento garantiria que o princípio da segurança jurídica não seja violado pela aplicação da lei nova."

Como, no caso em tela, o contribuinte não ajuizou pedido de restituição, aplicar-se-ia a regra de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, com base nos artigos 150, 156, 165 e 168 do CTN e no entendimento manifestado pelo ADN SRF nº 96/99. Desta forma, não seriam admissíveis restituições de créditos, cujos fatos geradores tiverem ocorrido antes de 28/06/97, posto que o Pedido de Restituição foi protocolizado em 28/06/02.

A meu ver, caberia uma discussão acerca de possível inovação do critério jurídico por parte da decisão recorrida.

Contudo, como o tema já se encontra pacificado no âmbito do CARF, com a edição da Súmula nº 91, reputo desnecessário trazer tal controvérsia ao debate, em homenagem ao Princípio da Celeridade - a anulação da decisão de piso requereria novo julgamento por aquela instância, o que aumentaria sobremaneira o tempo de duração do processo.

Assim dispõe a Súmula CARF nº 91:

"Súmula CARF nº 91: Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador."

Assim, diferentemente do que consignaram a DRF e a decisão recorrida, o prazo é dez anos, contado do fato gerador, sendo suficiente que o contribuinte tenha protocolizado pedido a restituição na correspondente unidade da RFB, até 8/06/05.

No presente processo, o Pedido de Restituição foi protocolizado em 28/06/02, abrangendo fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1992 a março de 2002.

Contudo, de acordo com a citada Súmula CARF nº 91, o Pedido de Restituição tão somente poderia comportar indébitos cujos fatos geradores tivessem ocorrido a partir de 28/06/92.

Portanto, dou parcial provimento aos argumentos, reconhecendo a possibilidade de aproveitamento de indébitos de PIS relativos aos fatos geradores ocorridos no período de 28/06/92 a 31/03/02.

Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS: afrontas à alínea "b" do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, ao princípio da isonomia, ao princípio da capacidade contributiva e ao princípio da não cumulatividade; e efeito confiscatório da incidência do PIS e da COFINS sobre o ICMS

A recorrente pleiteou a restituição, seguida de compensação, de pagamentos de PIS e COFINS sobre ICMS incluso na receita de venda, que considerou como indevidos, pois tal incidência seria inconstitucional. O pleito abrangeu fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1992 a março de 2002.

A DRF negou tais pedidos, por entender que o ICMS integra o faturamento e, por conseguinte, as bases de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos dos artigos 2º das LC nº 7/70 e 70/91 e artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98. Além disto, já teria decaído o direito à restituição dos supostos pagamentos indevidos efetuados após 28/07/97.

A controvérsia acerca da decadência já foi abordada no tópico anterior, em que acatei a possibilidade de a recorrente pleitear créditos relativos ao período de 28/06/92 a 31/03/02, com base na Súmula CARF nº 91.

Sobre a inclusão ou não do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, lastreado pelo § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, faço do voto da i. Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em sede do Acórdão nº 3301-004.355, minha razão de decidir:

"Insurge-se a Recorrente quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e 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, 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 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)

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, e exemplo do acórdão 3402004.742 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, julgado em 24/10/2017:

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

Em 13.03.2017 transitou em julgado o Recurso Especial nº 1144469/PR, proferido pelo STJ sob a sistemática do 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.

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.

Conclusão

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora"

Com base no acima exposto, dou provimento parcial aos argumentos da recorrente, reconhecendo como créditos os pagamentos de PIS e COFINS sobre os valores de ICMS incluídos na receita com venda, efetuados no período de 28/06/92 a 31/03/02. Ressalve-se que o efetivo aproveitamento dos créditos dependerá de prévia validação dos cálculos por parte da unidade de origem.

Inconstitucionalidade do PIS do período de março de 1996 a outubro de 1998 - ADIN nº 1.417 - 0/DF

No Pedido de Restituição (fl. 2), o contribuinte indica que haveria créditos do período de 10/95 a 01/99, os quais fundamentar-se-iam na ADIN nº 1.417-0/DF e no Acórdão da CSRF nº 01-03.239. Na planilha que instruiu o pedido (fl.18), contudo, constam créditos de outubro de 1995 a agosto de 1997.

Não há demonstrativos das bases de cálculo e valores devidos mensais que a recorrente entendia como adequados, comparados com os adotados, resultando na apuração das diferenças (pagamentos indevidos - créditos).

A Medida Provisória nº 1.212/95, publicada em 28/11/95, posteriormente convertida na Lei nº 9.715/98, alterou a base de cálculo do PIS para empresas prestadoras de serviços - de 5% do IRPJ devido para 0,65% da receita de serviços. Em seu artigo 15, dispunha que a alteração aplicar-se-ia aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/10/95.

O STF decidiu que citado artigo era inconstitucional, pois não observava a anterioridade nonagesimal. O dispositivo foi excluído do mundo jurídico pela Resolução do Senado nº 10/05. E a alteração passou então a vigor a partir de março de 1996.

Conforme tratado no item anterior, a DRF considerou que decaía o direito a restituições de indébitos, cujos pagamentos tivessem ocorrido antes de 28/06/97. E, no caso específico do presente tópico, consignou que, a partir de março de 1996, o PIS era devido, nos moldes da Medida Provisória nº 1.212/95, publicada em 28/11/95, posteriormente convertida na Lei nº 9.715/98.

Na manifestação de inconformidade, a questão de fundo não foi contestada - pagamentos indevidos efetuados por conta da alteração da base de cálculo do PIS -, porém tão somente o prazo para ingresso do pedido de restituição, com contestação à aplicação retroativa da LC nº 118/05. Diante disto, a DRJ considerou a matéria como não contestada.

No recurso voluntário, menciona que o direito ao crédito encontraria respaldo na ADIN nº 1.417-0/DF e no Acórdão da CSRF nº 01-03.239, que, todavia, também trata apenas do prazo para ingressar com o pedido de restituição. Reproduzo a ementa:

"DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;

b) da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece insconstitucionalidade de tributo;

c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

Recurso conhecido e improvido."

Como a matéria não foi incluída na manifestação de inconformidade, reputo-a como preclusa (artigos 14 e 17 do Decreto nº 70.235/72) e voto por não conhecer dos argumentos da recorrente.

Homologação tácita da DCOMP nº 06331.82334.161106.1.3.042508

A recorrente alegou que a DCOMP protocolizada em 16/11/06 já teria sido tacitamente homologada, à luz do § 5º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, haja vista que, "*por conta de trâmites burocráticos*", somente fora intimada do conteúdo do Despacho Decisório que não as homologou "*após 17/11/11*".

Dispõe o § 5º do art. 74 da Lei nº 9.430/96

"Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

(...)

§ 5o O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de cinco anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 135, de 2003)"

Consta dos autos comprovação de que o contribuinte tomou ciência do Despacho Decisório (fls. 257 a 264) em 11/11/11 (fl. 265). Sendo assim, a DCOMP protocolizada em 16/11/06 ainda não havia sido tacitamente homologada.

Portanto, nego provimento ao argumento que pretendia ver reconhecida a homologação tácita da DCOMP protocolizada em 16/11/06.

Conclusão

Dou provimento parcial ao recurso voluntário, nos seguintes termos:

- **Decadência do direito à restituição de créditos:** parcial provimento, reconhecendo a possibilidade de aproveitamento de indébitos de PIS relativos aos fatos geradores ocorridos no período de 28/06/92 a 31/03/02.

- **Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS:** provimento parcial aos argumentos da recorrente, reconhecendo como créditos os pagamentos de PIS e COFINS sobre ICMS efetuados no período de 28/06/92 a 31/03/02. Ressalve-se que o efetivo aproveitamento dos créditos dependerá de prévia validação dos cálculos por parte da unidade de origem.

- **Inconstitucionalidade do PIS do período de março de 1996 a outubro de 1998 - ADIN nº 1.417 - 0/DF:** não conhecimento dos argumentos.

- **Homologação tácita da DCOMP nº 06331.82334.161106.1.3.042508:** nego provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Redator Designado

Com a devida vênia, divirjo do excelente voto do Relator, 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 vencedora2 [...] 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.

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

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Redator designado