



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

**Processo n°** 13839.900183/2012-04  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3301-004.397 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de março de 2018  
**Matéria** COFINS  
**Recorrente** QUÍMICA AMPARO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/11/2002 a 30/11/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ.

Transitou em julgado decisão do STJ, no Recurso Especial n° 1144469/PR, sob a sistemática de recurso repetitivo, que deu pela inclusão do ICMS na base de cálculo da PIS/Pasep e da Cofins, de observância obrigatória por este Conselho, nos termos do seu Regimento Interno.

Já o STF, entendeu pela não inclusão, no Recurso Extraordinário n° 574.706, que tramita sob a sistemática da repercussão geral, mas de caráter não definitivo, pois pende de decisão embargos de declaração protocolados pela Fazenda Nacional, elemento necessário à vinculação deste CARF.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por maioria qualificada de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen. O Conselheiro Ari Vendramini votou pelas conclusões.

José Henrique Mauri - Presidente.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator.

(assinado digitalmente)

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

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 06-51.718, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório constante do acórdão recorrido, em parte:

Trata o presente processo da manifestação de inconformidade contra o Despacho Decisório da Delegacia da Receita Federal de Jundiá (Rastreamento nº 17641502), emitido em 01/02/2012, que indeferiu o Pedido Eletrônico de Restituição – PER nº 15693.47202.120907.1.2.04-4668, por meio do qual a contribuinte solicitava o crédito no valor de [...], relativo ao DARF de Cofins cumulativa (código de receita 2172), recolhido em 13/12/2002, no valor de [...].

Em referido ato administrativo, a autoridade *a quo* indeferiu o pleito da interessada tendo em vista que o DARF discriminado no PER acima identificado estava integralmente utilizado para quitação do débito de Cofins cumulativa do período de apuração de nov/2002, não restando saldo de crédito disponível para o reconhecimento do crédito solicitado.

A contribuinte foi cientificada do citado despacho decisório em 09/02/2012 e apresentou, em 05/03/2012, a Manifestação de Inconformidade cujo conteúdo é resumido a seguir.

A interessada defende, em apertada síntese, o direito ao crédito solicitado com a alegação de ter incluído de forma indevida o ICMS na base de cálculo da contribuição recolhida. Diz que o ato administrativo foi proferido de forma precipitada e com flagrante desrespeito à legislação tributária, notadamente a que trata da necessidade de lançamento tributário

(art. 142 do Código Tributário Nacional). Sustenta a legitimidade do indébito tributário informado no pedido de restituição alegando que no presente caso não existe óbice à restituição, nos termos do art. 165, do Código Tributário Nacional, uma vez que houve um erro na composição da base de cálculo da contribuição e que a vinculação do DARF, pago indevidamente, a um débito declarado em DCTF, constitui-se em uma mera informação. Relata que está juntando ao processo planilha por meio da qual se pode constatar a existência do pagamento a maior do que o devido e que este documento faz a prova necessária para confirmar o indébito alegado. Acrescenta que em caso de dúvida quanto ao crédito o julgamento pode ser convertido em diligência para que a interessada seja intimada a demonstrar, através de outros elementos, o crédito vindicado. Defende a tese relativa a improcedência da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição alegando que referido tributo não integra o conceito de faturamento (receita bruta), pois trata-se de mero ingresso de recursos, os quais devem ser repassados ao fisco estadual, e que o Supremo Tribunal Federal – STF, consoante o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, entendeu que o valor do ICMS não pode compor a base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins). Sustenta que a interpretação da autoridade tributária relacionada com a questão da inclusão do ICMS nas receitas dos contribuinte (interpretação do art. 3º da Lei 9.718, de 1988) é contrária ao art. 110 do CTN, uma vez que não se caracteriza como juízo de inconstitucionalidade, mas sim como controle administrativo interno dos atos administrativos. Aduz, por fim, que a declaração de inconstitucionalidade (exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição) em referido RE é iminente e que o proferimento dela pelo Supremo Tribunal Federal tornará sua observância obrigatória pela Administração Tributária.

Diante do exposto, requer a interessada o acolhimento da manifestação para o fim de afastar o Despacho Decisório questionado e deferir integralmente o pedido de restituição.

O citado acórdão decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, assim ementado:

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Período de apuração: 01/11/2002 a 30/11/2002

**ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.**

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

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

Período de apuração: 01/11/2002 a 30/11/2002

---

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO CREDITÓRIO INFORMADO NO PER/DCOMP.

Inexistindo o direito creditório informado no Pedido Eletrônico de Restituição/Ressarcimento - PER, é de se indeferir o pedido de restituição apresentado.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse 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.

Inconformada com a improcedência da manifestação de inconformidade, a contribuinte interpôs recurso voluntário, basicamente, repetindo os argumentos trazidos em sede de manifestação. Ao final, pugna pela reforma do acórdão recorrido.

Foi-me distribuído o presente processo para relatar e pautar.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Relator.

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade<sup>1</sup>.

### **O núcleo da discussão em pauta é a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da Cofins.**

### **O acórdão recorrido enumera diplomas legais de regência, concluindo não haver previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins:**

Pelas argumentações trazidas em sua manifestação de inconformidade, vê-se, de pronto, que a pretensão da contribuinte implica negar efeito a disposição expressa de lei. Nesse contexto, cumpre registrar que não há na legislação de regência previsão para a exclusão do valor do ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, na forma aduzida pela interessada, já que esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e serviços vendidos, exceção feita para o ICMS recolhido mediante substituição tributária, pelo contribuinte substituto tributário.

De fato. A Lei Complementar nº 7, de 1970, a Lei Complementar nº 70, de 1991, a Lei nº 9.715, de 1998 (que resultou da conversão da Medida Provisória nº 1.212, de 1995 e suas reedições), a Lei nº 9.718, de 1998, e, mais recentemente, as Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, ao longo de seus dispositivos, definem expressamente todos os aspectos das hipóteses de incidência vinculadas ao PIS e à Cofins. As citadas normas definem os sujeitos passivos da relação tributária, os casos de não-incidência, a alíquota, a base de cálculo, o prazo de recolhimento, etc., e submetem as contribuições às normas do processo administrativo fiscal, além do que, para os casos de atraso de pagamento e penalidades, as subordina, de forma subsidiária, à legislação do imposto de renda.

Como se percebe, nada resta a definir. Os atos legais descrevem expressamente todas as feições das exações instituídas, nada deixando ao alvedrio do intérprete. Quando remetem atribuições a normas de outro

---

<sup>1</sup> Ressalte-se ser desnecessário responder todos as questões levantadas pelas partes, em já havendo motivo suficiente para decidir (Lei nº 13.105/15, art. 489, § 1º, IV. STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, julgado de 8/6/2016, rel. Min. Diva Malerbi).

tributo, o fazem estabelecendo com precisão os limites da remissão; limites estes, aliás, que, *in concreto*, jamais se estendem sobre a definição das bases de cálculo das contribuições.

O conceito de faturamento tem sua extensão perfeitamente delimitada pela explicitação de seu conteúdo e pela expressa enumeração das exclusões passíveis de serem efetuadas, não havendo dentre essas, como se vê, qualquer referência ao ICMS devido pela venda de mercadorias. Caso pretendesse o legislador excluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, estaria a hipótese expressamente prevista como uma das exclusões da receita bruta.

Sobre o tema, 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.

A recorrente traz aos autos planilha na qual recalcula a base de cálculo da Cofins "sem o ICMS", com a qual, juntamente como os documentos mencionados na sequência, pretende provar o seu direito ao crédito em discussão:

Fato Gerador	Base de Cálculo	Alíquota	Débito Apurado	Valor do ICMS destacado	Nova Base de Cálculo	Nova Débito Apurado	Valor Recolhido	Data do Recolhimento	Valor recolhido até o mês	Juros Selic	Selic Acumulado	Valor recolhido e maior atualizado
ago/02	31.660.293,17	3,00	949.808,71	3.871.442,95	27.788.847,22	833.885,42			116.143,29			
ago/02	564.000,37	10,30	58.101,31	67.819,63	496.270,74	51.115,89			6.985,42			
<b>total</b>	<b>32.224.293,54</b>		<b>1.007.910,02</b>	<b>3.939.262,58</b>	<b>28.285.117,96</b>	<b>884.999,31</b>	<b>1.007.910,02</b>	<b>13/09/2002</b>	<b>123.128,71</b>	<b>109.870,03</b>	<b>81,76</b>	<b>223.998,74</b>
set/02	29.354.070,06	3,00	850.622,13	3.605.529,06	24.748.541,00	742.456,24			108.165,09			
set/02	515.936,23	10,30	53.100,23	58.546,30	456.889,93	47.039,66			8.040,57			
<b>total</b>	<b>29.869.996,29</b>		<b>903.722,36</b>	<b>3.664.075,36</b>	<b>25.205.431,33</b>	<b>789.515,90</b>	<b>903.722,36</b>	<b>15/10/2002</b>	<b>114.206,66</b>	<b>93.375,20</b>	<b>81,76</b>	<b>297.581,60</b>
out/02	33.730.628,29	3,00	1.012.158,85	4.084.158,85	29.646.469,44	889.635,95			122.523,30			
out/02	320.120,54	10,30	32.972,72	35.952,31	285.971,23	29.342,34			3.610,38			
<b>total</b>	<b>34.050.748,83</b>		<b>1.045.131,57</b>	<b>4.119.111,16</b>	<b>29.932.440,67</b>	<b>918.978,29</b>	<b>1.045.131,57</b>	<b>14/11/2002</b>	<b>126.133,68</b>	<b>103.126,90</b>	<b>81,76</b>	<b>329.260,58</b>
nov/02	27.246.000,99	3,00	817.470,09	3.357.590,86	23.888.410,13	716.742,09			100.728,00			
nov/02	227.859,52	10,30	23.470,96	26.949,95	200.809,57	20.652,70			2.777,85			
<b>total</b>	<b>27.473.860,51</b>		<b>840.941,05</b>	<b>3.384.540,81</b>	<b>24.089.219,70</b>	<b>737.394,79</b>	<b>840.941,05</b>	<b>13/12/2002</b>	<b>103.505,85</b>	<b>84.626,39</b>	<b>81,76</b>	<b>188.132,25</b>
dez/02	38.944.838,07	3,00	1.168.345,14	4.077.870,48	34.866.967,60	1.048.008,76			122.336,38			
dez/02	260.606,97	10,30	26.842,52	29.692,22	230.814,75	23.784,22			3.058,30			
<b>total</b>	<b>39.205.445,04</b>		<b>1.195.187,66</b>	<b>4.107.562,70</b>	<b>35.097.812,35</b>	<b>1.071.792,98</b>	<b>1.195.187,66</b>	<b>16/01/2003</b>	<b>125.394,68</b>	<b>102.522,68</b>	<b>81,76</b>	<b>227.917,36</b>
<b>Total Geral</b>	<b>159.946.839,48</b>	<b>3,00</b>	<b>4.798.494,61</b>	<b>18.998.561,73</b>	<b>140.350.268,73</b>	<b>4.228.598,06</b>	<b>4.392.892,27</b>		<b>502.369,39</b>	<b>484.321,22</b>		<b>1.076.690,61</b>
	<b>1.888.226,63</b>	<b>10,30</b>	<b>194.487,34</b>	<b>218.180,01</b>	<b>1.670.046,62</b>	<b>172.014,80</b>						

Instrui o recurso voluntário com relatórios "NOVA GIA" a demonstrarem a apuração do ICMS, referente apenas a novembro de 2011, como também o balancete referente apenas a este período.

O acórdão recorrido assim se manifestou quando lhe fora levada dita planilha: "não sendo hábil para a comprovação do direito à repetição do indébito, uma simples planilha, desacompanhada de documentação contábil e fiscal que lhe conceda suporte e validade. A planilha segue abaixo".

Tais elementos não demonstram o direito ao crédito sem que a questão de direito que defende, de não inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição, prospere. A planilha mencionada também não se fez acompanhar de documentos que lhe fizessem prova, para todos os períodos. Assim, também, a diligência que requer, para, eventualmente, "atestar *in loco* a regularidade da escrituração e do crédito", somente mereceria provimento, em caso de demonstração da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Insurge-se a recorrente contra a afirmação do acórdão de piso de que "o débito de Cofins cumulativa, do período de apuração de nov/2002 (para o qual consta alocado o pagamento objeto do pedido de restituição), foi constituído, nos termos do art. 142 do CTN, através de [...] DCTF apresentada pela interessada, posto que essa declaração constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito tributário, conforme prevê o § 1º do art. 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984".

Ainda que se apliquem tais normas, há decisões deste Conselho que têm entendido pela relativização de tal meio de prova, com as quais concordo, privilegiando-se o princípio da verdade material:

COMPROVAÇÃO DO DIREITO CREDITÓRIO. INFORMAÇÕES CONSTANTES DA DOCUMENTAÇÃO SUPORTE. LIQUIDEZ E CERTEZA. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. O direito creditório pleiteado não pode ser vinculado a requisitos meramente formais, nos termos do art. 165 do Código Tributário Nacional. Assim, ainda que a DCTF seja instrumento de confissão de dívida, a comprovação por meio de outros elementos contábeis e fiscais que denotem erro na informação constante da obrigação acessória, acoberta a declaração de compensação, em apreço ao princípio da verdade material

Recurso Voluntário Provido

(CARF, 3º Seção, 3º Câmara, 1º Turma Ordinária, Ac. 3301-002.678, de 08/12/2015, rel. Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas).

O acórdão de piso entendeu não ter se configurado qualquer das hipóteses do art. 165 do CTN, aquele que estabelece o direito à restituição de tributo, especialmente por que "não existe a comprovação de que tenha ocorrido, em face da legislação aplicável, pagamento da contribuição em valor a maior do que o devido"; como também porque "não foi demonstrada a existência de decisão judicial transitada em julgado reconhecendo a existência de indébito tributário (relativamente ao pagamento apontado no pedido de restituição – PER) que diga respeito à inclusão indevida do ICMS na base de cálculo da contribuição. não havendo decisão".

Argumenta a recorrente ter havido erro na composição da base de cálculo da Cofins, visto que "a Recorrente considerou inadvertidamente o ICMS como componente de sua receita bruta", nos termos do inciso II, do dito artigo. Mais uma vez, somente com a demonstração do direito ao crédito, o que não ocorre, poder-se-ia falar no dito erro.

Assim, pelo exposto voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator

(assinado digitalmente)

## Declaração de Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro

A despeito do excelente voto do Relator, ousou divergir na matéria referente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

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

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

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

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

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

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

Transcreve-se a ementa do julgado:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS*

*não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*3. Efetuado o juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, para dar provimento à apelação da impetrante.*

*(TRF 3, Apel. 0020471-95.1993.4.03.6100, DJ 21/12/2017)*

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

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

*2. Anulada a sentença e encontrando-se a relação processual devidamente formada, inexistindo necessidade de produção de outras provas e não vislumbrando qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa de qualquer das partes,*

*é possível a apreciação do mérito, nesta instância recursal, nos termos do disposto no art. 1013, § 3º, do CPC/2015.*

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

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

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

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

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

*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 - RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

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

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

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

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na*

*base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC). 2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.*

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

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

*empresa provido para dar parcial provimento ao Agravo e reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS/COFINS. (AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 19/04/2017).*

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 - RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de “decisão definitiva de mérito”, para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF.

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

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.*

*1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.*

*2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.*

*3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.*

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

(assinado digitalmente)

Processo nº 13839.900183/2012-04  
Acórdão n.º **3301-004.397**

**S3-C3T1**  
Fl. 129

---

Semíramis de Oliveira Duro