



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13851.000809/2005-85
Recurso Voluntário
Resolução nº **3401-001.887 – 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 COFINS no valor de R\$ 198.478,77. Tal pagamento foi efetuado através de compensação realizada no processo nº 13851.000016/99-93, conforme documentos de fls. 05/06.

Fl. 2 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

Alega o interessado que o pedido tem o objetivo de evitar a decadência da Cofins apurada sobre receitas que foram acrescidas pela Lei 9.718/98 na base de cálculo da contribuição sem suporte na Constituição Federal 1/88, uma vez que a partir de 09/06/2005, com a entrada em vigor da LC 118/05 o prazo para restituição de valores pagos indevidamente ou a maior reduziu de 10 anos para 5 anos conforme recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida em sede de Embargos de Divergência (Eresp n. 327.043).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Araraquara, por meio do Despacho Decisório de fls. 14/16, indeferiu o pedido, baseando sua decisão na decadência do direito de pleitear a restituição, conforme dispõe os artigos 165, I e 186, I do Código Tributário Nacional, uma vez que o pedido foi protocolado em 07/06/2005 e o recolhimento (extinção do crédito tributário por compensação) que alega indevido ocorreu em 19/09/1999.

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 15/05/2013, fl. 20, o interessado apresentou manifestação de inconformidade em 15/05/2013, fls. 49, alegando, em síntese:

Entende a recorrente que, aplicando-se conjuntamente o artigo 168, inciso I, e o artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, o prazo para se pleitear a restituição, no caso dos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, contados da homologação tácita do lançamento.

Segundo a manifestante, a sistemática acima somente veio a ser alterada com a edição da Lei Complementar nº 118, de 08.02.2005, que, em seu artigo 3º, em contraposição ao entendimento firmado pelo STJ no sentido de que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de 10 anos (tese dos 5+5), estabeleceu que :

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º -Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Fl. 3 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

Provocado a manifestar-se sobre a constitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da LC 118/2005, que determinou a aplicação retroativa do seu artigo 3º, o STF, por meio do RE 566621/RS entendeu ser de dez anos o prazo para pleitear a restituição, cuidandose de tributo sujeito a lançamento por homologação. Na seara administrativa outro não é o entendimento adotado pelo CARF, conforme se observa no Acórdão nº 9900000.840, de 29.08.2012, do Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cuja ementa reproduz.

No caso dos autos, o recolhimento indevido da COFINS ocorreu em 19/09/1999, muito antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005. Nesse sentido, não tendo havido a homologação expressa do recolhimento antecipado, a extinção do crédito tributário ocorreu em 19/09/2004, ou seja, antes da vigência da LC 118/2005. Sendo 19/09/2004 o termo inicial para a contagem do prazo para a restituição, ele somente se encerraria em 2009. Todavia, antes disso e antes da vigência da própria Lei Complementar, a requerente protocolou o pedido de restituição em 07/06/2005, no montante de R\$ 198.478,77.

Essa situação encontra respaldo direto no entendimento empossado pelo STF que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 09 de junho de 2005. Portanto, segundo a recorrente, o procedimento por ela adotado está em perfeita sintonia com o posicionamento do STF, do STJ e do próprio CARF, fazendo-se descabida a alegação de decadência do direito de pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente a título da COFINS.

Relativamente à ampliação da base de cálculo da COFINS 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.º 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. Assim é que na base de cálculo da COFINS somente deveriam ter sido incluídos pela requerente os valores correspondentes ao seu faturamento, ou seja, os ingressos que correspondem às suas receitas das vendas de mercadoria e da prestação de serviços. Ao final requer a restituição dos valores recolhidos a maior, referentes a Cofins incidente sobre as receitas financeiras e outras receitas operacionais do mês de agosto de 1999.

Fl. 4 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 07/06/2005 DECADÊNCIA. LC nº 118/2005.
PROTOCOLO ANTERIOR A 09/06/2005.

INTERPRETAÇÃO DO RE nº 566.621/RS. PARECER PGFN/CRJ/Nº
1528/2012

O direito de o sujeito passivo pleitear a restituição e/ou compensação de indébitos tributários decai no prazo de dez anos contados da data do efetivo pagamento para os pedidos protocolados anteriormente a 09/06/2005, início da vigência da LC nº 118/2005.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 07/06/2005

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

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

Fl. 5 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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

Art. 62 do RICARF [...]

§ 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 nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 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 nº 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 nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei 73 Complementar nº 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 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. (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

Fl. 6 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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 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.

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:

"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

Fl. 7 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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 nº 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 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.

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

Fl. 8 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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 ajuizado 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 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

Fl. 9 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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. –

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.

Fl. 10 da Resolução n.º 3401-001.887 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13851.000809/2005-85

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 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: (...)

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."

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.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto