



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13855.722545/2013-94
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.271 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 9 de setembro de 2022
Recorrente DELVAIR HENRIQUE MARTINS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. Se os paradigmas indicados foram editados em contextos fáticos diversos do recorrido, o dissídio jurisprudencial resta limitado ao aspecto processual no qual decisões distintas foram adotadas, qual seja, a possibilidade de aplicação de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral antes de seu trânsito em julgado. (Ementa em conformidade com o art. 63, §8º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015)

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. POSSIBILIDADE.

Nos termos do RE nº 574.706, julgado em sede de repercussão geral pelo STF, o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

AFASTAMENTO DE ARGUMENTO PREJUDICIAL. RETORNO. Reformado o fundamento adotado pelo Colegiado *a quo*, os autos devem retornar para apreciação dos argumentos de defesa que, deduzidos em recurso voluntário, deixaram de ser apreciados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, que não conhecia. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luiz Augusto de Souza Gonçalves e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. No mérito, acordam em dar provimento parcial ao recurso com retorno dos autos ao colegiado *a quo*, nos seguintes termos: (i) por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, na parte conhecida, deu-se provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luiz Augusto de Souza Gonçalves e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar-lhe provimento; e (ii) por maioria de votos, acolher a

questão de ordem suscitada pela conselheira Edeli Pereira Bessa quanto à necessidade de retorno dos autos ao colegiado a quo, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Luis Henrique Marotti Toselli que rejeitaram a questão suscitada. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Luiz Augusto de Souza Goncalves (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente(s) o conselheiro(a) Luiz Tadeu Matosinho Machado, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Luiz Augusto de Souza Goncalves.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência (efls. 367 a 382), interposto pelo contribuinte em epígrafe ao amparo do art. 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de julho de 2015. Considerando que o Regimento Interno foi alterado pelas Portarias nºs 39, 152 e 169, o recurso será examinado em obediência a esse conjunto normativo.

Insurge-se o recorrente contra o acórdão nº **1301-004.866** (efls. 347 a 350), no qual a turma “a quo”, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010, 2011

RECEITA DECLARADA EM REGIME NÃO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO.

As receitas declaradas erroneamente no Simples Nacional impõem lançamento em outro regime de tributação.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. IMPOSSIBILIDADE.

Em que pese a existência de decisão judicial que sugere pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tal decisão ainda

encontra-se pendente de trânsito em julgado, não cabendo aplicação do precedente no âmbito administrativo, tampouco análise de constitucionalidade, conforme Súmula CARF n.º 2 e artigo 62, §2º, do Anexo II, do RICARF.

Recurso Voluntário conhecido e não provido..

A ora Recorrente apresenta Recurso Especial invocando divergência jurisprudencial no tocante a matéria aplicabilidade imediata, no âmbito administrativo, do quanto decidido pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no. 574.706/PR, independentemente do trânsito em julgado, para efeito de exclusão do ICMS das bases de cálculo de PIS e COFINS.

A r. presidência da Câmara de Julgamento admitiu o especial, nos seguintes termos:

Suscita-se divergência, portanto, **quanto à imediata aplicação, no âmbito administrativo, do quanto decidido pelo STF no julgamento do RE n.º 574.706/PR, no sentido da exclusão do ICMS das bases de cálculo de PIS e COFINS, ainda que a dita decisão ainda não tenha transitado em julgado.**

A ementa da decisão recorrida, retro transcrita, já evidencia que a matéria especificamente suscitada foi apreciada pelo Colegiado *a quo*, de modo que cumprido o requisito regimental de prequestionamento.

Indicados como paradigmas de divergência os acórdãos n.º **3201-005.576** (processo 15586.720288/2013-07 - sessão de 21/08/2019) e n.º **3302-008.638** (processo 10880.902782/2012-51 - sessão de 25/06/2020). Os paradigmas cumprem os requisitos formais previstos no Regimento Interno deste Conselho, na medida em que proferidos por Colegiado distinto do que prolatou o acórdão recorrido, não reformados até a data de interposição do recurso em exame e não contrários a Súmula do CARF ou decisão definitiva vinculante.

Análise do acórdão recorrido confirma que de fato o Colegiado *a quo* entendeu que a decisão do STF no RE 574.706/PR não tinha o efeito vinculante previsto no art. 62, § 2º, do Anexo II do RICARF, ainda que proferida no âmbito de recurso repetitivo, porque ainda não transitada em julgado.

O Recorrente descreve fielmente o conteúdo dos paradigmas colacionados, e de fato ambos pronunciam-se pela aplicabilidade *imediata* do entendimento da Suprema Corte no RE n.º 574.706/PR, com repercussão geral, *independentemente do trânsito em julgado* – a consequência admitida por ambos paradigmas é a exclusão *do ICMS* das bases de cálculo *do PIS e da COFINS*.

O primeiro paradigma, acórdão n.º 3201-005.576, fundamenta suas conclusões no fato de o próprio STJ ter abandonado posicionamento próprio anterior, passando a decidir de acordo com o pronunciamento do Supremo no RE 574.706.

O segundo paradigma, acórdão n.º 3302-008.638, invoca a Solução de Consulta Interna Cosit n.º 13 de 2018 e precedentes da própria Turma, em favor do “*acatamento da decisão de plenário do STF no RE n.º 574.706-PR, ainda não transitada em julgado*”.

Os paradigmas se fundamentam em posicionamentos do STJ, do próprio CARF e da Cosit, todos já existentes ao tempo do julgamento ora recorrido. E não há dúvida de que os raciocínios desenvolvidos nos paradigmas aproveitam ao ora Recorrente, especificamente no que tange à exclusão *do ICMS* das bases de cálculo *de PIS e COFINS*.

Conforme já consignado neste despacho, os argumentos de mérito e o pedido recursal pugnam pela exclusão não só do ICMS como do ISS, e tanto na apuração das bases de PIS e COFINS como nas do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido. No entanto, observa-se que **as lides apreciadas pelo acórdão recorrido e pelos paradigmas não contemplavam a exclusão do ISS, nem se pronunciaram sobre exclusão do ICMS em contexto de apuração de IRPJ/CSLL pelo lucro presumido.**

Assim sendo, entendemos demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido e os paradigmas n.º 3201-005.576 e n.º 3302-008.638, **especificamente** no que tange à aplicabilidade imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706, para efeito de exclusão **do ICMS** na apuração das bases de cálculo **do PIS e da COFINS**.

No mérito alega que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, frente ao entendimento pacificado pelo E. STF, o quantum cobrado referente à essas exações é manifestamente inconstitucional e consigna valor indevido, não podendo ser mantido pela Administração, conforme reconhecido pelos v. acórdãos paradigmas trazidos à baila.

Intimada a interessada apresentou contrarrazões em que por não se tratar de decisão definitiva, ainda não deve ser adotada em todos os seus termos no âmbito administrativo, conforme artigo 62, §2º, do Anexo II, do RICARF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Relator.

Recurso especial da Fazenda Nacional - Admissibilidade

Tempestivo o Recurso Especial.

Assim dispõe o RICARF no art. 67 de seu Anexo II acerca do Recurso Especial de divergência:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º Para efeito da aplicação do **caput**, entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

§ 4º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de 1ª (primeira) instância por vício na própria decisão, nos termos da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 9º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 10. Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União.

§ 11. As ementas referidas no § 9º poderão, alternativamente, ser reproduzidas, na sua integralidade, no corpo do recurso, admitindo-se ainda a reprodução parcial da ementa desde que o trecho omitido não altere a interpretação ou o alcance do trecho reproduzido. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

II - 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; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

III - Súmula ou Resolução do Pleno do CARF, e

IV - decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 13. As alegações e documentos apresentados depois do prazo fixado no caput do art. 68 com vistas a complementar o recurso especial de divergência não serão considerados para fins de verificação de sua admissibilidade.

§ 14. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.

§ 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)

[...]

Como já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Trazendo essas considerações para a prática, forçoso concluir que a *divergência jurisprudencial* não se estabelece em matéria de prova, e sim em face da aplicação do Direito, mais precisamente quando os Julgadores possam, a partir do cotejo das decisões (recorrido x paradigma(s)), criar a convicção de que a interpretação dada pelo Colegiado que julgou o *paradigma* de fato reformaria o acórdão recorrido.

No caso concreto, entendo ter sido demonstrada a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas nº 3201-005.576 e nº 3302-008.638, **especificamente** no que tange à aplicabilidade imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706, para efeito de exclusão **do ICMS** na apuração das bases de cálculo **do PIS e da COFINS**. Vejamos o cotejo analítico apresentado:

Acórdão nº 3201-005.576

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

Acórdão Recorrido	Acórdão Paradigma
“No mérito, a matéria em discussão se limita à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo dos tributos exigidos, com base na jurisprudência firmada pelo STF em decisão no RE 574.706/PR, tendo em vista que a alegação de erro na elaboração das planilhas de débitos restou superada pela decisão recorrida e não foi objeto de insurgência recursal. <u>Em relação a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS COFINS, há decisão do STF, no RE 574.706 PR que afirma que deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.</u> <u>Acontece que, essa decisão ainda não transitou em julgado, conforme se verifica do andamento processual: (...).</u> <u>Dessa forma, em que pese a existência de decisão judicial que sugere a procedência parcial do pleito recursal (para excluir o ICMS tão somente da base de cálculo do PIS e da COFINS), entendo que por não se tratar de decisão definitiva, ainda não deve ser adotada em todos os seus termos no âmbito administrativo, conforme artigo 62, § 2º, do Anexo II, do RICARF.</u> Vale frisar que a avaliação quanto a constitucionalidade ou não de	“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. (...) Com a decisão proferida pela Corte Suprema, não mais prevalece o contido no REsp 1.144.469/PR do Superior Tribunal de Justiça - STJ. <u>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.</u> (...) <u>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.</u> (...) Pertinentes são as palavras da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em voto proferido no processo 10580.721226/2007-01 (Acórdão 3301-004.355): <u>“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</u>

determinada legislação é ato exclusivo do poder judiciário, não cabendo a este Conselho Administrativo adentrar em matéria que não detém competência para apreciar, vide súmula CARF nº 2. Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento"	<u>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."</u> (...) <u>Um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal - STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça - STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.</u> <u>Sobre a inteira e imediata aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o Superior Tribunal de Justiça - STJ assim decidiu: (...)</u> Do voto, destaco: <u>"3. No mais, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a existência de precedente sob o regime de repercussão geral firmado pelo Plenário daquela Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma (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.)"</u> (...) Assim, é de se prover o Recurso Voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no Recurso Extraordinário nº 574.706 e em conformidade com o que tem adotado o Superior Tribunal de Justiça - STJ."
--	--

Acórdão 3301-004.355

Acórdão Recorrido	Acórdão Paradigma
"No mérito, a matéria em discussão se limita à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo dos tributos exigidos, com base na jurisprudência firmada pelo STF em decisão no RE 574.706/PR, tendo em vista que a alegação de erro na elaboração das planilhas de débitos restou superada pela decisão recorrida e não foi objeto de insurgência recursal. <u>Em relação a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS COFINS, há decisão do STF, no RE 574.706 PR que afirma que deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.</u> <u>Acontece que, essa decisão ainda não transitou em julgado, conforme se verifica do andamento processual: (...).</u> <u>Dessa forma, em que pese a existência de</u>	"A decisão recorrida, em outubro de 2018, indeferiu a restituição pleiteada porque não havia previsão legal para as exclusões pleiteadas e não restava caracterizado o pagamento indevido ou maior que o devido, inclusive manifestando-se acerca da lide no STF tratando da matéria: (...) Pois bem, <u>no âmbito administrativo o tema evoluiu de maneira favorável aos contribuintes, tanto que muitas Turmas do CARF, notadamente este Colegiado, vem aplicando reiteradamente a Solução de Consulta Interna nº 13 Cosit, de 18 de outubro de 2018, emitida nos seguintes termos:</u> (...) <u>Os acórdãos nº 3302-007.164, de 23/05/2019 e nº 3302-007.650, de 23/10/2019 são exemplos inter plures do acatamento da decisão de plenário</u>

<u>decisão judicial que sugere a procedência parcial do pleito recursal (para excluir o ICMS tão somente da base de cálculo do PIS e da COFINS), entendendo que por não se tratar de decisão definitiva, ainda não deve ser adotada em todos os seus termos no âmbito administrativo, conforme artigo 62, § 2º, do Anexo II, do RICARF.</u> Vale frisar que a avaliação quanto a constitucionalidade ou não de determinada legislação é ato exclusivo do poder judiciário, não cabendo a este Conselho Administrativo adentrar em matéria que não detém competência para apreciar, vide súmula CARF nº 2. Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento”	<u>do STF no RE nº 574.706-PR, ainda não transitada em julgado, por parte desta Turma.</u> Posto isso, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para excluir o valor do ICMS recolhido da base de cálculo das contribuições e determinar o retorno dos autos à unidade de origem para análise do crédito apurado pela Recorrente.”
---	---

Nesse sentido, o recurso especial deve ser conhecido com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999.

Recurso especial da Contribuinte - Mérito

Poucos temas foram tão debatidos nos últimos anos quanto a questão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tanto é assim que tal tese veio a ser apelidada de “tese do século” com o julgamento do RE 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale contextualizar que o RE 574.706 teve a sua repercussão geral reconhecida em 2008 e foi interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual se reconhecia a validade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sobretudo com base nos seguintes fundamentos: (i) ao excluir expressamente apenas os valores do IPI (LC 70/91, art.2º, “a”) da base de cálculo das referidas contribuições, o legislador teria incluído implicitamente os valores de ICMS; e (ii) a noção de faturamento incluiria a soma das receitas operacionais da empresa, inclusive custos de produção, como os recolhimentos de ICMS.

Por outro lado, os contribuintes seguiram argumentando em sentido contrário pela não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, suscitando dentre outros argumentos os seguintes: (i) o STF já teria se manifestado diversas vezes na linha de que o conceito de faturamento conota o resultado da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, qualificando-o como espécie de ingresso definitivo no patrimônio do contribuinte; (ii) não haveria definitividade no que diz respeito ao montante do ICMS incluído no preço, uma vez que o contribuinte deveria recolher tal montante aos erários públicos estaduais; e (iii) o art.194, parágrafo único, V da CF/88 determina a equidade na participação no custeio como um princípio da organização da seguridade social, de forma que a inclusão do ICMS na base de cálculo causaria distorções fazendo com que houvesse uma maior tributação federal a depender da alíquota aplicável do ICMS.

O fato é que em 15/03/2017, após quase duas décadas de discussão do tema no âmbito do STF, o STF fixou deu provimento ao recurso extraordinário e fixou seguinte tese por maioria de votos: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

Ocorre que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, solicitando o esclarecimento acerca do montante do ICMS que deveria ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, assim como solicitou modulação de efeitos.

Tendo em vista que tais embargos somente viriam a ser julgados em 2021, criou-se um cenário bastante curioso sobre a aplicação da tese fixada pelo STF entre março de 2017 e março de 2021.

Assim, a Receita Federal do Brasil manifestou o entendimento por meio da Solução Cosit n. 13/18, na linha de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele efetivamente recolhido e não o montante destacado, considerando que o ICMS é um imposto não cumulativo.

Também diversos processos em que julgavam o tema foram indicados para a pauta de turmas ordinárias do CARF e os resultados foram bastante diferentes.

A título de ilustração, no Acórdão n. 3402-006.283, entendeu-se que pela validade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a decisão do STF não havia transitado em julgado, não sendo de observância obrigatória no CARF, conforme se nota no trecho abaixo:

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.

Por sua vez, no Acórdão n. 3201-004.124, a turma decidiu aplicar o entendimento do RE 574.706, uma vez que a tese já havia sido fixada, conforme trecho abaixo da ementa:

O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

Houve também posicionamentos de turmas pelo sobrestamento do julgamento até que houvesse trânsito em julgado ou que haveria conversão do julgamento em diligência até o trânsito em julgado, de modo que a decisão pelo sobrestamento consta, por exemplo, na Resolução CARF nº 3401-001.387.

Como se observa, houve um cenário com uma grande insegurança jurídica para os contribuintes em que pese a fixação da tese em repercussão geral pelo STF.

No âmbito judicial, não foi diferente. Ainda que a decisão do STF não tivesse transitado em julgado, diversos contribuintes tiveram o trânsito em julgado de suas ações específicas, quer seja na 1ª instância, quer seja na 2ª instância, ainda que não houvesse um posicionamento definitivo sobre qual era o montante a ser excluído.

Ainda que também já se houvesse a fixação da tese em repercussão geral pelo STF desde março de 2017, por maioria de votos, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

classificava a chance de perda de tal processo como possível no âmbito da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Ao mesmo tempo, na seara dos contribuintes, houve uma significativa alteração nas demonstrações financeiras, ora com a reversão de provisões anteriormente constituídas, ora com o reconhecimento de ativos judiciais que deixavam de ser contingentes.

No meu entendimento, deve ser aplicável o entendimento do STF exarado por meio da fixação da tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”, a partir de 15/03/2017, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado.

A título de reforço argumentativo, vale notar que houve o trânsito em julgado do RE 574.706 em 17/09/2021, conforme certidão:

RE 574706
PROCESSO ELETRÔNICO PÚBLICO
REP. GERAL TEMA: 69
INDICADO COMO REPRESENTATIVO (CPC, ART. 1.036, § 1º)
NÚMERO ÚNICO: 0054358-64.2016.1.00.0000
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Origem: PR - PARANÁ
Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA
Relator do último incidente: MIN. CÁRMEN LÚCIA (RE-TPI)

RECTE(S)
ADV.(A/S)
RECDQ.(A/S)
PROC.(A/S)(ES)

IMCOPA IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E INDÚSTRIA DE ÓLEOS LTDA
LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO (52344/RS) E OUTRO(A/S)
UNIÃO
PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (00000/DF)

Informações

Partes

Andamentos

Decisões

Sessão virtual

Deslocamentos

Petições

Recursos

Pautas

30/09/2021

Intimado eletronicamente
PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

27/09/2021

Processo recebido na origem
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

20/09/2021

Intimação eletrônica disponibilizada
Intimação de Despacho, Decisão ou Acórdão - PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

20/09/2021

Publicação, DJE
DJE nº 187, divulgado em 17/09/2021

Despacho

17/09/2021

Processo recebido na origem
TRF4 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região

17/09/2021

Baixa definitiva dos autos, Guia nº
Guia: 69661/2021 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Termo de baixa

17/09/2021

Transitado(a) em julgado
09/09/2021

Certidão de trânsito em julgado

Neste aspecto, aplicável ao caso o §2º do art. 62 do RICARF:

Art. 62. Fica 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.

(...)

§ 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)

Noto ainda que ao modular os efeitos da decisão, o e. STF decidiu que os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, **ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.**

No caso concreto, a presente ação administrativa é anterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual entendo deva ser dado provimento ao recurso especial, sem que haja necessidade de retorno à turma ordinária.

Ante o exposto, voto por CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso da contribuinte, reformando a decisão recorrida no sentido de que o entendimento manifestado pelo STF com a fixação da tese no RE nº 574.706 já seria aplicável desde 15/03/2017, ainda que a decisão não tivesse transitado em julgado.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO - Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido quanto ao provimento do recurso especial sem ressalva de retorno. A maioria do Colegiado concluiu que o provimento do recurso especial impunha o retorno dos autos ao Colegiado *a quo*.

Isto porque, como anotado na declaração de voto aqui apresentada, a Contribuinte, em seu recurso voluntário, deduziu diversos argumentos contra a *indevida inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo dos tributos cobrados* nestes autos, em uma pretensão que inclusive afetaria o IRPJ e a CSLL, além de referir não só o ICMS, como também o ISS, este possivelmente porque sua exclusão do Simples decorreu da acusação de exercício de atividade vedada, concernente a cessão de mão-de-obra. E tais argumentos deixaram de ser apreciados pelo Colegiado *a quo* em razão da afirmação, prejudicial, de que a decisão do RE nº 574.706-PR não seria definitiva.

Em tais circunstâncias, prevalecendo o entendimento em favor da aplicação do RE nº 574.706-PR antes do seu trânsito em julgado, resta afastada a prejudicial e necessário se faz a apreciação dos demais argumentos deduzidos em favor da repercussão de referido julgado nos cálculos da exigência que integra estes autos.

Por tais razões, o provimento do recurso especial deve se dar com RETORNO ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos de defesa que, deduzidos em recurso voluntário, deixaram de ser apreciados no acórdão recorrido.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Esta Conselheira e a maioria do Colegiado acompanharam o I. Relator apenas em sua conclusão de conhecer do recurso especial da Contribuinte, discordando da percepção de que a divergência jurisprudencial se refira à *aplicabilidade imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706*, e compreendendo que o dissídio demonstrado demanda decisão acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Colegiado *a quo* ter aplicado referida decisão antes de seu trânsito em julgado.

Isto porque a Contribuinte, em seu recurso voluntário, deduz diversos argumentos contra a *indevida inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo dos tributos cobrados* nestes autos, em uma pretensão que inclusive afetaria o IRPJ e a CSLL, além de referir não só o ICMS, como também o ISS, este possivelmente porque sua exclusão do Simples decorreu da acusação de exercício de atividade vedada, concernente a cessão de mão-de-obra. E tais argumentos deixaram de ser apreciados pelo Colegiado *a quo* em razão da afirmação, prejudicial, de que a decisão referida não seria definitiva, nos seguintes termos do voto condutor do acórdão recorrido:

Dessa forma, em que pese a existência de decisão judicial que sugere a procedência parcial do pleito recursal (para excluir o ICMS tão somente da base de cálculo do PIS e da COFINS), entendo que por não se tratar de decisão definitiva, ainda não deve ser adotada em todos os seus termos no âmbito administrativo, conforme artigo 62, §2º, do Anexo II, do RICARF.

Vale frisar que a avaliação quanto a constitucionalidade ou não de determinada legislação é ato exclusivo do poder judiciário, não cabendo a este Conselho Administrativo adentrar em matéria que não detém competência para apreciar, vide súmula CARF nº 2.

Já o paradigma nº 3302-008.638, enfrentando objeção de *indevida inclusão de ICMS na base de cálculo de Cofins e PIS*, citou a Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018 e outros precedentes como *exemplos inter plures do acatamento da decisão de plenário do STF no RE nº 574.706-PR, ainda não transitada em julgado*. Na mesma linha, o paradigma nº 3201-005.576, diante de pedido de que fosse *excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS*, vez que o Supremo Tribunal Federal vem sinalizando pela inconstitucionalidade da

inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, traz a conclusão de que 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.

Resta demonstrado, assim, que julgados contemporâneos concluíram, de forma divergente do recorrido, quanto à aplicação do RE nº 574.706-PR antes do seu trânsito em julgado.

Releva observar que os acórdãos comparados referem litígios substancialmente distintos em sua origem. O paradigma nº 3302-008.638 tratou de compensação de pagamento a maior de Cofins, decorrente da inclusão de ICMS em sua base de cálculo, razão pela qual a decisão em favor da aplicabilidade do RE nº 574.706-PR ensejou o provimento do recurso voluntário com *retorno dos autos à unidade de origem para análise do crédito apurado pela Recorrente*. Já o paradigma nº 3201-005.576 teve em conta lançamento de ofício de Cofins e Contribuição ao PIS, acerca do qual o sujeito passivo deduziu diversos questionamentos, inclusive a necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins e da Contribuição ao PIS, do que resultou o provimento parcial do recurso voluntário neste sentido.

Já no recorrido, a negativa de aplicação do RE nº 574.706-PR antes de seu trânsito em julgado se prestou a dispensar o Colegiado *a quo* de avaliar qual o seu alcance em relação à Contribuinte e em face da acusação fiscal que lhe foi dirigida. Daí porque o dissídio jurisprudencial demonstrado no recurso especial não tem o alcance pretendido pela Contribuinte, no sentido de que *seja determinada a exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo dos tributos cobrados no presente feito, quais sejam, Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, ambos apurados na sistemática do lucro presumido, bem como da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Programa de Integração Social – PIS, de acordo com a inteligência do quanto consignado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral*.

Como nenhum dos paradigmas guarda similitude fática com o recorrido que permita ampliar a divergência jurisprudencial para alcançar, também, a aplicabilidade do referido julgado em relação à presente exigência, cabe a esta instância especial decidir, apenas, se subsiste ou não a prejudicial apontada pelo Colegiado *a quo* para não apreciar esta aplicabilidade, qual seja, a inexistência de trânsito em julgado no RE nº 574.706/PR.

Estas os fundamentos para concluir, como o I. Relator, em favor do CONHECIMENTO do recurso especial da Contribuinte.

No mérito, esta Conselheira concorda com o direcionamento dado pelo Colegiado *a quo* à matéria.

Como bem expresso no voto condutor do acórdão recorrido, nos termos do art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática de repercussão geral somente são de reprodução obrigatória pelos Conselheiros do CARF quando definitivas. E o julgado em referência, como demonstrado no recorrido, aguardava julgamento de embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional pretendendo, justamente, a modulação de efeitos da decisão. Assim, restando indefinido minimamente o alcance desta decisão, é inviável a aplicação precária do precedente.

Assim, neste ponto o presente voto é divergente do I. Relator, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA