



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13974.000155/2009-27
Recurso Voluntário
Resolução nº **3402-002.306 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de setembro de 2019
Assunto PIS/COFINS
Recorrente COMÉRCIO E INDÚSTRIA SCHADECK S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, em sobrestar o julgamento do presente processo administrativo na Câmara, até o trânsito em julgado do RE 574.706 (tema 69) do Supremo Tribunal Federal. Vencida a Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula que entendia pelo descabimento do sobrestamento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thais De Laurentiis Galkowicz - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pitondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Muller Nonato Cavalcanti Silva (Suplente convocado), Thais de Laurentiis Galkowicz e Rodrigo Mineiro Fernandes (Presidente). Ausente a Conselheira Cynthia Elena de Campos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (“DRJ”) de Florianópolis no Acórdão 07-28.046, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Contribuinte.

Por bem consolidar os fatos ocorridos até a decisão da DRJ, com riqueza de detalhes, colaciono o relatório do Acórdão recorrido *in verbis*:

Trata o presente processo de pedido de restituição por meio do qual a contribuinte acima qualificada intenta a repetição de recolhimentos que teriam sido indevidamente efetivados a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS entre 01/08/1999 a 31/08/2008.

O motivo para o pleito repetitório seria a indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, o que justificaria a repetição dos recolhimentos na proporção em que tal inclusão foi feita.

Fl. 2 da Resolução n.º 3402-002.306 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13974.000155/2009-27

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville/SC, mediante Despacho Decisório, pelo seu indeferimento, fundamentando que a alegação de inconstitucionalidade e/ou a ilegalidade das disposições legais que ampliaram as bases de cálculo das contribuições não pode ser acatada em sede administrativa em face da vinculação das autoridades fiscais aos atos legais regularmente editados.

Inconformada com o indeferimento de seu pleito, encaminhou a contribuinte, por meio de seu procurador legal, manifestação de inconformidade na qual alega, em síntese, que o ICMS não poderia ser incluído na base de cálculo das contribuições porque não é receita ou faturamento da empresa. Alega que a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições é flagrantemente ilegal e inconstitucional.

Sobreveio então o citado Acórdão da DRJ/FNS, negando provimento à manifestação de inconformidade da Contribuinte, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/1999 a 31/08/2008

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS compõe a base de cálculo do PIS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/08/1999 a 31/08/2008

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS compõe a base de cálculo da Cofins.

A Contribuinte foi cientificada da decisão em 15/08/2012 (AR de fls 72) e, inconformada com a decisão, apresentou recurso voluntário a este Conselho em 06/09/2012 (fls 73 a 77), repisando os argumentos expostos em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz, Relatora.

Como se verifica do relato acima, o recurso voluntário é tempestivo, bem como preenche os demais requisitos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento.

O presente caso tem como ponto fulcral a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

É de amplo conhecimento que o mérito dessa discussão foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2017, no RE 574.706 (Tema 69), culminando em precedente vinculante a favor do pleito dos contribuintes. Nessa oportunidade, confirmando seu próprio entendimento proferido em 2014 no RE 240.785 - por decisão Plenária, mas ainda não afetada por repercussão geral -, os Ministros decidiram pela não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. As razões utilizadas na decisão podem ser sintetizadas em três pontos:

Fl. 3 da Resolução n.º 3402-002.306 - 3ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13974.000155/2009-27

(i) o imposto não guarda relação com a definição constitucional de faturamento, pois o destinatário dos valores advindos do ICMS é o Poder Público, e não o contribuinte;

(ii) sua inclusão representaria afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e

(iii) haveria lesão ao previsto no art. 154–I da Constituição.

Assim, o que resta a saber é em que medida esse entendimento já pode ser esposado por este Conselho, ao apreciar pedidos de restituição fundados na referida tese.

A dúvida advém pelo fato de a Procuradoria da Fazenda Nacional ter oposto embargos de declaração contra o Acórdão proferido pelo Supremo no RE 574.706, em 02/10/2017, sendo que este recurso encontra-se ainda pendente de julgamento. Nos citados embargos, fundados no artigo 1.022 do CPC/2015, a Procuradoria alega que o Acórdão embargado estaria maculado por vícios que possibilitariam a atribuição de efeitos infringentes ao recurso. Outrossim, com base no artigo 927, §3º do CPC de 2015, requer a modulação dos efeitos do julgado, sob o argumento central impactos financeiro-fiscais da decisão aos Cofres da União.

Na qualidade de *custos legis*, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer em 04/06/2019, opinando pelo parcial provimento do recurso, somente para “que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste recurso paradigmático tenha eficácia pro futuro, a partir do julgamento destes declaratórios.”

Diante desse quadro, e conforme já adiantado, pergunta-se: como deve proceder o CARF? Desde logo aplicar esse entendimento?

Isto porque o artigo 62, §2º do RICARF somente impõe como vinculantes ao CARF as decisões de mérito exaradas pelos Tribunais Superiores, seja na sistemática dos recursos repetitivos, seja na forma de repercussão geral. Confira-se:

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.

Não há dúvidas de que é o trânsito em julgado que revela a imutabilidade da decisão judicial, sobre a qual recai a coisa julgada material e, assim, a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (artigo 502 do CPC/2015). Disso, concluir-se-ia que não é ainda o caso de aplicação do quanto decidido no RE 574.706, uma vez que ainda não encontra-se transitado em julgado.

De outro lado, o artigo 1.026 do CPC afirma que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo.

Ademais, no STJ atualmente as “antigas decisões definitivas de mérito” não valem mais.

Com efeito, em abril de 2017 a 1ª Turma do STJ analisou quatro casos sobre o tema. Por unanimidade, os Ministros votaram para que o entendimento do STF fosse seguido nos REsp 1.536.341 / 1.536.378 / 1.547.701 / 1.570.532, sendo deixada de lado a jurisprudência da

Fl. 4 da Resolução n.º 3402-002.306 - 3ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13974.000155/2009-27

própria casa no sentido de que o ICMS compunha a base de cálculo das Contribuições Sociais em questão (Súmulas 68 e 94 do STJ e Resp 1.144.469, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos).

Tal decisão faz coro com a conduta da Primeira Seção do STJ que, na sessão de 27 de março de 2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REspS 1.624.297-RS, 1.629.001-SC e 1.638.772-SC, determinou o cancelamento das Súmulas n. 68 e 94 STJ.

Assim, tampouco é o caso de aplicação da antiga jurisprudência do STJ, como se definitiva fosse, com base no artigo 62, §2º do RICARF, para resolver casos como o presente.

Em suma, não há decisão final de caráter geral e vinculante, seja do STJ ou do STF, que determine como deve ser julgado o mérito da questão debatida por esse Colegiado. **In casu, tampouco existe decisão judicial individual por parte da Contribuinte.**

Nestes termos é que se poderia propor o encaminhamento do processo para julgamento de mérito segundo a livre convicção dessa relatora a respeito do cabimento ou não da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS. Todavia, entendo que tal conduta vai na contramão dos ditames que regem o direito processual civil e o processo administrativo fiscal. Explico.

A potencial modulação de efeitos da decisão proferida pelo STF no RE 574.706, conjuntamente com uma antecipação do julgamento do mérito de processos administrativos como o presente, podem trazer consequências nefastas.

Para comprovar tal assertiva, basta refletir sobre as seguintes situações: i) este Tribunal Administrativo concede o crédito requerido pelos contribuintes, com base na *ratio decidendi* encampada pelo STF no RE 574.706. Posteriormente, aquela Egrégia Corte resolve acatar o pedido da PGFN de modulação de efeitos da decisão, de modo que os regulares efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade passam a ser *ex nunc*, inexistindo portanto direito a restituição de tributos referentes ao passado. Nesta hipótese, a Fazenda Pública teria que lançar mão de diversos expedientes processuais para buscar reverter a decisão do CARF (e.g. ação rescisória, impugnação à execução de título judicial, ação anulatória, incidente administrativo de nulidade da decisão, a depender do caso concreto); ii) o CARF nega a pretensão ao crédito do contribuinte. Nessa hipótese, caso o STF decida afastar o pedido de modulação de efeitos, por entender inexistentes os requisitos legais para tanto (interesse social e segurança jurídica, com base no artigo 927, §3º do CPC), aí será ao contribuinte que caberá correr atrás do prejuízo, ajuizando ação anulatória da decisão administrativa que negou o pedido de restituição de indébito indevidamente (artigo 169 do CTN).

Tanto em uma como eu outra situação observamos uma potencial multiplicação de litígios, administrativa ou judicialmente, para tratar dos mesmos créditos que hoje já são objeto de processos a serem julgados pelo CARF.

Lembre-se ainda que não cabe aqui elucubrar a respeito da modulação de efeitos do RE 574.706 ser uma medida acertada ou não. Não está em nossa alçada tal discussão. O que é importante saber é que essa possibilidade existe, já que os argumentos financeiro e de mudança de jurisprudência - como elemento de quebra de expectativa - já foram acatados pelo Supremo para modular efeitos de decisões em matéria tributária em outras oportunidades (REs 560.626 e 556.664 e RE n. 593.849).

Assim é que ganha força o entendimento pela necessidade de se aguardar o julgamento definitivo do STF no RE 574.706, sobrestando esse processo administrativo (artigo

Fl. 5 da Resolução n.º 3402-002.306 - 3ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13974.000155/2009-27

1.035, §5º do CPC), com base na aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo fiscal (artigo 15 do CPC), o qual expressamente assim determina:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Afinal, inexiste norma nesse sentido, seja no Regimento Interno do CARF, seja no Decreto 70.235/72, ou mesmo na Lei 9.784/99. Por isso, tais diplomas não de ser integrados pelo *Codex* processual nesse aspecto.

Outrossim, o artigo 2º da Lei 9.784/99 determina que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Sobressaem os citados princípios tendo em vista principalmente que o RE 574.706 está incluído no calendário de julgamento do STF para a data de 05/12/2019. Ou seja, em breve a controvérsia será definitivamente pacificada por quem tem competência para tanto, sendo de fato uma solução razoável aguardar tal julgamento.

Paralelamente o artigo 926 do CPC nos lembra que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Tudo isso vem corroborar a necessidade de aguardar o julgamento definitivo do STF no RE 574.706, sob pena de ser proferida decisão que terá lugar no sistema jurídico somente de passagem, e ainda com grandes possibilidade de, ao invés de cumprir o seu papel de por fim aos litígios, somente serviria para renová-los.

Destaco as Resoluções CARF n. 3401-001.380 e 3401-001.387, que decidiram justamente pelo sobrestamento de processo análogo ao presente.

Ainda saliento que o próprio STF mudou a sua orientação original no sentido de que para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral (artigo 1.040, inciso I do CPC) não é necessário o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos. Em suas últimas decisões sobre o tema, o STF está determinando a aplicação do rito da repercussão geral, com o retorno dos autos à origem, mas determinando que se aguarde o julgamento dos embargos de declaração opostos.

Confira-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli no exercício da Presidência:

Este Supremo Tribunal submeteu as questões trazidas no presente processo à sistemática da repercussão geral (Recurso Extraordinário n. 574.706, Tema nº 69): repercussão geral reconhecida e mérito julgado.

É certo que o Plenário da Suprema Corte já assentou que a publicação do acórdão de mérito de tema com repercussão geral reconhecida autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria. Vide:

“(…) 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” (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18).

Entretanto, a eminente Ministra Cármen Lúcia, Relatora do feito paradigma da repercussão geral, em situações idênticas a dos autos, tem determinado a devolução dos processos para que a Corte de origem aplique a sistemática da repercussão geral no caso em tela.

Fl. 6 da Resolução n.º 3402-002.306 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13974.000155/2009-27

Pelo exposto, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que, após a conclusão do julgamento dos embargos de declaração no RE nº 574.706/PR, sejam observados os procedimentos previstos nos incs. I e II do art. 1.030 do Código de Processo Civil (al. c do inc. V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).” (ARE 1.202.614)

Também há decisões, no mesmo sentido, proferidas pelos Min. Marco Aurélio (RE 1.210.319 e RE 1.224.210); Ricardo Lewandowski (RE 1.199.659 e RE 1.212.746) e Cármen Lúcia (Re 1.207.394, RE 1.179.092 e ARE 1.208.162).

Dessarte, voto para que seja sobrestado o julgamento do presente processo administrativo na Câmara, até o trânsito em julgado do RE 574.706 (tema 69) do Supremo Tribunal Federal. Após, com o trânsito em julgado certificado nesses autos, retornem para julgamento nos termos regimentais.

(documento assinado digitalmente)

Thais de Laurentiis Galkowicz