



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14098.720154/2014-06
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.654 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 13 de julho de 2023
Recorrente VESPOR AUTOMOTIVE DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. INTIMAÇÃO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS CUJA REVELIA FOI DECLARADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. SANEAMENTO DESNECESSÁRIO. Os sujeitos passivos alcançados por declaração de revelia em primeira instância somente se sujeitam a intimação para cobrança do crédito lançado, não lhes sendo permitida a interposição de recursos na continuidade do contencioso administrativo.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. Se o paradigma indicado foi editado em contexto fático diverso 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.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida e conhecer do Recurso Especial. No mérito, 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, deu-se provimento ao recurso com retorno dos autos ao colegiado a quo, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento ao recurso, e o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou pelo provimento parcial com retorno ao colegiado a quo. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Luciano Bernart (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausentes momentaneamente os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por VESPOR AUTOMOTIVE DISTRIBUIDORA DE AUTOPEÇAS LTDA ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-002.815, na sessão de 12 de março de 2018, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário e, de ofício, excluída a responsabilidade imputada a Alonso Zacarias da Silva, nos seguintes termos:

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a arguição de nulidade da decisão recorrida por ausência de intimação quanto à sessão de julgamento da DRJ, e, por maioria de votos, rejeitar a arguição de nulidade do lançamento em razão de vício na ciência do Termo de Ciência de Lançamento(s) e Encerramento Total do Procedimento Fiscal Responsabilidade Tributária ao coobrigado Alonso Zacarias da Silva, e, de ofício, excluí-lo do polo passivo da obrigação tributária, vencido o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza que votou pela intimação da Procuradoria da Fazenda para que se manifestasse sobre o interesse, ou não, de exclusão do coobrigado do polo passivo da obrigação tributária. No mérito: (i) quanto às infrações imputadas e a multa cominada, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário; (ii) por voto de qualidade, negar provimento quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Bianca Felícia Rothschild.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

FALTA DE INTIMAÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DO JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE DA DECISÃO. IMPROCEDÊNCIA.

É improcedente a alegação de nulidade da decisão recorrida quando o julgamento obedece ao rito processual definido para os julgamentos de primeira instância, em relação aos quais inexistente previsão legal de intimação prévia para acompanhamento da sessão de julgamento

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. VÍCIO NA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO A COOBRIGADO EXCLUÍDO DE OFÍCIO DO POLO PASSIVO. AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O vício na ciência do lançamento a coobrigado excluído de ofício do polo passivo não enseja a nulidade do lançamento fiscal para o sujeito passivo que, regularmente cientificado dos autos de infração, exerceu o direito à ampla defesa e ao devido processo legal.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. BLINDAGEM PATRIMONIAL. INTERPOSIÇÃO DE SÓCIOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL.

A prática dos procedimentos de blindagem patrimonial, constituição de sociedades mediante utilização de terceiros sem capacidade econômica e confusão patrimonial caracterizam a existência de um grupo econômico de fato.

SUJEIÇÃO PASSIVA. EMPRESAS DE FACHADA. EMPRESA OPERACIONAL. CONTRIBUINTE.

A pessoa jurídica operacional que utiliza as contas bancárias de empresas de fachada para recebimentos e pagamentos de suas atividades próprias é contribuinte em virtude de sua relação direta e pessoal com as situações que constituem os fatos geradores.

ARBITRAMENTO. RECEITA BRUTA CONHECIDA. OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

Correta a apuração da base de cálculo mediante a aplicação dos percentuais de presunção previstos na legislação, acrescidos de vinte por cento, sobre a receita bruta conhecida acrescida das omissões de receitas apuradas com base em depósitos bancários realizados nas contas das empresas de fachada.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO E CONLUÍO. PROCEDÊNCIA.

Procedente a aplicação da multa qualificada de 150% face à prática reiterada de declarar receitas inferiores às auferidas, com a utilização de empresas de fachada para diluir a movimentação financeira da empresa principal, o que demonstra o ajuste doloso entre os sócios de fato e demais interessados e caracteriza as hipóteses de sonegação e conluio.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE PRINCIPAL E MULTA DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora devidos à taxa Selic.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL, COFINS E PIS.

Aplica-se a mesma solução dada ao litígio principal, IRPJ, em razão do lançamento estar apoiados nos mesmos elementos de convicção.

COFINS E PIS. OMISSÃO DE RECEITAS. ALÍQUOTAS.

Constatada a existência de vendas de produtos não sujeitos à tributação monofásica das contribuições para a COFINS e PIS e, diante da impossibilidade de identificar a alíquota

aplicável às receita omitidas, correta a aplicação das alíquotas de 3% e 0,65%, nos termos do § 4º do art. 24 da Lei nº 9.249/95.

ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E PIS. EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal, exceto ns casos de substituição tributária, para exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro e o faturamento apurados no ano-calendário 2009 a 2012 a partir da investigação de sonegação na “Operação Laranja Mecânica”, mediante constituição de empresas de fachadas que eram sucessivamente abandonadas. O lucro foi arbitrado, a penalidade qualificada e houve imputação de responsabilidade tributária a 27 (vinte e sete) sujeitos passivos. A autoridade julgadora de 1ª instância declarou improcedentes as impugnações apresentadas (e-fls. 31213/31266). O Colegiado *a quo*, por sua vez, negou provimento aos recursos voluntários, mas excluiu, de ofício, a responsabilidade tributária de Alonso Zacarias da Silva (e-fls. 31474/31525).

Registre-se que a autoridade julgadora de 1ª instância declarou a revelia dos 27 (vinte e sete) responsáveis tributários, porque apenas a Contribuinte apresentou impugnação. Somente a Contribuinte apresentou recurso voluntário, mas a responsabilidade tributária de Alonso Zacarias da Silva foi excluída por vício na ciência do lançamento que lhe foi dirigida. Distintamente da decisão de 1ª instância, cientificada apenas à impugnante, a decisão do recurso voluntário foi cientificada à maior parte dos responsáveis tributários antes declarados revéis. As intimações dirigidas a José Dario Tolardo, José Osni dos Santos e Maria Silene Tolardo não foram entregues em seus domicílios fiscais e não foi promovida a intimação por edital (e-fls. 31795/31912)

Cientificada da decisão, a PGFN não interpôs recurso especial (e-fl. 32005).

Cientificada em 08/10/2018 (e-fls. 31796), a Contribuinte opôs embargos de declaração em 11/10/2018 (e-fls. 31631/31794), aditando-o em 06/03/2019 para requerer a reinclusão do responsável tributário Alonso Zacarias da Silva (e-fls. 31831/31834). As duas petições foram rejeitadas em exame de admissibilidade (e-fl. 31891/31897) cientificado à Contribuinte em 03/07/2019 (e-fl. 31914). Na sequência, em 09/07/2019, a Contribuinte interpôs recurso especial (e-fls. 31915/31960), no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 31963/31982, do qual se extrai:

Primeira matéria - exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS/COFINS – “vinculação prevista no art. 62, § 2º, Anexo II da Portaria MF nº 303/2015” (RICARF)

No que tange à primeira matéria, a Recorrente invoca dissídio nos seguintes termos:

1 “A Recorrente sustentou nas razões do Recurso Voluntário que à luz da interpretação do “conforme a Constituição Federal”, resta defeso a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS/COFINS.

2 - Pois bem, depreende-se do v. acórdão recorrido que no julgamento do RE 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral, realizado em 15/03/2017, o Supremo Tribunal Federal, também decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS. “Entretanto, em 19/10/2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Assim, por não se tratar de decisão

definitiva de mérito, não está caracterizada a hipótese de vinculação prevista no art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015."

3 - Contudo, a 1ª Turma da 2ª Câmara, da 3ª Seção, ao julgar o Recurso Voluntário 10880674262/2011-61 - cópia anexa do acórdão - decidiu ser aplicada a regra prevista no art. 62, § 2º, do atual RICARF, em face do julgamento proferido no RE 574406, que por sua vez, ratificou o entendimento defendido pela ora Recorrente.

(...)

A) Preliminarmente, a fim de afastar o impeditivo previsto no § 1º do artigo 67 do RICARF, a ora Recorrente aponta como interpretado de forma divergente o alcance do artigo 2º da Lei 9.718/98 e em face da regra prevista no art. 62, § 2º, do atual RICARF, decorrente do julgamento proferido no RE 574406, bem como o art. 61, § 3º da Lei n. 9.430/1996.

(...)

8 - De salientar, portanto, que na primeira questão objeto do presente inconformismo, a Recorrente entende que deve prevalecer o entendimento proferido pelo STF nos autos do RE 574406 e ratificado no acórdão apontado com o paradigma e, sem prejuízo de não se tratar de decisão definitiva, deve ser aplicada a regra prevista no artigo 62, parágrafo 2º do RICARF."

(grifamos)

A divergência proposta é quanto a se a decisão proferida pelo STF, no julgamento do RE 574406, vincula as decisões do CARF na forma do art. 62, § 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, obrigando o Conselho a reconhecer a exclusão do ICMS na apuração das bases de PIS e COFINS.

A Recorrente afirma: a) que o acórdão recorrido negou o efeito vinculante porque a decisão do STF no RE 574406 não é definitiva, e em consequência, manteve o lançamento objeto do presente processo (em que o ICMS fora computado na base de cálculo); e b) que o paradigma reconheceu o efeito vinculante da decisão do STF no RE 574406, apesar de não se tratar de decisão definitiva.

Transcrevemos o art. 62, § 2º, do RICARF, que trata do efeito vinculante de decisões definitivas de mérito proferidas pelos tribunais superiores, no julgamento de recursos repetitivos.

"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)"

Portanto, a divergência proposta é quanto à imediata aplicação (por força do art. 62, § 2º, Anexo II do RICARF) da decisão do STF no RE 574.406, para exclusão do ICMS na apuração das bases de PIS e COFINS.

Reproduzimos a seguir os trechos do acórdão recorrido pertinentes à matéria suscitada.

Do voto condutor do acórdão recorrido:

“Relativamente ao argumento específico da não inclusão de ICMS na base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS, afirma a recorrente que não se trata de efetivar o controle de constitucionalidade das normas federais, mas sim de interpretar a legislação conforme a Constituição. Aduz que o STF julgou de forma definitiva a questão ao afastar o ICMS da base impositiva das contribuições, conforme depreende-se do julgamento do RE 240.785.

Independentemente de ser o caso de controle da constitucionalidade ou de interpretação conforme a Constituição, o fato é que a Lei nº 9.718/98, utilizada como base legal dos autos de infração em litígio, ao definir a base de cálculo das contribuições assim dispôs:

Art. 2- As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. **(Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)**

Art. 3a O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. **(Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)**

[...]

§2- Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2-, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

[■■■]

(destaques do original)

Verifica-se, portanto, que inexistente previsão legal, exceto nos casos de substituição tributária, para exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo das referidas contribuições.

Com relação ao RE 240.785, mencionado pela recorrente em sua defesa sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, referido julgamento foi concluído em 2014, tendo sido dado provimento ao recurso do contribuinte. Entretanto, referida decisão não foi proferida em repercussão geral, motivo pelo qual não vincula o presente julgamento, nos termos do art. 62, § 2o, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015:

(...)

No julgamento do RE 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral, realizado em 15/03/2017, o Supremo Tribunal Federal, também decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS. Entretanto, em 19/10/2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Assim, por não se

tratar de decisão definitiva de mérito, não está caracterizada a hipótese de vinculação prevista no art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015:

Diante do exposto, e considerando o disposto no art. 62 do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015, não merece ser acolhido o pleito da recorrente para exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS.”

(grifamos)

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 a referida decisão não era definitiva.

Passamos ao exame do paradigma, acórdão nº 3201-004.139, transcrevendo os trechos relacionados à matéria em exame.

Do voto condutor no paradigma nº 3201-004.139:

“O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF 343, de 9 de junho de 2015, aplicando-se, portanto, ao presente litígio o decidido no Acórdão 3201-004.124, de 25/07/2018, proferido no julgamento do processo nº 10880.674237/2011-88, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcreve-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (Acórdão 3201-004.124):

Assiste razão à 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.

(...)

O Supremo Tribunal Federal STF já está a aplicar o entendimento firmado em outros processos (...).

(...)

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.

(...)

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.(...)

(...)

Importa registrar que, nos presentes autos, as situações fática e jurídica encontram correspondência com as verificadas no paradigma, de tal sorte que o entendimento lá esposado pode ser perfeitamente aqui aplicado.

Portanto, aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do Anexo II do RICARF, o colegiado decidiu dar provimento ao Recurso Voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS, 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 (...).”

Veja-se que o paradigma invoca, como fundamento, outra decisão do Colegiado, dentro da sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF); a decisão invocada, por sua vez, busca fundamento em posicionamentos do STJ e do STF, no sentido de que a existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF – como seria o caso do RE 574.706 – autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do referido precedente.

Ainda que o paradigma não examine a questão à luz do art. 62, § 2º, do Anexo II do RICARF (como faz o acórdão recorrido), e busque fundamento em posicionamentos do próprio CARF, do STJ e do STF, é fato que a questão subjacente – a matéria afinal decidida – é a mesma da divergência em exame, qual seja: a aplicabilidade imediata do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706, para exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS.

Assim sendo, entendemos devidamente demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma nº 3201-004.139, no que tange à aplicabilidade imediata da decisão proferida pelo STF no RE 574.706, para exclusão do ICMS na apuração das bases de PIS e COFINS.

Segunda matéria – aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício

[...]

Terceira matéria – vício pela falta de intimação de um coobrigado solidário

[...]

IV – Conclusão

Propomos que SEJA DADO SEGUIMENTO PARCIAL ao Recurso Especial do sujeito passivo, considerando demonstrada a divergência apenas quanto à primeira matéria suscitada – aplicabilidade imediata do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706, para exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS. *(destaques do original)*

Entre a admissibilidade do recurso especial e a inclusão dos autos em sorteio, a Contribuinte e o responsável tributário Alonso Zacarias da Silva apresentaram requerimentos examinados conforme despachos de e-fls. 32145/32147 e 32173/32174. Contra o seguimento parcial do recurso especial foi apresentado agravo que restou rejeitado conforme e-fl. 32008/32019, cientificado à Contribuinte em 10/12/2020 (e-fl. 10/12/2020). Antes da apreciação do agravo, constatou-se que a PGFN não fora cientificada do acórdão que excluiu a responsabilidade tributária de Alonso Zacarias da Silva mas, com o conhecimento da decisão, a PGFN não interpôs recurso especial (e-fl. 32005).

Na parte admitida de seu recurso especial, a Contribuinte aduz:

Pois bem, depreende-se do v. acórdão recorrido que no julgamento do RE 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral, realizado em 15/03/2017, o Supremo Tribunal Federal, também decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS.

“Entretanto, em 19/10/2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Assim, por não se tratar de decisão definitiva de mérito, não está caracterizada a hipótese de vinculação prevista no art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015.”

03 - Contudo, a 1ª Turma da 2ª Câmara, da 3ª Seção, ao julgar o Recurso Voluntário 10880674262/2011-61 – cópia anexa do acórdão - decidiu ser aplicada a regra prevista no art. 62, § 2º, do atual RICARF, em face do julgamento proferido no RE 574406, que por sua vez, ratificou o entendimento defendido pela ora Recorrente.

Diz que a divergência recai sobre *o alcance do artigo 2º da Lei 9.718/98 e em face da regra prevista no art. 62, § 2º, do atual RICARF, decorrente do julgamento proferido no RE 574406*. Afirmar o prequestionamento da matéria, transcreve excertos dos acórdãos recorrido e paradigma e acrescenta:

08 - De salientar, portanto, que na primeira questão objeto do presente inconformismo, a Recorrente entende que deve prevalecer o entendimento proferido pelo STF nos autos do RE 574406 e ratificado no acórdão apontado com o paradigma e, sem prejuízo de não se tratar de decisão definitiva, deve ser aplicada a regra prevista no artigo 62, parágrafo 2º do RICARF.

Finaliza afirmando seu entendimento de que *nos moldes do Decreto 70.235/72, em seu art. 59, inciso II, todos os responsáveis originalmente declinados como responsáveis devem ser formalmente intimados para apresentar seus argumentos, de modo que se não houver a intimação de todos, haverá cerceamento de defesa para todos os demais, inclusive para a Recorrente no presente caso*.

Pede, assim, que o recurso especial seja admitido e reformada a decisão recorrida, de modo que prevaleça o entendimento dos paradigmas.

Os autos foram remetidos à PGFN em 21/06/2021 (e-fls. 32123), e retornaram em 06/07/2021 com contrarrazões (e-fls. 32124/32131) nas quais a PGFN expõe que *o acórdão proferido no RE 574.706/PR ainda não transitara em julgado, ao passo que o Regimento Interno do CAREF dispõe de forma expressa que somente serão reproduzidas decisões definitivas proferidas pelos Tribunais Superiores*. Adiciona que *o acórdão proferido REsp 1144469/PR que tratou da mesma temática, em sede de julgamento de recurso repetitivo, também sob o amparo da norma que demanda a sua reprodução obrigatória no âmbito do CAREF, julgou em sentido diverso e já teve seu trânsito em julgado certificado em 13/03/2017*. Depois de transcrever sua ementa, finaliza consignando que:

Portanto, somente o valor de ICMS cobrado nas operações submetidas ao regime de substituição tributária pode ser excluído da base de cálculo das citadas Contribuições. A contrário senso, o valor do ICMS cobrado nas demais modalidades de operações, por falta de previsão legal, deve compor a referida base cálculo. É nessa última previsão que se enquadra o presente caso.

Diante do exposto, fica evidenciada a necessidade de manutenção do acórdão recorrido.

Requer, assim, que seja negado provimento ao recurso especial da Contribuinte.

Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Preliminarmente observe-se que não demandam saneamento as deficiências antes relatadas, verificadas na ciência do acórdão de recurso voluntário aos responsáveis tributários José Dario Tolardo, José Osni dos Santos e Maria Silene Tolardo. A Contribuinte menciona, em seu recurso especial, que a falta de intimação dos responsáveis para apresentação de seus argumentos contra o acórdão de recurso voluntário caracterizaria *cerceamento de defesa para todos os demais, inclusive para a Recorrente no presente caso*. Contudo, como também relatado, os responsáveis tributários não integraram o contencioso administrativo, vez que não impugnaram a exigência ou a imputação de responsabilidade tributária que lhes foi dirigida, inclusive sendo declarada sua revelia na decisão de 1ª instância. Logo, a intimação dos responsáveis, em tais circunstâncias, presta-se apenas à cobrança amigável do crédito tributário mantido nas decisões, tanto de 1ª, como de 2ª instância, vez que, por não integrarem litígio, não poderia lhes ser facultada a interposição de recurso voluntário, quanto menos de recurso especial de divergência. Assim, o saneamento da ciência daqueles responsáveis deve ser promovido nos autos para os quais foi destacada a parcela do crédito tributário não litigiosa, e em nada afeta a apreciação do recurso especial interposto pela Contribuinte.

O Decreto nº 70.235/72 não detalha as providências na hipótese de lançamentos formalizados contra múltiplos sujeitos passivos:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 32. As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculos existentes na decisão poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento do sujeito passivo.

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Mas o Decreto nº 7.574/2010, ao regulamentá-lo, assim dispôs:

Art. 54. **Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável** (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 21, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º).

§ 1º No caso de identificação de impugnação parcial, não cumprida a exigência relativa à parte não litigiosa do crédito, o órgão preparador, antes da remessa dos autos a

julgamento, providenciará a formação de autos apartados para a imediata cobrança da parte não contestada, consignando essa circunstância no processo original.

§ 2º Esgotado o prazo de cobrança amigável sem que tenha sido pago ou parcelado o crédito tributário, o órgão preparador encaminhará o processo à autoridade competente para promover a cobrança executiva.

[...]

Art. 56. A impugnação, formalizada por escrito, instruída com os documentos em que se fundamentar e apresentada em unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo, bem como, remetida por via postal, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência, instaura a fase litigiosa do procedimento (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 14 e 15).

§ 1º Apresentada a impugnação em unidade diversa, esta a remeterá à unidade indicada no caput.

§ 2º Eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.

§ 3º **No caso de pluralidade de sujeitos passivos, caracterizados na formalização da exigência, todos deverão ser cientificados do auto de infração ou da notificação de lançamento, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.**

§ 4º Na hipótese do § 3º , **o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo,** a partir da data em que cada um deles tiver sido cientificado do lançamento.

[...]

Art. 68. O órgão preparador dará ciência da decisão ao sujeito passivo, **intimando-o, quando for o caso, a cumpri-la** no prazo de trinta dias, contados da data da ciência, **facultada a apresentação de recurso voluntário** no mesmo prazo (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 31 e 33).

Art. 69. Da decisão de primeira instância não cabe pedido de reconsideração (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 36).

[...]

Art. 73. O recurso voluntário total ou parcial, que tem efeito suspensivo, **poderá ser interposto contra decisão de primeira instância contrária ao sujeito passivo**, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da decisão (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 33).

Art. 74. O recurso voluntário total ou parcial, mesmo perempto, deverá ser encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 35). *(destacou-se)*

Nestes termos, são tratados de forma individualizada os vínculos processuais de cada sujeito passivo. Não sendo apresentada impugnação pelos responsáveis tributários, deve ser declarada sua revelia e somente não se prossegue na cobrança do crédito tributário contra eles porque há outro recurso administrativo que suspende a sua exigibilidade, como também firmado na Instrução Normativa RFB nº 1.862/2018:

Art. 4º Todos os sujeitos passivos autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura do prazo estabelecido no inciso V do art. 10 do Decreto nº

70.235, de 6 de março de 1972, para que a exigência seja cumprida ou para que cada um deles apresente impugnação.

§ 1º A impugnação a que se refere o caput poderá ter por objeto o crédito tributário e o vínculo de responsabilidade, conforme o caso.

§ 2º O prazo para impugnação a que se refere o caput é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que cada um deles tiver sido cientificado do lançamento.

Art. 5º A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica à hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que produzirá efeitos somente em relação ao impugnante.

§ 2º O processo será encaminhado para julgamento somente depois de transcorrido o prazo concedido a todos os autuados para a apresentação de impugnação.

§ 3º No caso de processo em que houve impugnação relativa ao crédito tributário e ao vínculo de responsabilidade, e em que posteriormente houver interposição de recurso voluntário relativo apenas ao vínculo de responsabilidade, a exigência relativa ao crédito tributário torna-se definitiva para os demais autuados que não recorreram.

§ 4º A desistência de impugnação ou de recurso por um autuado não implica a desistência das impugnações e dos recursos interpostos pelos demais autuados.

§ 5º A decisão definitiva que afastar o vínculo de responsabilidade produzirá efeitos imediatos.

Art. 6º Na hipótese da realização do procedimento de diligência ou de perícia a que se refere o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, todos os sujeitos passivos serão cientificados do resultado e poderão manifestar-se no prazo de 30 trinta dias.

Art. 7º Não cumprida a exigência nem impugnado o crédito tributário lançado, será declarada a revelia para todos os autuados.

Parágrafo único. No caso de impugnação interposta por autuado que tenha por objeto apenas o vínculo de responsabilidade, a revelia opera-se em relação aos demais autuados que não impugnaram o lançamento. (destacou-se)

No presente caso, como a Contribuinte impugnou a exigência, a revelia dos responsáveis tributários não autoriza que deles seja cobrado o crédito tributário. A decisão de 1ª instância, inclusive, traz isto expresso em seu voto condutor:

6.1 Apesar de todos estarem devidamente cientificados do auto de infração, não apresentaram suas respectivas Impugnações, de forma que para todos operar-se-á a revelia em relação à citada nomeação, concluindo-se não haver qualquer controvérsia quanto a este aspecto do lançamento.

6.2 De se citar o art. 9º, da Portaria RFB 2284/2010, verbis:

Art. 9º Não cumprida a exigência e nem impugnado o crédito tributário lançado, será declarada a revelia para todos os autuados.

6.3 Contudo, mesmo diante da preclusão do prazo recursal quanto aos 27 (vinte e sete) responsáveis solidários, registre-se que a impugnação tempestiva apresentada pelo contribuinte V.A. suspende a exigibilidade do crédito tributário também em relação ao

responsáveis solidários, consoante o disposto do art. 7º da mencionada Portaria RFB, a saber:

Art. 7º A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

[...]

Por todo o exposto, consolido o voto para

- Declarar a revelia em relação aos 27 (vinte e sete) responsáveis solidários, relacionados no item 6 do voto, pela falta de apresentação de Impugnação, e a inexistência de controvérsia quanto a este aspecto do lançamento;
- Declarar a suspensão da exigibilidade do crédito em relação aos responsáveis solidários, em face da apresentação de Impugnação por parte da VESPOR AUTOMOTIVE DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS LTDA;

De outro lado, como os responsáveis tributários não se integraram o contencioso administrativo, descabe facultar-lhes interposição de recurso voluntário ou recurso especial.

Inexiste, assim, qualquer saneamento a ser promovido nestes autos.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

Embora não haja contestação ao conhecimento do recurso especial na parte conhecida, importa ter em conta que, como observado no exame de admissibilidade, o paradigma indicado não examinou *a questão à luz do art. 62, § 2º, do Anexo II do RICARF (como faz o acórdão recorrido)*, embora tenha decidido pela *a aplicabilidade imediata do entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706, para exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS*.

Este aspecto recentemente foi objeto de debate neste Colegiado, que concluiu, em circunstâncias semelhantes, que o dissídio jurisprudencial se limitaria a definir se há aplicabilidade imediata, ou não, do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sem decidir sobre as consequências em caso positivo. Neste sentido foi o voto declarado por esta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.271¹:

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

¹ 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), e votaram pelas conclusões do relator (Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto), no conhecimento, 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.

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), 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.

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.

Também aqui, o paradigma indicado – Acórdão nº 3201-004.139 – teve em conta pedido de restituição de Contribuição ao PIS por indevida inclusão de ICMS em sua base de cálculo. Já o recorrido, embora trate de exigências de Contribuição ao PIS e de COFINS, formuladas em sistemática cumulativa como reflexo de arbitramento dos lucros, este determinado, em parte, a partir de notas fiscais eletrônicas emitidas pela Contribuinte, vê-se que a exclusão do ICMS é questão trazida somente em recurso voluntário, e solucionada apenas sob a ótica da negativa de competência do Colegiado do CARF na aplicação de decisão do Supremo Tribunal Federal ainda pendente de embargos de declaração. Assim, nenhuma das instâncias administrativas analisou materialmente a possibilidade de existir o direito alegado.

Note-se que em recurso voluntário a Contribuinte parece indicar que tal argumentação teria sido deduzida em impugnação, mas fato é que ela não foi apreciada na decisão de 1ª instância. Além disso, embora o direito seja pleiteado hipoteticamente, fato é que seu reconhecimento demanda a confirmação da adequação da base de cálculo aqui autuada à hipótese decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por tais razões, também aqui, *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.* Estes os contornos, portanto, para o CONHECIMENTO do recurso especial da Contribuinte.

Recurso especial da Contribuinte - Mérito

No mérito, esta Conselheira reitera o voto vencido declarado no Acórdão nº 9101-006.271:

Como bem expresse 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.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Redator designado.

Com a devida vênia ao voto da ilustre conselheira relatora, apresento aqui voto divergente.

Trata-se de tema extremamente relevante, de modo que a discussão é comumente chamada de “tese do século”.

A divergência do assunto surge diante do julgamento em 17/03/2017 pelo Pleno do STF fixando em sede de repercussão geral a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Ocorre que o acórdão que fixou a referida tese foi objeto de embargos de declaração. Entre a fixação da tese em 17/03/2017 e o julgamento definitivo dos embargos em 13/05/2021 diversos casos permaneceram sendo analisados tanto no âmbito do processo administrativo quanto no âmbito do processo judicial.

Nesse ínterim, foi possível observar as mais diversas posturas por parte dos julgadores deste Conselho. Houve turmas em que preponderou o entendimento pela validade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que não havia julgamento transitado em julgado em repercussão do STF até aquele momento. Por outro lado, houve turmas em que prevaleceu o entendimento de que já podia ser aplicado o entendimento do STF, visto que a tese já havia sido fixada em sede de repercussão geral, de modo que o ICMS deveria ser excluído das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Por fim, houve turmas que sobrestaram o julgamento para o momento em que houvesse o trânsito em julgado da questão ou até mesmo converteram o julgamento em diligência no sentido de que somente fosse julgado quando ocorresse o trânsito em julgado.

Cumprе destacar que o trânsito em julgado do RE 574.706/PR ocorreu em 09/09/2021. O referido acórdão restou assim ementado:

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 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): 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 acórdão de embargos ficou assim ementado:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

(RE 574706 ED, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

Referida decisão é vinculante, nos termos do art. 62, §2 do RICARF, devendo ser adotada. Todavia, ainda que antes do trânsito em julgado, já havia sido fixada no julgamento de março de 2017 a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência de PIS e COFINS, de modo que ela já poderia ser aplicada nos julgamentos do CARF sem que houvesse a necessidade do trânsito em julgado.

Ante todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial na parte conhecida com retorno dos autos ao colegiado *a quo*.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Este conselheiro, embora tenha divergido da conclusão do voto proferido pela d. conselheira relatora, o fez parcialmente, na medida em que concorda com a sua análise de mérito da divergência posta em debate, na qual se posicionou, *verbis*:

No mérito, esta Conselheira reitera o voto vencido declarado no Acórdão nº 9101-006.271:

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.

Com efeito, entendo que o colegiado *a quo* se posicionou corretamente quanto do julgamento do recurso voluntário ao não dar aplicação ao caso concreto do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal – STF no exame do RE nº 574.706-PR, que não obstante tenha sido analisado sob o regime de repercussão geral, ainda não havia transitado em julgado naquela oportunidade, pendente que estava a apreciação de embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que pretendia que o tribunal modulasse os efeitos daquela decisão. Tal recurso somente transitou em julgado em 09/09/2021.

Ora, o recurso voluntário foi julgado em 12 de março de 2018. Como poderia a unidade da Secretaria Receita Federal do Brasil proceder a liquidação do acórdão sem a definição do STF quanto ao alcance da referida decisão? Obviamente, não seria possível, dado

que sequer era possível saber qual a base para a exclusão do ICMS e a partir de quais fatos geradores.

Além disso, o art. 62, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF - Ricarf somente determina a aplicação das decisões do STF com repercussão geral quando estas são definitivas, *verbis*:

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)

Desta feita, era inaplicável a referida determinação regimental por ocasião do julgamento pelo colegiado *a quo*.

Assim, quanto à divergência objeto do recurso especial, nenhum reparo tenho à conclusão da d. relatora.

Não obstante, penso que, nesta fase recursal cabe a este colegiado dar consequência imediata e aplicar a decisão do STF, já transitada em julgado, ao caso concreto, justamente em observância ao disposto no art. 62, § 2º do Anexo II do Ricarf, não obstante o papel regimental desta instância recursal seja a de solucionar divergência de interpretação à legislação tributária.

Observo que o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, cuja aplicação no processo administrativo fiscal é supletiva e subsidiária, nos termos do seu art. 15², prevê situações em que o juiz pode conhecer de ofício de matérias, ainda que não suscitadas na ação e independente de ter sido ultrapassado o momento processual próprio, como dispõem os art. 178 e 337 daquele código processual.³

² Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

³ Código de Processo Civil:

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento. (g.n)

[...]

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

- I - inexistência ou nulidade da citação;
- II - incompetência absoluta e relativa;
- III - incorreção do valor da causa;
- IV - inépcia da petição inicial;
- V - perempção;
- VI - litispendência;

O Código de Processo Civil aponta, ainda, em seu art. 332 uma série de matérias que podem conduzir o juiz a julgar liminarmente o pedido, independentemente da citação da parte adversa, ou seja, de ofício, *verbis*:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, **o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:**

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de **decadência ou de prescrição**.

[...] (g.n)

Nesse diapasão, tendo como referência o estatuto processual civil, entendo que, uma vez conhecido o recurso especial sobre a matéria, a aplicação do entendimento do quanto decidido em face de dispositivo de lei declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal e nas demais hipóteses previstas no art. 62, § 1º do Regimento Interno do CARF – Ricarf⁴ que reproduz o art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972⁵, pode e deve ser feito pelo julgador independente da provocação da parte e em qualquer fase processual.

VII - coisa julgada;

VIII - conexão;

IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

X - convenção de arbitragem;

XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;

XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;

XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

[...]

§ 5º Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

⁴ Art. 62. [...]

§ 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; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

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

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

Contudo, é certo que existem questões de mérito sobre a matéria que não foram apreciadas pelo colegiado *a quo*, inclusive quanto à efetiva comprovação do crédito, de sorte que a aplicação da decisão do STF por esta turma resolve apenas o litígio em tese, devendo o provimento do recurso ser parcial, nos termos do precedente desta turma, citado pela d. relatora, extraído do voto vencedor do Acórdão nº 9101-006.271, *verbis*:

[...]

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.

[...]

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 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)

⁵ Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, 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)

Luiz Tadeu Matosinho Machado