



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15971.000124/2007-60
Recurso Voluntário
Resolução nº **3402-002.784 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de novembro de 2020
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente FISCHER S/A AGROINDÚSTRIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento do presente processo administrativo na Unidade de Origem, até o trânsito em julgado do RE 574.706 (tema 69) do Supremo Tribunal Federal, determinando seu retorno a este Conselho para julgamento nos termos regimentais após a certificação do trânsito em julgado.

(documento assinado digitalmente)
Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)
Pedro Sousa Bispo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Pedro Sousa Bispo, Cynthia Elena de Campos, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Renata da Silveira Bilhim, Lara Moura Franco Eduardo (suplente convocado), Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocado), Thais de Laurentiis Galkowicz e Rodrigo Mineiro Fernandes (Presidente), Ausente a conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, substituída pela conselheira Sabrina Coutinho Barbosa.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório constante na resolução nº 3402000.134, proferida por esta colenda turma colegiada, com os devidos acréscimos:

A empresa acima qualificada formalizou, em 13 de março de 2002, compensação de débitos naquela data vencidos com direito creditório oriundo do incentivo fiscal instituído pela Lei 9.363/96 e objeto do processo administrativo nº 13851.000919/2001-13.

Posteriormente, já em 12 de março de 2007, formalizou novo pedido de restituição/compensação, este processo, que pretende utilizar direito passível de restituição devido a “pagamento indevido”. O que a empresa está considerando pagamento, neste processo, é a compensação realizada no outro processo e decorre de ter incluído na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS então calculadas parcelas que, em 2007, considerou indevidas. São elas as receitas financeiras, incluídas na base de cálculo pela Lei 9.718, e o ICMS por ela destacado, como contribuinte originário, nas saídas que realiza.

Fl. 2 da Resolução n.º 3402-002.784 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 15971.000124/2007-60

Como base para que a primeira parcela seja “indevida”, alegou a decisão do STF que afastou, por inconstitucional, a definição de faturamento pretendida pelo ato legal citado no julgamento do RE 346.084. Quanto ao ICMS, cita trecho de voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 240.785 em que defende não ser a parcela do imposto identificável com o conceito de faturamento. Reconhece o próprio contribuinte que aquele julgamento não havia sido finalizado quando da apresentação de seu requerimento administrativo.

A DRF Araraquara, que analisou o pedido do contribuinte, considerou não homologada na íntegra a compensação, por não ter ocorrido nenhum pagamento indevido. Para tanto, reiterou que as decisões do STF proferidas no controle difuso da constitucionalidade dos atos legais somente produzem efeitos a favor da parte que integrou a lide, de modo que o julgamento do STF citado, ainda que em sessão plena daquele Tribunal, não aproveitaria à contribuinte. Em segundo lugar, reiterou que o ICMS devido na condição de contribuinte original integra aquela base de cálculo, dado que o legislador dela somente excluiu o ICMS cobrado na condição de contribuinte substituto.

Em consequência desse entendimento não foi realizada qualquer verificação quanto aos montantes aqui pretendidos, os quais foram “demonstrados” apenas em planilha elaborada pela empresa e que sequer discrimina a parcela relativa ao ICMS das “outras receitas” incluídas por força da Lei 9.718.

Objeto de manifestação de inconformidade, essa decisão foi mantida pela DRJ Ribeirão Preto pelos mesmos motivos.

Releva informar que ambas as instâncias administrativas, DRF e DRJ, implicitamente aceitaram ter ocorrido mesmo um pagamento em março de 2002. Aliás, o relatório da decisão recorrida chega a usar a expressão “pagamento por compensação”. O recurso ofertado reapresenta os argumentos já expostos diante da DRJ para justificar o indébito que alega possuir: decisão plenária do STF quanto ao alargamento e possibilidade de exclusão do ICMS por não ser faturamento.

Ato contínuo, a DRJ – RIBEIRÃO PRETO (SP) julgou a Manifestação de Inconformidade do Contribuinte nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/1993 a 30/06/1994

DECADÊNCIA. INTERPRETAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 10/05/2007

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. PREVISÃO LEGAL.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Somente as parcelas legalmente autorizadas podem ser excluídas da base de cálculo, não se enquadrando nessa situação os valores devidos a título de ICMS.

Solicitação Indeferida

Fl. 3 da Resolução n.º 3402-002.784 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15971.000124/2007-60

Em seguida, devidamente notificada, a recorrente interpôs o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Neste recurso, a empresa suscitou as questões de mérito apresentadas na sua Manifestação de Inconformidade, repetindo as mesmas argumentações.

Este Colegiado, em sessão realizada no dia 09 de dezembro de 2010, resolveu converter o julgamento em diligência por entender que o processo não se encontrava maduro para julgamento pois necessitava que a empresa discriminasse a parcela relativa às “outras receitas” excluíveis da base de cálculo em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do art. 3º, § 1º da Lei nº9.718/98.

Cumprida a solicitação do Colegiado, o processo foi a mim devolvido para ser incluído em sessão de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

Conforme antes consignado, o presente processo trata de Pedido de Restituição de pagamento indevido ou a maior para a contribuição do Programa de Integração Social (PIS), no valor de R\$ 20.757,54, referente ao período de fevereiro/2002, “pago” em 13/03/2002. Tal pagamento foi efetuado por meio de compensação realizada no processo nº13851.000919/2001-13, conforme documento de fls. 02.

Como bem destacado pelo relator original deste processo na resolução nº 3402000.134, impende ressaltar que ambas as instâncias administrativas, DRF e DRJ, implicitamente aceitaram ter ocorrido mesmo um pagamento em março de 2002. Aliás, o relatório da decisão recorrida chega a usar a expressão “pagamento por compensação”. Em consequência, uma vez que foi admitida por essas instâncias o “pagamento por compensação”(ou excesso de compensação), essa temática não será abordada no presente voto, pois não foi utilizada como fundamento para o indeferimento do crédito.

A origem do seu indébito tributário o contribuinte diz que foi decorrente de ter incluído na base de cálculo da contribuição parcelas referentes à ampliação da base de cálculo por força da Lei nº9.718, de 1998, julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Especial 346.084, e também o valor do ICMS, que deve ser excluído da base de cálculo.

Com relação à primeira temática, esta Turma Colegiada resolveu baixar o processo em diligência para que a empresa discriminasse a parcela relativa às “outras receitas” excluíveis da base de cálculo em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do art. 3º, § 1º da Lei nº9.718/98.

Os resultados da diligência foram sintetizados no Relatório de Diligência Fiscal, e-fls.247 e 248. Essa matéria, assim, encontra-se madura para julgamento.

No que concerne à exclusão do ICMS da base de cálculo, essa questão, há muito debatida nas turmas do CARF, até os dias atuais não se tem entendimento uniforme quando do seu julgamento, isso porque há turmas que acham já aplicável imediatamente aos casos aqui discutidos, no âmbito administrativo, a decisão do STF no RE 574.906, sob repercussão geral, enquanto outras turmas entendem que, por essa decisão ainda não ter transitado em julgado, em

Fl. 4 da Resolução n.º 3402-002.784 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15971.000124/2007-60

vista de julgamento pendente de embargos de declaração e estar sujeita à modulação dos seus efeitos, não seria de aplicação imediata nos processos aqui discutidos. No entanto, a Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz propôs uma solução intermediária quanto a essa questão, no sentido de sobrestar o julgamento no âmbito administrativo desses processos até o trânsito em julgado da referida decisão do STF. Em vista da incerteza quanto ao início temporal dos efeitos da decisão proferida pelo STF, também entendo ser essa a solução mais prudente e adequada ao caso. Assim, com a devida vênia, reproduzo as considerações da ilustre Relatora, constantes do acórdão n.º 3402-002.306, que fundamentaram o seu entendimento para sobrestar os casos onde se discute a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS:

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:

(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 de 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 financeiros 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

Fl. 5 da Resolução n.º 3402-002.784 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15971.000124/2007-60

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 REsps 1.536.341 / 1.536.378 / 1.547.701 / 1.570.532, sendo deixada de lado a jurisprudência da 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 passar 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 negar 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).

Fl. 6 da Resolução n.º 3402-002.784 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15971.000124/2007-60

Tanto em uma como em 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 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, inexistente 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 devem 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. Paralelamente o artigo 926 do CPC nos lembra que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Tudo isso bem corrobora 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 possibilidades 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 n.º 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 n.º 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18).

Fl. 7 da Resolução n.º 3402-002.784 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15971.000124/2007-60

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.

Pelo exposto, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que, após a conclusão do julgamento dos embargos de declaração no RE n.º 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).

Consultando o andamento do RE n.º574.706 no *site* do STF, observa-se que o julgamento dos embargos de declaração que estava previsto para o dia 5 de dezembro de 2019 foi retirado de pauta por uma decisão do presidente do STF, o ministro Dias Toffoli. Uma nova data depois foi prevista: 1º de abril de 2020. E, mais uma vez, não se concretizou, encontrando-se o julgamento dos embargos ainda pendente.

Dessa forma, com base nos fundamentos do acórdão acima transcrito, voto para que seja sobrestado o julgamento do presente processo administrativo na Unidade de Origem, 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)

Pedro Sousa Bispo