



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 19515.720085/2014-88
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1201-001.768 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2017
Matéria Auto de Infração
Embargante Q1 COMERCIAL DE ROUPAS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2009

EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

Devem ser rejeitados os embargos quando constatado que não há omissão, contradição ou obscuridade na decisão questionada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não acolher os embargos opostos pelo sujeito passivo.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida – Relator e Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, Rafael Gasparello Lima e José Carlos de Assis Guimarães.

Relatório

Trata-se de embargos declaratórios opostos pelo contribuinte em epígrafe, contra o acórdão n. 1201-001.452.

Aduz a embargante que o Acórdão padeceria de **omissão**, cujos fundamentos são reproduzidos, sinteticamente, a seguir:

Ocorre que a Egrégia Turma Ordinária deixou de se manifestar sobre a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, nos autos da apelação nº 0008744-92.2014.4.01.3600/MT, que deu provimento ao recurso da contribuinte para, além de reconhecer o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, acolheu o pedido de retificação das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF's) dos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento (cópia da sentença e acórdão em anexo).

Nestas razões, invariavelmente, a decisão judicial supracitada implica no recálculo de todo o débito objeto das autuações, já que deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS ilegalmente embutido.

E nem se diga que a decisão pende de trânsito em julgado, já que a sentença proferida em Mandado de Segurança tem caráter auto executável, devendo ser cumprida imediatamente.

Na sequência, a título de "aditamento aos embargos", a interessada discorre sobre decisões judiciais relativas à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Constata-se da leitura do Acórdão embargado que os dois temas suscitados pela interessada foram objeto de ampla análise no voto vencedor, cujos fundamentos foram acolhidos por unanimidade pelo Colegiado.

Entretanto, a ora embargante trouxe ao processo informação sobre **decisão recentemente proferida** pelo Egrégio TRF da 1ª Região, que deu provimento à sua Apelação, nos seguintes termos:

***Apelação da impetrante.** Sendo indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, a contribuinte tem o direito de retificar suas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF's) – matéria não apreciada na sentença. Mas deve ser excluída a compensação do indébito que a própria impetrante não pediu.*

DISPOSITIVO

***Nego provimento** à apelação da União. **Dou provimento** à apelação da impetrante para **acolher** seu pedido de retificação das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF's) dos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento.*

Houve despacho de admissibilidade e os autos foram encaminhados para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator

Os embargos são tempestivos e atendem aos pressupostos legais, razão pela qual deles conheço.

De plano, convém ressaltar que a sentença trazida em sede de embargos não constava dos autos nem tampouco o processo fora mencionado no Recurso Voluntário, como se pode depreender da leitura da peça de fls. 578 e seguintes.

Portanto, não se vislumbra qualquer omissão no Acórdão combatido, que analisou detidamente a questão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, mas sim a presença de informação superveniente, da qual somente agora se tem notícia, mas que merece consideração.

Constata-se, dos autos, que a decisão favorável à embargante só foi anexada ao processo **depois de proferido o Acórdão combatido**, de forma que resta evidente que a decisão proferida à unanimidade pelo Colegiado encontra-se perfeita no tempo e no espaço, pois analisou todos os argumentos e documentos existentes nos autos no momento em que foi exarada.

Não se vislumbra, portanto, qualquer omissão, obscuridade ou contradição passível de correção pela via dos embargos declaratórios.

Quanto ao argumento trazido no "aditamento aos embargos", entende a interessada que deveria, ainda, ser observado no julgado o disposto no artigo 62 do RICARF, posto que a matéria foi reconhecida como de repercussão geral pelo STF, no RE 574.706/PR.

Ora, o simples reconhecimento da repercussão geral pelo STF não produz o efeito vinculante previsto no artigo 62 do Regimento, pelo singelo motivo de que se necessita da **decisão proferida** pela Suprema Corte.

É o que se depreende da leitura do § 2º do citado dispositivo:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Pois bem.

Ao tempo do julgamento proferido por este Colegiado (julho de 2016) a decisão do Supremo não havia sido prolatada, **igual circunstância observada no momento da apresentação dos embargos (agosto de 2016)**.

Com efeito, o assunto foi, inclusive, expressamente consignado no Acórdão, como se depreende do excerto a seguir:

Cumpra ainda destacar que a empresa obteve, entre 2013 e 2014, liminar e decisão de primeira instância favoráveis à não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, fato que não foi trazido no voluntário.

Todavia, por se tratar de decisão judicial, que consta dos autos (embora sé mencionada pela empresa na impugnação e em memoriais), entendo relevante analisar o seu alcance.

Verifica-se que a contribuinte obteve decisão liminar favorável e, posteriormente, sentença de 1º grau no mesmo sentido, para afastar o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em pesquisa na justiça do Distrito Federal, podemos constatar que na sentença favorável obtida em 15 de agosto de 2014 ficou consignado que:

No tocante ao pedido de retificação das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF's), **defiro-o, tão somente quanto aos valores indevidamente cobrados a partir da impetração da presente demanda, pois é cediço que o mandado de segurança não tem efeitos patrimoniais pretéritos** (Súmulas n.ºs 269 e 271 do STF).

Diante do exposto e com base nas razões de fato e de direito aqui mencionadas, confirmando a liminar deferida, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, para afastar o valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para autorizar a retificação das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF's), somente quanto aos valores indevidamente cobrados a partir da impetração da presente demanda.**

Como a demanda foi ajuizada pela Recorrente em 2013, quando obteve liminar (Processo 0081786-32.2013.4.01.3400 - DF), resta evidente que a decisão judicial não alcança os fatos ao tempo da fiscalização, que trata do ano-calendário de 2009. Tal circunstância está expressa no comando ao norte exposto, de sorte que a decisão em nada altera os lançamentos efetuados.

Ademais, em consulta realizada no sítio do TRF da 1ª região, em maio de 2016, constatamos que o processo não transitou em julgado, posto que pendente de análise do reexame necessário por aquele Tribunal.

Conquanto a matéria seja realmente objeto de controvérsia, considero, por enquanto, que não assiste razão à Recorrente.

Isso porque o entendimento em vigor nos Tribunais superiores, ao tempo deste voto, indica que o ICMS compõe o preço final da mercadoria que, por sua vez, integra o conceito de faturamento, tributável a título de PIS e COFINS.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, editado nas Súmulas n. 68 e 94, ao fixar que a parcela relativa ao ICMS integra o faturamento e, portanto, inclui-se na base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL (este posteriormente substituído pela COFINS, com a edição da Lei Complementar n. 70/1991).

Embora não se possa olvidar que o Supremo Tribunal Federal concluiu, em 08/10/2014, o julgamento do RE n. 240.785/MG, decidindo, naquele feito, pela exclusão do ICMS da base de

cálculo da COFINS, devemos ressaltar que os efeitos da decisão limitam-se às partes envolvidas naquele processo, uma vez que consideradas apenas as peculiaridades ali debatidas, tanto assim que o próprio STF não tem aplicado o aludido precedente a outros feitos em que se discute a mesma matéria.

Por força disso, os Tribunais têm reconhecido a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições, pela vigência da legislação que dispõe sobre a matéria e das Súmulas exaradas pelo STJ, a exemplo de recente decisão do TRF da 3ª Região:

EI 0001998-27.1994.4.03.6100/SP, Rel. Des. Federal MAIRAN MAIA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 260, §1º DO REGIMENTO INTERNO DESTA E. CORTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE QUE SE AFASTA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO LIVRE ACESSO À JUSTIÇA, DO DUPLO GRAU E DO CONTRADITÓRIO QUE NÃO SE VERIFICA NA ESPÉCIE. **INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. VIGÊNCIA PLENA. PRECEDENTES DESTA SEGUNDA SEÇÃO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO NO MÉRITO.**

1 - Tendo o juízo de admissibilidade dos embargos infringentes sido realizado pelo relator do acórdão impugnado, verifica-se o cumprimento do art. 260, § 1º, do Regimento Interno desta E. Corte, restando afastada a alegação de nulidade da decisão agravada.

2 - Julgamento monocrático dos embargos infringentes que atendeu aos ditames do art. 557 do Código de Processo Civil, restando afastada a alegação de violação aos princípios do livre acesso à justiça, do duplo grau e do contraditório, sobretudo em virtude da garantia processual conferida ao ora agravante de ver sua irrisignação apreciada perante esta Segunda Seção via do presente recurso.

3 - Incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS que se mantém em razão da plena vigência das Súmulas 68 e 94 do C. STJ, até que sobrevenha decisão definitiva e com efeito vinculante a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à matéria. Precedentes desta Segunda Seção. (grifamos)

Como os julgamentos da ADC n. 18 (que tem por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98) e do RE 574.706/PR (em cujos autos foi reconhecida a repercussão geral da matéria) não foram concluídos até a presente data, temos que a questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS ainda pende de pronunciamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual descabe, a este Conselho, afastar a legalidade de norma vigente e eficaz, até porque o STJ tem julgado o tema, na esteira das Súmulas n. 68 e 94, favoravelmente à pretensão do Fisco.

Nota-se, portanto, que o Acórdão seguiu o entendimento jurisprudencial vigente à época de sua elaboração (inclusive Súmulas do STJ) e reconheceu que a matéria estava em discussão no STF, com repercussão geral, naquele momento ainda não definida.

Como é impossível antecipar o futuro, o Colegiado conforme seu entendimento e de acordo com as informações e documentos disponíveis, no estrito cumprimento de suas atribuições regimentais.

Destaque-se, ainda, que o Acórdão no **RE 574.706** foi proferido em **março de 2017**, vários meses depois da decisão deste Colegiado, e ao tempo da redação deste voto **ainda não está publicado** no sítio daquele Egrégio Tribunal.

Contudo, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela **exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, entendimento que deverá ser observado pelas autoridades fiscais quando da liquidação da decisão final neste processo.**

No mesmo sentido, a **decisão favorável à interessada, trazida somente em sede de embargos, também deverá ser observada pelas autoridades fiscais quando da liquidação final dos cálculos e procedimentos** estabelecidos nos presentes autos.

Entendo que o direito da embargante, nos termos em que judicialmente obtido, **encontra-se garantido**, à luz de tais circunstâncias, **embora não seja possível, neste passo, alterar o Acórdão prolatado**, posto que nele **inexiste qualquer omissão, obscuridade ou contradição**, que são as hipóteses cabíveis de apreciação em sede de embargos declaratórios, como preceitua o Regimento do CARF e também de acordo com o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Ante o exposto, voto por não acolher os embargos apresentados pela interessada.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Relator