



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12893.000142/2007-23
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3301-011.597 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de novembro de 2021
Recorrente FISCHER S/A AGROINDÚSTRIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/06/2002 a 30/06/2002

RESTITUIÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO DE PIS E COFINS. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES (LEI Nº 9.718, DE 1998).

A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, reconhecida pelo STF em recurso com repercussão geral, deve ser reproduzida nas decisões do CARF. Aplicação do art. 62, §1º, II, “b”, e § 2º, do RICARF.

RESTITUIÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO DE PIS E COFINS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

O STF, no julgamento do RE nº 574.076-PR, manifestou o entendimento pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, por corresponder à rubrica não integrante do faturamento, modulando-se os efeitos para sua aplicação a partir de 15/03/2017, preservando-se as ações judiciais e administrativas protocoladas antes desta data. Aplicação do art. 62, §1º, II, “b”, e § 2º, do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para possibilitar a apuração de crédito decorrente da apuração da Contribuição do mês 06/2002 i) sobre a base de cálculo majorada, por força do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998 e ii) sobre o cômputo indevido do ICMS na base de cálculo da mesma Contribuição, devendo a Unidade de Origem reanalisar o pedido com base neste julgado.

(documento assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ari Vendramini, Semíramis de Oliveira Duro (Vice-Presidente), Marco Antonio Marinho Nunes, Sabrina Coutinho Barbosa

(suplente convocada), José Adão Vitorino de Moraes, Jucileia de Souza Lima, Marcelo Costa Marques d'Oliveira (suplente convocado) e Liziane Angelotti Meira (Presidente).

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário apresentado em face do **Acórdão n.º 14-22.970 – 1ª Turma da DRJ/RPO**, que julgou **improcedente a Manifestação de Inconformidade** apresentada contra o **Despacho Decisório DRF/AQA/SAORT n.º 12893.000142/2007-23**, às fls. 14-19, por intermédio do qual foi **indeferido** o Pedido de Restituição – Formulário à fl. 03, sob o fundamento, em suma, de encontrar-se a Autoridade Administrativa vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária e, conseqüentemente, sem competência para manifestar-se a respeito da constitucionalidade ou legalidade das leis.

No referido Pedido de Restituição - Formulário, o crédito pleiteado decorre de alegada **quitação indevida ou a maior da Cofins – Regime Cumulativo** (código **2172**), referente ao período de apuração **06/2002**, no valor de **R\$ 168.844,67**, em razão de:

- i) apuração da Cofins sobre as receitas acrescidas à base de cálculo pela Lei n.º 9.718, de 27/11/1998, uma vez que o alargamento da base de cálculo foi declarado inconstitucional pelo STF; e
- ii) apuração da Cofins sobre o valor do ICMS indevidamente computado no faturamento (base de cálculo).

Ainda, esclareceu a Contribuinte que a parcela da Cofins objeto do Pedido de Restituição foi quitado, à época de seu vencimento, com créditos oriundos do Processo Administrativo n.º 13851.000919/2001-13, conforme Pedido de Compensação – Formulário à fl. 05, e que o presente pedido de restituição foi apresentado em formulário tendo em vista que o formulário eletrônico PER/DCOMP não prevê a possibilidade de sua utilização para os casos de créditos oriundos de compensações efetuadas indevidamente ou a maior.

Por bem descrever os fatos, adoto, como parte de meu relatório, o relatório constante da decisão de primeira instância, que reproduzo a seguir:

Relatório

Trata o presente de Pedido de Restituição de pagamento indevido ou a maior para a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no valor de R\$ 168.844,67. Tal pagamento foi efetuado através de compensação realizada no processo n.º 13851.000919/2001-13, conforme documento de fls. 02.

Alega o interessado que o indébito é decorrência de ter incluído na base de cálculo da contribuição parcelas referentes à ampliação da base de cálculo por força da Lei n.º 9.718, 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.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Araraquara, através do Despacho Decisório de fls. 11/16, indeferiu o pedido, baseando sua decisão na inexistência de efeito *erga omnes* para a decisão do STF que considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º Lei n.º 9.718, de 1998, efeito esse que decorre da suspensão, pelo Senado Federal, da execução do referido dispositivo legal, suspensão essa que até a presente data não ocorreu.

Destaca o caráter vinculante e obrigatório da atividade administrativa, conforme dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, que impede referida autoridade aplicar a legislação tributária, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de validade.

Quanto à exclusão da base de cálculo da contribuição, da parcela referente ao ICMS, demonstra que não existe previsão legal para tal procedimento, possível apenas para o ICMS cobrado pelo vendedor de bens ou prestador de serviços na condição de substituto tributário, o que não é o caso do interessado.

Ressalta, ao final, o disposto nos arts. 26 e 31 da Instrução Normativa SRF (IN) n.º 600, de 2005, a respeito da impossibilidade de compensação de crédito já indeferido pela autoridade administrativa (art. 26) e da declaração de não formulação do pedido de restituição e da não declaração da compensação na hipótese prevista (art. 31).

Cientificado da decisão em 15/08/2007, fl. 18, o interessado apresentou manifestação de inconformidade em 17/08/2007, fls. 19/25, alegando, em breve síntese:

Que a autoridade fiscal pretende defender a legalidade do disposto no §1º, do art. 3º, da Lei n.º 9.718, de 1998, dispositivo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF em inúmeros julgados, não havendo mais controvérsia a respeito, inclusive no Conselho de Contribuintes. Reproduz acórdãos a respeito;

No que tange ao ICMS, que compõe o preço de venda das mercadorias, este não tem o conceito de faturamento, sendo mera despesa do contribuinte. Cita parte do voto de Ministro do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 240.785, cujo julgamento ainda não foi concluído.

Ao final requer a restituição dos valores recolhidos a maior, referentes a Cofins incidente sobre as receitas que não integram o faturamento e sobre o ICMS, incluídos na base de cálculo.

É o relatório.

Devidamente processada a Manifestação de Inconformidade apresentada, a **1ª Turma da DRJ/RPO**, por unanimidade de votos, julgou **improcedente** o recurso e **não reconheceu o direito creditório** trazido a litígio, nos termos do voto do relator, conforme **Acórdão n.º 14-22.970**, datado de **06/04/2009**, cuja ementa transcrevo a seguir:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 10/05/2007

Arguição de Inconstitucionalidade. Competência.

A arguição 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

Cientificada do julgamento de primeiro grau, a Contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que enfatiza as razões de seu pleito creditório.

Segue a estrutura do referido Recurso:

1. **Dos fatos que antecedem a interposição deste recurso**

2. **Das razões de reforma do acórdão recorrido**

2.1A indevida inclusão na base de cálculo da contribuição para a COFINS de valores estranhos ao conceito de faturamento

2.1.a. As receitas financeiras

2.1.b. O ICMS

3. **Do pedido**

Encerra o Recurso Voluntário com os seguintes pedidos:

3. Do pedido

Face ao que precede, requer-se o conhecimento e provimento do presente recurso, de modo a que, reformado o acórdão recorrido, seja reconhecida a integralidade do direito creditório ora postulado, atinente à contribuição para a COFINS do mês de junho de 2002, calculada e quitada indevidamente sobre (i) as receitas financeiras e outras receitas operacionais; e (ii) o imposto sobre circulação de mercadorias e serviço (ICMS).

Termos em que,

Pede deferimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Antonio Marinho Nunes, Relator.

I ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais deve ser conhecido.

II FUNDAMENTOS

II.1 Histórico da Lide

Na origem, o Pedido de Restituição foi, de pronto, indeferido, pelas seguintes razões, conforme o Despacho Decisório DRF/AQA/SAORT n.º 12893.000142/2007-23:

[...]

Preliminarmente cumpre destacar que o argumento segundo o qual a Lei n.º 9.718/98 teria alterado o conceito de faturamento, alargando a matéria tributável, em contradição com o disposto no artigo 195, inciso I, da CF/88, e em desrespeito aos preceitos do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não deve prosperar, pelas razões a seguir expostas.

Na verdade, o termo faturamento não pode ser interpretado de modo restritivo, como pretende a requerente, e não foi essa a intenção do legislador constitucional ao tratar da matéria, quando fez questão de ditar o princípio da universalidade de custeio da seguridade social, prescrevendo que esta seja financiada por toda a sociedade (art. 195, caput, da CF):

[...]

Não há razão para que seja restringida a compreensão de "faturamento", estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial.

A definição de faturamento é matéria afeita ao campo de abrangência da lei ordinária, portanto, a lei questionada poderia perfeitamente alterar a base de cálculo da COFINS e do PIS, sem ferir o princípio da hierarquia das leis. E foi o que aconteceu. A Lei n.º 9.718/98 explicitou o conceito de faturamento, identificando-o com a receita bruta da pessoa jurídica, em harmonia com o princípio estabelecido no art. 150, II, da Constituição Federal, com o objetivo claro de evitar o tratamento desigual entre contribuintes, em função das atividades por eles exercidas, já que o financiamento da seguridade social é dever de TODOS:

[...]

Da leitura da norma acima transcrita, também não prospera a pretensão de se excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS. Ora, pode-se perceber que o legislador excluiu da base de cálculo da COFINS o IPI e o ICMS quando cobrado pelo substituto tributário. No caso do ICMS não poderia ser diferente, já que o substituto apenas está no lugar da pessoa que naturalmente seria o contribuinte, não fazendo parte daquilo que é sua receita o ICMS de outro contribuinte, pelo qual ele é apenas o responsável pelo recolhimento. No caso do IPI, o benefício foi concedido pelo legislador, não cabendo, por analogia, estendê-lo ao ICMS, como quer a empresa.

Em síntese: as exclusões da base de cálculo das contribuições devem estar previstas em lei.

Por outro lado, observe-se que as alterações promovidas pela Lei n.º 9.718/98 (DOU de 28-11-1998) na COFINS não ferem o princípio de hierarquia das leis.

[...]

Por outro lado, cumpre confirmar que, com efeito, o Colendo STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718, de 1998, no exercício do controle difuso da constitucionalidade (também denominado por via de exceção ou de defesa, aberto, genérico, concreto, incidental ou descentralizado).

É sabido, todavia, que, inversamente do que ocorre no controle concentrado (abstrato ou reservado) em ação direta, cujos efeitos são "erga omnes" (ou seja, oponíveis contra todos) e vinculantes, a decisão em questão abrange apenas as partes integrantes dos respectivos processos judiciais, a menos que, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição, o Senado Federal venha a suspender, para todos, a execução do referenciado dispositivo legal, por meio de publicação de resolução daquela Casa Legislativa. Sucede que, neste caso, até o presente, não foi editada tal resolução senatorial.

Destaque-se, por oportuno, que como se sabe, a administração tributária tem como objetivo o estabelecimento da verdade material, a qual procura atingir por intermédio de seus servidores, cujo trabalho possui as características essenciais da impessoalidade e imparcialidade e está restringido aos exatos limites das normas legais, nos termos do o parágrafo único do art. 142 da Lei n.º 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional — CTN, *in verbis* :

[...]

Assim, a autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal, e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca de sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

Com efeito, a aferição da constitucionalidade de lei e de normas administrativas, como já dito, só pode ser feita pelo Poder Judiciário, cabendo ao Poder Executivo, e bem assim a todos os seus agentes, o estrito cumprimento dos atos legais regularmente editados, conforme entendimento expresso no Parecer Normativo CST n.º 329/1970, assim ementado:

[...]

Assim, quaisquer discussões que versem sobre a legalidade e constitucionalidade das leis exorbitam a competência das autoridades administrativas, às quais cumpre aplicar as determinações da legislação em vigor de acordo com o princípio da estrita legalidade, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

Cabe ao interessado, portanto, se assim o desejar, descortinar suas razões perante o poder competente, vale dizer, o Judiciário.

[...]

Em síntese, o indeferimento do Pedido de Restituição se deu sob o fundamento de que as exclusões da base de cálculo das contribuições devem estar previstas em lei, não sendo possível adequá-la à pretensão da Contribuinte, e de encontrar-se a Autoridade Administrativa vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária e, conseqüentemente, sem competência para manifestar-se a respeito da constitucionalidade ou legalidade das leis, notadamente em relação às alegações apresentadas pela Contribuinte para justificar seu pleito:

- i) apuração da Cofins sobre as receitas acrescidas à base de cálculo pela Lei nº 9.718, de 27/11/1998, uma vez que o alargamento da base de cálculo foi declarada inconstitucional pelo STF; e
- ii) apuração da Cofins sobre o valor do ICMS indevidamente computado no faturamento (base de cálculo).

Devidamente instaurada a lide, por meio da correspondente Manifestação de Inconformidade, em que a Contribuinte enfatizou as razões de seu pedido¹, a DRJ apreciou a contenda nos seguintes pontos:

- 1) Em relação ao alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718, de 1998, concluiu que a decisão do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, em sede de recurso extraordinário e somente produz efeitos entre as partes, cabendo ao Senado Federal a suspensão do dispositivo citado para a produção de efeitos *erga omnes*, conforme preceitua o art. 52, X, da Constituição Federal em vigor, o que não ocorreu até a data daquele julgado;
- 2) Em relação ao alegado cômputo indevido do ICMS na base de cálculo da Contribuição, ressaltou que o disposto no § 2º, I, do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, relaciona, de forma taxativa, restrita, os valores que devem ser excluídos da base de cálculo das contribuições ao PIS e a Cofins, quais sejam, as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, e o ICMS, somente quando

¹ Direito à restituição dos valores recolhidos a título da Cofins sobre (i) as receitas financeiras e outras receitas operacionais do mês de junho de 2002; e (ii) o imposto sobre circulação de mercadorias e serviço (ICMS) relativo àquele mês.

retido pelo vendedor dos bens ou prestador de serviços na condição de substituto tributário, o que não é o caso da Interessado; e

- 3) **Em resumo**: falece competência legal à autoridade julgadora de instância administrativa para se manifestar acerca da constitucionalidade ou legalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997, condições que não se apresentam neste caso.

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte reafirmou suas alegações da Manifestação de Inconformidade², defendeu a aplicabilidade do entendimento do STF, em que pese não detenha efeito *erga omnes*, enfatizando já haver decisão definitiva do STF sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n.º 9.718, de 1998, bem como reiterou a inclusão indevida do ICMS, receitas financeiras e outras receitas operacionais na base de cálculo das contribuições.

II.2 Alargamento da Base de Cálculo da Contribuição pela Lei n.º 9.718, de 1998

Esta matéria já se encontra pacificada no âmbito judicial, por meio de julgamento da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n.º 9.718, de 1998, pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE n.º 585.235-MG:

Recurso. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE n.º 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98.

DECISÃO O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. 10.09.2008.

Tema 110 - Ampliação da base de cálculo da COFINS.

Tese: É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98.

Quanto à aplicação dessa decisão judicial em sede de processo administrativo, dispõe o art. 62, §2º, da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, Regimento Interno do CARF (RICARF), o seguinte:

² Ampliação indevida da base de cálculo das contribuições pela Lei n.º 9.718, de 1998 e cômputo indevido no ICMS na mesma base de cálculo.

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 n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 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 n.º 152, de 2016)

Portanto, o referido julgado é de observância obrigatória no âmbito do CARF, por força do art. 62, §2º, do RICARF.

II.3 Exclusão do ICMS na Base de Cálculo da Contribuição

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o n.º 574.706-PR, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins, conforme ementa a seguir:

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): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ressalte-se que, contra tal decisão, até recentemente, pendia apreciação de Embargos de Declaração com o objetivo de esclarecimento de vários pontos, inclusive pleito de efeitos infringentes e modulação dos efeitos.

No entanto, em julgamento datado de 13/05/2021, a questão foi definitivamente resolvida mediante a seguinte decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da

sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Dessa forma, o STF modulou os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após **15/03/2017**, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) editou o Parecer SEI n.º 7698/2021/ME, com a seguinte conclusão:

16. Ante o exposto, nos termos expostos na ata de julgamento já publicada, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei n.º 10.522/2002, observar, **em relação a todos os seus procedimentos**, que:

a) **conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”;**

b) **os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e**

c) **o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.**

Quanto à aplicação dessa decisão judicial em sede de processo administrativo, dispõe o art. 62, §2º, da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, Regimento Interno do CARF (RICARF), o seguinte:

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 n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 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 n.º 152, de 2016)

Portanto, como o pedido formulado nos presentes autos se deu em **10/07/2007**³, dentro do marco temporal estabelecido pelo STF para modulação dos efeitos do julgado, deve ser aplicado ao presente processo administrativo o entendimento do STF fixado no julgamento do RE n.º 574.076-PR.

Desta feita, o Despacho Decisório deve ser retificado para permitir também a restituição de crédito decorrente da inclusão indevida do ICMS da base de cálculo da Contribuição.

³ Ver protocolo do Pedido de Restituição - Formulário à fl. 03.

II.4 Da Apuração (Quantificação) do Crédito

Como já mencionado, o indeferimento do Pedido de Restituição na origem se deu, de pronto, sob o principal fundamento de encontrar-se a Autoridade Administrativa vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária e, conseqüentemente, sem competência para manifestar-se a respeito da constitucionalidade ou legalidade das leis, função exclusiva do Poder Judiciário.

Assim, entendeu a Unidade da RFB que, pela motivação acima, não haveria como reconhecer o direito creditório. Portanto, não houve demais procedimentos de alçada quanto ao pedido, notadamente aqueles relacionados à quantificação e apuração do crédito pleiteado, o que não representa qualquer irregularidade, visto que a motivação do Fisco o impediu de adentrar na análise de tais aspectos do crédito requerido.

Tais esclarecimentos tornam-se importantes para resguardar a competência da Autoridade Fiscal quanto aos demais procedimentos de sua competência, notadamente aqueles atinentes à apuração/quantificação do direito creditório.

III CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para possibilitar a apuração de crédito decorrente da apuração da Contribuição do mês 06/2002 i) sobre a base de cálculo majorada, por força do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998 e ii) sobre o cômputo indevido do ICMS na base de cálculo da mesma Contribuição, devendo a Unidade de Origem reanalisar o pedido com base neste julgado.

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes