



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13851.001061/2006-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-011.596 – 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 PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/08/2001

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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/08/2001

RECURSO VOLUNTÁRIO. MATÉRIA ESTRANHA AOS MOTIVOS ESTABELECIDOS NO DESPACHO DECISÓRIO.

Não se deve conhecer de matéria que foge ao escopo da lide administrativa, nos termos preconizados pelos arts. 14, 16, III, e 17 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do Recurso Voluntário e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, para possibilitar a apuração de crédito decorrente da apuração da Contribuição do mês 08/2001 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 nº 14-53.337 – 4ª Turma da DRJ/RPO**, que julgou **improcedente** a **Manifestação de Inconformidade** apresentada contra o **Despacho Decisório DRE/AQA/SAORT nº 13851.001061/2006-19**, às fls. 14-16, por intermédio do qual foi **indeferido** o Pedido de Restituição – Formulário à fl. 03, sob o 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.

No referido Pedido de Restituição - Formulário, o crédito pleiteado decorre de alegada **quitação indevida ou a maior de PIS – Regime Cumulativo** (código **8109**), referente ao período de apuração **08/2001**, no valor de **R\$ 31.780,54**, em razão de:

- i) apuração do PIS 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 declarado inconstitucional pelo STF; e
- ii) apuração do PIS sobre o valor do ICMS indevidamente computado no faturamento (base de cálculo).

Ainda, esclareceu a Contribuinte que a parcela do PIS objeto do Pedido de Restituição foi quitado, à época de seu vencimento, com créditos oriundos do Processo Administrativo nº 13851.000087/00-47, 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

A contribuinte protocolou, em 12/09/2006, no Formulário PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, pedido de restituição do valor do PIS (R\$ 31.780,54) alegando compensação efetuada indevidamente ou a maior motivada pela ampliação da base de cálculo da exação, por força da Lei nº 9718/98, que alega, foi julgada inconstitucional pelo STF, no Recurso Especial 346.084, bem como sobre o valor incidente sobre o ICMS, que alega, também indevidamente incluído na base de cálculo da referida contribuição.

Esclarecem que a parcela da contribuição, objeto do pedido de restituição, foi quitada à época de seu vencimento com créditos oriundos do processo 13851.000087/0047, conforme documento 01 (folha 04 deste processo digital).

Também, que o pedido de restituição está sendo feito neste formulário tendo em vista que o formulário eletrônico PER/DCOMP não prevê a possibilidade de sua utilização para os casos de restituição de créditos oriundos de compensações efetuadas indevidamente ou a maior.

A DRF em Araraquara, por meio de despacho decisório (fls.14/17), indeferiu o pedido, nos seguintes termos:

No que tange à alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, falece competência legal à autoridade administrativa para se manifestar acerca da inconstitucionalidade 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 nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, condições que não se apresentam neste caso.

É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas tributárias motivadoras da cobrança de tributos, cuja validade está sendo questionada, em observância ao artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional CTN.

Inconformada, a autuada apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls.106/114, na qual inicia explicando o alcance do Despacho Decisório:

Como se vê, as alegações das d. autoridades fiscais limitam-se a questões de direito, não sendo discutido a efetiva compensação da contribuição para a COFINS, via pedido de compensação, em valor maior do que o devido, tampouco o valor do crédito pleiteado neste processo.

Seja como for, o r. despacho ora atacado não reúne condições mínimas de prosperar, pois, como já destacado, se equivocou ao não examinar o real motivo que sustenta o pedido de restituição ora sub judice, isto é, o fato que o recolhimento a ser restituído considerou em sua base de cálculo, valores que escapavam ao conceito de faturamento, nos termos da redação do parágrafo 1º do art. 30, da Lei nº 9.718/98, vigente à época dos fatos.

No mérito, sobre a ampliação da base de cálculo, argumenta que:

Inúmeros outros recursos extraordinários foram decididos nesse sentido, sendo que, atualmente, não há mais qualquer controvérsia sobre essa matéria no Supremo Tribunal Federal. Citem-se, a título exemplificativo, os REs ns. 342.051, de 25.5.2006, 479.612, de 11.5.2006, 346.084, de 9.11.2005, dentre outros.

Tanto é assim que a matéria já foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral e será objeto de súmula vinculante como pode ser observado pela leitura do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no RE n. 585.235, de 10.9.2008, abaixo transcrito:

Expõe seu entendimento sobre a vinculação às decisões do STF pelas autoridades administrativas, citando o Regimento Interno do Carf e decisões correlatas, finalizando:

Portanto, não há dúvida de que o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos extraordinários acima citados deve ser aplicado pelas autoridades fazendárias em suas decisões.

Relativamente ao pedido de restituição que trata do ICMS, a contribuinte entende que ele compõe o preço de venda das mercadorias, impondo a mesma conclusão exposta, “haja vista que o valor desse imposto não possui a natureza de

faturamento, sendo mera despesa para o contribuinte.”, citando o voto do Ministro Marco Aurélio proferido no RE n. 240.785 e continua:

Como se pode observar, o voto do Ministro Marco Aurélio é preciso no sentido de que o ICMS não deve ser considerado na base de cálculo da COFINS, na medida em que o mandamento constitucional permite que sejam alcançadas por essa contribuição apenas as grandezas que integram o faturamento da pessoa jurídica, isto é, o produto da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Registre-se que, muito embora o julgamento do RE nº 240.785 ainda não tenha sido concluído por força de pedido de vista, cinco outros Ministros acompanham o voto do Ministro Marco Aurélio. Desse modo, se se considerar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, os seis votos favoráveis à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS são suficientes para garantir a prevalência desse entendimento.

Apesar daquele voto ter tratado especificamente do COFINS, os seus fundamentos são aplicáveis à contribuição para o PIS, em virtude da identidade das bases de cálculo dessas contribuições, quais sejam, o faturamento.

Isso posto, a única conclusão possível é de que o ICMS não deve integrar a base de cálculo dessa contribuição, sob pena de ofensa ao art. 195, inciso I, alínea "a", da Constituição. Consequentemente, outra saída não há a não ser o reconhecimento do direito da recorrente de repetir os valores pagos a título dessa contribuição sobre os montantes devidos daquele imposto.

(...)

De modo que o r. despacho decisório aqui atacado deve ser reformado a fim de que seja integralmente deferido o pedido de restituição objeto do presente processo.

Devidamente processada a Manifestação de Inconformidade apresentada, a **4ª Turma da DRJ/RPO**, por unanimidade de votos, julgou **improcedente** o recurso e **não reconheceu o direito creditório** trazido a litúgio, nos termos do voto do relator, conforme **Acórdão nº 14-53.337**, datado de **28/08/2014**, cuja ementa transcrevo a seguir:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/08/2001

AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em recurso com repercussão geral, deve ser reproduzida nas decisões da RFB.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/08/2001

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

Não existe a possibilidade jurídica do pedido de restituição de compensação indevida.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA.

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

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/08/2001

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do Impugnante, a realização de diligências, quando entendê-las necessária, indeferindo as que considerarem prescindíveis ou impraticáveis.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificada do julgamento de primeiro grau, a Contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que se limita a discutir, no mérito, a possibilidade de apresentação do Pedido de Restituição.

Segue a estrutura do referido Recurso:

- I - DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO
- II - DOS FATOS
- III - DO DIREITO
 - III - "a" – ESCLARECIMENTO INICIAL SOBRE A DEFESA
 - III - "b" - DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
- IV - DO PEDIDO

Encerra o Recurso Voluntário com o seguinte pedido:

IV - DO PEDIDO

23. Ante o exposto, a Recorrente requer que seja julgado procedente o presente recurso para reconhecer, integralmente, o seu direito creditório através do deferimento do seu pedido de restituição.

Termos em que,
pede deferimento.

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, exceto em relação as argumentações constantes do tópico II.2 adiante.

II FUNDAMENTOS

II.1 Histórico da Lide

Na origem, o Pedido de Restituição foi, de pronto, indeferido, pelas seguintes razões, conforme o pertinente Despacho Decisório:

[...]

7 – No que tange à alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, falece competência legal à autoridade administrativa se manifestar acerca da inconstitucionalidade 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 nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, condições que não se apresentam neste caso.

06 – É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas

tributárias motivadoras da cobrança de tributos, cuja validade está sendo questionada, em observância ao artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional - CTN.

07 – Em verdade, de acordo com o parágrafo único do artigo 142, acima citado, a autoridade administrativa encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de ultrapassar tais limites para examinar questões outras como as suscitadas no pedido em exame, uma vez que às autoridades administrativas tributárias cabe simplesmente cumprir a lei e obrigar ao seu cumprimento.

08 - Portanto, as autoridades administrativas não são competentes para se manifestar a respeito da constitucionalidade ou legalidade das leis, inclusive aquelas instituidoras da Contribuição para o PIS/COFINS, seja porque tal competência é conferida ao Poder Judiciário, seja porque as leis em vigor gozam da presunção de constitucionalidade e legalidade, restando ao agente da administração pública aplicá-las, a menos que estejam incluídas nas hipóteses de que trata o Decreto nº 2.346, de 1997, ou que haja determinação judicial em sentido contrário beneficiando o contribuinte. Relativamente às arguições formuladas pela interessada não existe decisão judicial específica, nem a situação se encontra dentre as hipóteses a que faz menção o Decreto acima referido.

[...]

Em síntese, o indeferimento do Pedido de Restituição se deu sob o 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, notadamente em relação às alegações apresentadas pela Contribuinte para justificar seu pleito:

- i) apuração do PIS 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 declarado inconstitucional pelo STF; e
- ii) apuração do PIS sobre o valor do ICMS indevidamente computado no faturamento (base de cálculo).

Neste ponto, vale acrescentar que a Autoridade Fiscal chegou a analisar a tempestividade de apresentação do pedido, concluindo pela sua regularidade, conforme seguinte trecho do mencionado Despacho Decisório:

[...]

6 – O pedido de restituição foi protocolado em 12/09/2006 e a extinção do crédito tributário (por compensação) ocorreu em 14/09/2001, portanto, dentro do prazo de cinco anos para pleitear, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN.

[...]

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 por aplicar o entendimento do STF ao caso,

¹ Direito à restituição dos valores recolhidos a título da contribuição para a Cofins sobre (i) as receitas financeiras e outras receitas operacionais do mês de agosto de 2001; e (ii) o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) relativo aquele mês.

afastando os valores que não se refiram ao faturamento das empresas da tributação pela Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep, uma vez cumpridas as condições previstas no art. 19, §5º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002;

- 2) Em relação ao alegado cômputo indevido do ICMS na base de cálculo da Contribuição, considerou-o improcedente, sob o fundamento de a análise de teses contra a constitucionalidade de leis ser privativa do Poder Judiciário, cuja discussão extrapola a esfera de competência do julgador administrativo; e
- 3) Acrescentou inexistir possibilidade para o pedido, pois apenas há previsão legal para Pedido de Restituição/Compensação de pagamento realizado indevidamente, nos termos da Instrução Normativa nº 1.300, de 20/11/2012, que disciplina a matéria no âmbito administrativo. A figura da compensação indevida não existe, nem, tampouco, existe qualquer possibilidade de conversão de um documento noutro.

Como se vê, a DRJ considerou aplicável ao caso o entendimento do STF pelo afastamento dos valores que não se refiram ao faturamento das empresas na base de cálculo da Contribuição, relacionado à inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998. Por outro lado, a decisão de piso considerou improcedente a tese de exclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição e, ainda, destacou inexistir possibilidade jurídica para pedido de restituição de compensação indevida.

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte irressignou-se apenas em relação ao terceiro ponto analisado pela DRJ, ou seja, quanto à possibilidade ou não de apresentação de Pedido de Restituição no presente caso.

II.2 Possibilidade de Apresentação de Pedido de Restituição

Em síntese, a Recorrente defende a possibilidade de apresentação de Pedido de Restituição, tendo como base uma compensação pretérita realizada de forma indevida, por entender que não é necessária a existência de efetivo pagamento como requisito para restituição, mas, sim, que haja crédito em nome do sujeito passivo, decorrente da extinção de crédito tributário de forma indevida.

Argumenta que pagamento e compensação se equivalem, pois ambos apresentam a mesma natureza jurídica e possuem o mesmo efeito, qual seja: a extinção do crédito tributário.

Cita o art. 6º da Lei nº 8.218, de 29/08/1991, os arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, bem como trechos da Nota Técnica Cosit nº 1, de 18/01/2012, que entende respaldar sua tese.

Aprecio.

Conforme exposto no tópico precedente, esta matéria surgiu apenas no âmbito da DRJ, ao acrescentar na decisão de piso inexistir possibilidade para o pedido, por haver apenas previsão legal para Pedido de Restituição/Compensação de pagamento realizado indevidamente.

No Despacho Decisório, não houve qualquer menção à impossibilidade do pedido por este motivo, de acordo com os correspondentes trechos relacionados à análise do pleito, também transcritos no tópico precedente.

Ou seja, tal matéria não integra o escopo da lide administrativa ora em análise, nos termos preconizados pelos arts. 14, 16, III, e 17 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, razão pela qual não merece deste Colegiado quaisquer manifestações.

Dessa forma, não tomo conhecimento desta matéria, uma vez que não foi utilizada como motivação no ato administrativo original (Despacho Decisório) para a o indeferimento do Pedido de Restituição em apreço.

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

Como já esclarecido neste voto, a Contribuinte não recorreu da decisão da DRJ na parte em que julgou improcedente a alegação de câputo indevido do ICMS na base de cálculo da Contribuição.

No entanto, entendo que esta é uma matéria de ordem pública, que merece ser tratada, de ofício, no presente processo, por se relacionar a tema já decidido e consolidado no Poder Judiciário, com força vinculante não só perante este Colegiado, mas perante toda a Administração Fazendária.

Explico.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 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, como o pedido formulado nos presentes autos se deu em **12/09/2006**², 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 nº 574.076-PR.

² Ver protocolo do Pedido de Restituição - Formulário à fl. 03.

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

II.4 Alargamento da Base de Cálculo da Contribuição pela Lei nº 9.718, de 1998

Esta matéria não foi objeto de Recurso Voluntário, porque a DRJ considerou ser aplicado ao caso o entendimento do STF, afastando os valores que não se refiram ao faturamento das empresas da tributação pela Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep, uma vez que estariam cumpridas as condições previstas no art. 19, §5º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002.

Diante do pronunciamento do órgão *a quo*, a Recorrente deixou expresso em seu recurso que não trataria mais da questão de mérito envolvendo a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da lei nº 9.718, de 1998.

Pois bem.

Vejamos como a decisão de piso analisou esta parte do litígio:

[...]

Analisando a controvérsia sobre a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições, de fato, o STF julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que definiu como base de incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. O Supremo entendeu que referida norma, quando de sua edição, era incompatível com o texto constitucional então vigente, que previa a incidência das contribuições sociais apenas sobre o faturamento das pessoas jurídicas e não sobre a totalidade das suas receitas.

No campo legislativo, em 19/07/2013 foi publicada a Lei nº 12.844, que, em seu art. 21, modificou o art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002, da seguinte forma:

[...]

Destarte, de acordo com essas disposições, nos casos dos julgamentos proferidos pelo STF sob a sistemática do art. 543-B do CPC (repercussão geral), como é o caso de Recurso Extraordinário (RE) referente à inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e das decisões proferidas pelo STJ sob a sistemática do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), a RFB deve reproduzir em seus atos o entendimento adotado pelos tribunais nesses julgamentos.

A Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 12/01/2014, a propósito de dar consequência às disposições da Lei nº 10.522 já referidas, dispõe:

[...]

A Nota PGFN/CRJ nº 1.114/2012, por sua vez, listou a delimitação dos julgados proferidos pelo STF e STJ para efeitos da aplicação do art. 19 da Lei nº 10.522, constando no item 1 de seu Anexo:

[...]

Cumpridas pois as condições previstas no § 5º do art. 19 da Lei nº 10.522, é de se aplicar o entendimento do STF ao caso, afastando os valores que não se refiram ao faturamento das empresas da tributação pela Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep.

[...]

Embora adequada a conduta da Recorrente, em não recorrer desta parte da contenda, tendo em conta o reconhecimento de sua alegação no julgado de primeiro grau, nota-se

que a DRJ, ao final da decisão de piso, concluiu pela **improcedência** da Manifestação de Inconformidade, certamente em função das demais motivações daquele julgado.

Por tal razão, entendo que, para evitar quaisquer dúvidas quanto à perfeita compreensão desta parte do litígio inaugural, deva o entendimento da DRJ ser aqui **ratificado**, principalmente por envolver matéria já pacificada no âmbito judicial, por meio de julgamento da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE nº 585.235-MG:

Recurso. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nºs 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 nº 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.

Ressalte-se, novamente, que o referido julgado é de observância obrigatória no âmbito do CARF, por força do art. 62, §2º, do RICARF.

II.5 Da Apuração (Quantificação) do Crédito

Como já mencionado, o indeferimento do Pedido de Restituição na origem se deu, de pronto, sob o 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, particularmente aqueles atinentes à apuração/quantificação do direito creditório.

III CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por conhecer em parte do Recurso Voluntário e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, para possibilitar a apuração de crédito decorrente da apuração da Contribuição do mês 08/2001 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