



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

Processo nº 10875.005220/2002-64
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3801-003.760 – 1ª Turma Especial
Sessão de 23 de julho de 2014
Matéria COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP -
Recorrente REAÇÃO QUÍMICA COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/11/2002

INCONSTITUCIONALIDADE. DE NORMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

Não compete aos julgadores administrativos pronunciar-se sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO.

O ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins, conforme decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.87/SP, proferido segundo a sistemática do art. 543-C do CPC, que deve ser seguida no CARF, por força do art. 62-A do Anexo II do seu Regimento Interno.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/11/2002

INCONSTITUCIONALIDADE. DE NORMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

Não compete aos julgadores administrativos pronunciar-se sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO.

O ICMS inclui-se na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, conforme decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.87/SP, proferido segundo a sistemática do art. 543-C do CPC, que deve ser seguida no CARF, por força do art. 62-A do Anexo II do seu Regimento Interno.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl, e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel votaram pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Sergio Celani - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Paulo Sergio Celani, Marcos Antônio Borges, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Adoto o relatório do acórdão recorrido, por retratar suficientemente a lide.

Adoto o relatório da decisão de primeira instância administrativa.

“Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 3, protocolado em 07/11/2002, no valor de R\$ 18.477,26, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, referentes aos períodos de apuração de janeiro/2001 a novembro/2002. Ao direito creditório postulado a contribuinte vinculou débitos tributários mediante apresentação de declarações de compensação.

Em 04/02/2003, a contribuinte solicitou a inclusão em seu pedido de restituição inicial de créditos no valor de R\$ 15.158,79, referentes aos períodos de apuração de março/2002 a novembro/2002.

A DRF em Guarulhos emitiu o Despacho Decisório de fls. 86/90, indeferindo o pedido de restituição e não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, sob a fundamentação de que não há previsão legal para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Cientificada desse despacho em 17/09/2007 (fl. 94), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 17/10/2007 (fls. 96/103), na qual alega:

- a incidência da Cofins e do PIS sobre o ICMS é inconstitucional, pois, tendo a natureza de adicional de ICMS, fere os princípios da seletividade e da não cumulatividade;

- prevê o CTN, em seu art. 151, hipótese em que se suspende a exigibilidade do crédito tributário. Dentre essas hipóteses, tem-se a suspensão quando ocorrem reclamações administrativas.

- a compensação pretendida é a compensação prevista no art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, ou seja, compensar o PIS e a Cofins com tributos da mesma espécie e informar a compensação realizada mês a mês, por meio da DCTF.”

A DRJ/CPS decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade em acórdão cuja ementa está assim redigida:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/11/2002

Controle de Constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

ICMS. Base de Cálculo.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/11/2002

Controle de Constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

ICMS. Base de Cálculo.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo do PIS.”

Ciente do acórdão da DRJ, a contribuinte apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual alega que:

i) A Administração Tributária não pode deixar de apreciar pedidos devidamente apresentados, sob a simples alegação de que não cabe à instância administrativa se manifestar sobre questões em que se atacam ilegalidades e inconstitucionalidades de lei ou norma jurídico-tributária. Fundamenta esta afirmação no livre convencimento do julgador, previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 6/3/1972, no princípio da ampla competência decisória, e no Parecer PGFN/CRE nº 439/96.

ii) A incidência da Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep sobre o ICMS corresponderia a um adicional de ICMS, cuja cobrança feriria os princípios da seletividade e da não-cumulatividade, logo, seria inconstitucional.

Em 31/8/2012, fls. 173/175, com base em proposta do então relator, o Conselheiro José Luiz Bordignon, e com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 62A do Anexo II do Regimento Interno do CARF e na Portaria CARF nº1, de 3/1/2012, o Presidente desta turma especial determinou o sobrerestamento do julgamento do recurso.

Posteriormente, considerando que a Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62A do Anexo II do Regimento Interno do CARF e que o relator originário não mais integrava a 1ª Turma Especial da 3ª Seção de Julgamento, os autos foram incluídos em lote que foi a mim sorteado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Sergio Celani, Relator.

Admissibilidade do recurso voluntário.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos para julgamento nesta turma especial.

Não há mais determinação de sobrerestamento do julgamento do recurso, tendo em vista a revogação dos parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Sobre a não-apreciação de argumentos de caráter constitucional na decisão recorrida

Os órgãos julgadores administrativos não possuem competência para decidir sobre constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Diz a Constituição Federal de 1988:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

(...)”

Em consonância com esta atribuição de competência, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 6/3/1972, alterado pela lei nº 11.941, de 2009, conversão da MP nº 449, de 2008, dispõe.

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de constitucionalidade.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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

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

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

Em relação à matéria em discussão, não ocorreu nenhuma das excludentes à aplicação do *caput* do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972.

Esclarece-se que este decreto é a norma, com *status* de lei, que rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, e que a manifestação de inconformidade e o recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nos casos de não-homologação de compensação devem obedecer ao rito processual nele estabelecido, por força do disposto no art. 74, §§ 9º, 10 e 11, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

No caso, o princípio da legalidade, expressamente previsto no art. 37 da Constituição da República de 1988, tem primazia sobre os princípios invocados pela recorrente.

Portanto, correta a DRJ/CPS ao decidir não apreciar as argüições de inconstitucionalidade.

Alegações de inconstitucionalidade no Recurso Voluntário.

Nos julgamentos proferidos pelo CARF aplicam-se a mesma vedação legal e o artigo 62, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, cujo comando é o mesmo do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, alterado pela lei nº 11.941, de 2009, conversão da MP nº 449, de 2008.

E a Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória pelos membros do CARF, por força do disposto no art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, diz:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Assim, também neste julgamento, as argüições de inconstitucionalidade não podem ser apreciadas.

A incidência da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep sobre o ICMS

O art. 62-A do Anexo II, do RICARF, determina que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11/1/1973, Código de Processo Civil-CPC, devem ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Este artigo não se aplica ao caso, pois, apesar de a matéria estar submetida à sistemática prevista no dispositivo, ainda foi proferida decisão judicial definitiva.

A ADC nº 18 e os RE 240.785 e 574.706/PR, que repercutiriam neste julgamento administrativo, não se encontram definitivamente decididos.

Por outro lado, no Recurso Especial-REsp nº 1.127.877-SP, recebido na origem segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, conforme despacho proferido pelo Senhor. Relator, Min. Teori Zavascki, em 03/11/2009, o STJ proferiu decisão monocrática e definitiva, transitada em julgado em 20/06/2012, cuja ementa é a seguinte:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009."

Apesar de monocrática, esta decisão é definitiva e proferida na sistemática do art. 543-C do CPC, logo, tendo em vista o disposto no art. 62-A do Anexo II do RICARF, deve ser reproduzida no presente julgamento.

Neste sentido, o **Acórdão nº 3802-002.080, de 25/9/2013, da 2ª TE, no processo nº 11020.901417/2009-16**, em que atuei como relator:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 15/09/2004

INCONSTITUCIONALIDADE. DE NORMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

Não compete aos julgadores administrativos pronunciar-se sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

DESPACHO DECISÓRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE.

Não é nulo o Despacho Decisório que contém os elementos essenciais do ato administrativo.

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO.

O ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins, conforme decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.87/SP, proferido segundo a sistemática do art. 543-C do CPC, que deve ser seguida no âmbito do CARF, por força do art. 62-A do seu Regimento Interno.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO DE CRÉDITO. LIQUIDEZ E CERTEZA.

Não é líquido e certo crédito decorrente de pagamento informado como indevido ou a maior, se o pagamento consta nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil como utilizado integralmente para quitar débito informado em DCTF e a contribuinte não prova com documentos e livros fiscais e contábeis erro na DCTF.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DA PROVA.

A interessada deve apresentar as provas que sustentam o direito alegado nos momentos previstos na lei que rege o processo administrativo fiscal.

Recurso Voluntário Negado.”

Esta 1ª Turma Especial tem decidido a favor da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep. São exemplos os seguintes acórdãos:

Acórdão nº 3801-003.233, de 27/3/2014, 1ª TE, no processo nº 11030.904420/2012-78; Relator Conselheiro Marcos Antônio Borges.

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/03/2005

PIS. COFINS. RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. INDEFERIMENTO.

O valor do ICMS compõe o preço da mercadoria integrando assim o faturamento, que é base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, não havendo razão para a sua exclusão sem expressa disposição legal.

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado”

Acórdão nº 3801-003.400, de 24/4/2014, 1^a TE, no processo nº 10920.911203/2012-47; Relator Conselheiro Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano calendário: 2005

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aplicação da Súmula nº 2 do CARF.

Recurso Voluntário Negado.”

Extraio do voto condutor do acórdão nº 3801-003.233, da lavra do Conselheiro Marcos Antônio Borges, as seguintes considerações:

“O valor do ICMS compõe o preço da mercadoria sendo calculado “por dentro”, ou seja, o montante do próprio imposto está incluído na sua base de cálculo, nos termos do art. 13, §1º, inciso I da LC 87/96, integrando assim a receita bruta ou faturamento, que é base de cálculo das contribuições, não havendo razão para a sua exclusão sem expressa disposição legal para tanto.

A Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, I autoriza apenas a exclusão do ICMS “quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. Em nenhum momento, porém, autoriza a exclusão do ICMS das próprias vendas.

Em relação ao PIS, a partir da Lei 10.637, de 2002, e à Cofins, a partir da Lei 10.833, de 2003, para aquelas empresas sujeitas ao regime não cumulativo de apuração das referidas contribuições, estas passaram a ter como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, ,porém não trazendo qualquer disposição que se refira à possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo. O inciso VII do art. 1º das retrocitadas leis, incluído pela Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009, prevê apenas a exclusão das receitas decorrentes de transferência onerosa de créditos acumulados de ICMS originados de operações de exportação.

Em relação ao PIS, a Jurisprudência encontrava-se pacificada, sendo editada a Súmula nº 68 pelo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

‘Súmula: 68 A PARCELA RELATIVA AO ICM INCLUI-SE NA BASE DE CALCULO DO PIS.’’

Em reforço, no julgamento do RE nº 582.461/SP, em 18/05/2011, o Plenário do STF decidiu, em regime de repercussão geral, que o montante de ICMS deve ser incluído na própria base de cálculo, pois integra o valor da operação. Transcrevo parte da ementa que interessa:

“3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/88, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/96), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação.”

Uma vez que o ICMS faz parte do valor da operação e é recebido pelo vendedor, integra as bases de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.:

(assinado digitalmente)
Paulo Sergio Celani.