ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13746.000271/2007-78
CÓPIA

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

Processo nº	13746.000271/2007-78
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3302-002.821 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	27 de janeiro de 2015
Matéria	Restituição
Recorrente	NITRIFLEX S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/2002 a 31/03/2002

ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Súmula nº 2 do CARF. Não é competência do CARF se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em negar provimento ao Recurso Voluntário nos termos da Conselheira Relatora.

(assinado digitalmente)

Walber José Da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Fabiola Cassiano Keramidas - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva (Presidente), Paulo Guilherme Deraulede, Gileno Gurjão Barreto, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Fabiola Cassiano Keramidas.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 02/06/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/0
6/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/06/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Relatório

Trata o presente processo de Pedido de Restituição de crédito de PIS no valor de R$ 6.021,93, e de COFINS no valor de R$ 27.793,54, ambos relativos ao período de apuração março/2002.

O direito reclamado funda-se na inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais considerada indevida pela contribuinte.

A Equipe de Acompanhamento dos Maiores Contribuintes indeferiu o pleito, por meio do Parecer EQMACO nº 104/2010 (fls.32/33), decisão ratificada pelo Despacho Decisório exarado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Nova Iguaçu (fl. 34).

A contribuinte tomou ciência do Parecer e do despacho decisório em 17/08/2010 (fl. 36) e, inconformada, protocolou, em 16/09/2010, a Manifestação de Inconformidade de fls. 40/51, alegando em síntese que:

a) o ICMS não pode representar materialidade da contribuição para as exações do PIS e da COFINS, não podendo formar as suas bases de cálculo;

b) transcreve trecho do voto do Ministro Marco Aurélio do RE nº 240.785-2;

c) os Tribunais Regionais Federais estão acompanhando o entendimento que está sendo firmado no Supremo Tribunal Federal. Cita ementas exemplificativas do posicionamento dos Tribunais acerca da matéria;

d) Por fim, requer seja conhecida e provida a manifestação de inconformidade, e deferido integralmente o pedido de restituição formulado.

A DRJ julgou improcedente o pedido com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/2002 a 31/03/2002

COFINS/PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO

O ICMS compõe o preço da mercadoria e faz parte do faturamento, integrando a base de cálculo da COFINS e do PIS.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Apresentou a Recorrente Recurso Voluntário que se vale dos mesmos argumentos apontados na manifestação de inconformiade.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 02/06/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/0
6/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/06/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 02/06/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/0
6/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/06/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

O objeto de discussão no presente processo é a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e para a COFINS.

Por se tratar de inconstitucionalidade tenho que não é possível aos membros desse Conselho examinar a matéria, pois o controle de constitucionalidade das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso.

Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, assim 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 inconstitucionalidade****.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)(grifou-se)*
>
> *(...)*
>
> *§ 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 n° 10,522, de 19 de julho 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,*

Vale observar que, no caso em tela, não ocorreu nenhuma das exceções previstas no §6° do artigo acima transcrito.

Outrossim, essa discussão já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme o disposto na Súmula 2:

> Súmula CARF n° 2:
>
> *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 02/06/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/0
6/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/06/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nesse sentido, voto por não conhecer do presente recurso.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

Fabiola Cassiano Keramidas - Relatora

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 02/06/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/0
6/2015 por FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Assinado digitalmente em 02/06/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA