



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

Processo n° 15165.001176/2011-34
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-002.765 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2014
Matéria COFINS IMPORTAÇÃO RESTITUIÇÃO
Recorrente BLUETRADE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2010 a 31/12/2010

MATÉRIA SUBMETIDA À REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO DEFINITIVO.

Aplica-se ao julgamento no CARF o mesmo entendimento contido em decisões definitivas 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 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, por determinação de regra contida no Art. 62-A do RICARF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2010 a 31/12/2010

EXCLUSÃO DO ICMS E DO PIS/COFINS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS-IMPORTAÇÃO. RE Nº 559.937 TRANSITADO EM JULGADO. REPRODUÇÃO DO JULGAMENTO JUDICIAL.

O STF reconheceu no RE nº 559.937 a inconstitucionalidade da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04. O entendimento do Tribunal deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

(Assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente.

(Assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Relatora.

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face do Acórdão nº 07-28.956 1ª Turma da DRJ/FNS, proferido na sessão de 23 de maio de 2012.

Na origem, a interessada registrou Declarações de Importação emitidas para amparar a importação de mercadorias estrangeiras, recolhendo as contribuições Cofins-importação.

Posteriormente, em 27/04/2011, protocolou pedido Retificação das DI e de Petição de Restituição dos valores recolhidos sob o argumento de que a base de cálculo determinada pela Lei nº 10.865/2004 é inconstitucional.

Após o protocolo do pedido de restituição de fls. 01 a 04 a requerente transmitiu Declarações de Compensação Eletrônicas - PER/DCOMP - utilizando a totalidade do crédito requerido, trata-se das DCOMP nº 41182.37184.110511.1.7.04-0816 e 28635.35499.120511.1.3.04-6518.

A unidade competente proferiu o Despacho Decisório indeferindo o pedido sob o fundamento de que não cabe ao Poder Executivo declarar inconstitucionalidade de lei, tão pouco negar-lhe aplicação e que tal "falta de legitimidade" está retratada no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal. Que o pleito contraria o disposto no art. 7º, caput, inciso I, da Lei nº 10.865/2004 ao qual encontra-se vinculada.

Cientificada do indeferimento a interessada a apresentou "manifestação de inconformidade", na qual alega, em síntese, que o artigo 7º da Lei nº 10.865/04 é inconstitucional e ilegal, na medida em que não respeita o artigo 149 da Constituição Federal e o Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994 (GATT), promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994. Defende, assim, que há ofensa ao disposto no artigo 110 da Lei nº 5.172/1966, Código Tributário Nacional, por alteração de conceito de "valor aduaneiro", bem como ofensa ao artigo 149, §2º, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal.

Requeru fosse provida a manifestação de inconformidade e reformada a decisão que indeferiu seu pedido de restituição, bem como a homologação da compensação vinculada ao presente processo.

Os membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC), por unanimidade de votos, julgaram improcedente a manifestação de inconformidade, consoante se demonstra pela ementa a seguir transcrita:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário:2010

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”

Em 19/06/2012 (AR de e-fl. 314), por meio do Comunicado nº 65/2012-SARAC/ALF /ITJ a contribuinte foi cientificada do Acórdão nº 07-28.956 1ª Turma da DRJ/FNS e, em 20/07/2012, apresenta o seu Recurso Voluntário onde reprisa os argumentos de defesa anteriormente apresentados, por intermédio dos itens e sub itens a seguir dispostos:

I- DOS FATOS

II- DO DIREITO

II.1.- QUESTÃO PASSÍVEL DE JULGAMENTO PELA VIA ADMINISTRATIVA.

Neste sub item esclarece que não se deduziu em sua Manifestação de Inconformidade a inaplicabilidade do art. 7º, I da Lei nº !0.865/2004 em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, o que se pretende ver reconhecido, é a real base de cálculo da Cofins-Importação, tal qual previsto na Constituição Federal, pois cabe ao administrador aplicar a legislação de acordo com a Lei Maior.

Afirma que cabe à administração interpretar o art. 7º, I da Lei nº !0.865/2004 de modo compatível com a Constituição, extirpando da base de cálculo da Cofins- Importação os valores correspondentes ao ICMS e às Contribuições Sociais destinadas ao PIS e à COFINS, concluindo que a base de cálculo é apenas o valor aduaneiro, posto que esta é a exegese do Art. 149,§2º,III, alínea “a” da Constituição Federal,e neste contexto, o Ato Administrativo nascerá legal, repousando no berço da Constitucionalidade e legalidade, sem haver o pronunciamento da inconstitucionalidade levantada.

Em face disto, a apreciação da constitucionalidade,que configura a legalidade elevada ao mais alto grau, impõe-se como dever de ofício aos agentes públicos que tenham incluída em sua competência a apreciação e a decisão de postulações e requerimentos fundados em normas legais.

II.2. A EXEGESE DO ART. 7º, I DA LEI Nº 10.865/2004 SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL;

Aqui aduz que o indeferimento do pedido de restituição não pode prevalecer, pois existe ilegalidade da cobrança em razão da inconstitucionalidade da base de cálculo dos PIS/COFINS prevista no art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004, quando esta alarga a base de cálculo da COFINS. Tece considerações para demonstrar a inconstitucionalidade, citando os conceitos de valor aduaneiro existente no Art. 1º do GATT e no art. 75 do Regulamento Aduaneiro de 2002 e colaciona jurisprudência do TRF4. Acrescenta que a Lei nº 10.865/2004 fere o art. 110 do CTN quando altera definição do Valor Aduaneiro.

III- DO PEDIDO

Pede que seja dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão recorrida e deferindo-se o pedido de restituição e homologando a compensação vinculada ao pedido de restituição.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído.

É o relatório.

Voto

Conselheira MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ

O Recurso Voluntário foi apresentado com observância do prazo previsto no art. artigo 33 do Decreto n.º 70.235/1972 e das regras de competência previstas nos artigos 1º e 4º do Anexo II da Portaria MF nº. 256, de 22/06/2009, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele deve-se tomar conhecimento.

Da análise dos autos, constata-se que a lide diz respeito à exclusão do ICMS e do PIS/COFINS da base de cálculo da COFINS importação, sob o argumento de ser inconstitucional o art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004, quando esta alarga a base de cálculo da COFINS para além do “Valor Aduaneiro”.

Não obstante a recorrente defesa que os argumentos apresentados na sua manifestação de inconformidade são passíveis de julgamento pela via administrativa, posto que, segundo afirma, tais visavam apenas uma interpretação da legislação de acordo com a Lei Maior, e não a declaração de inconstitucionalidade pela autoridade Julgadora da Administração Pública Federal, constata-se, ao contrário, que contribuinte, tal como se deu na petição de restituição, efetivamente ali alegou a inconstitucionalidade do art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004, visando afastar a parte do dispositivo que diz “...*acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do caput do art. 3º desta Lei*”, exatamente como consta sob análise no Recurso Extraordinário (RE) nº 559.937.

Os mesmos argumentos de inconstitucionalidade são apresentados no presente recurso voluntário.

Sabe-se, porém, que o processo administrativo fiscal não se presta à discussão acerca da inconstitucionalidade/ilegalidade de leis emanadas e regularmente editadas pelo Congresso Nacional, porque a autoridade administrativa não tem competência para tanto, pois encontra-se estritamente vinculada aos textos legais, que deve cumprir, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional, de modo que a apreciação de tais matérias são de exclusiva atribuição do Poder Judiciário, que detém a palavra final sobre o assunto, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, a esse respeito, cabe ressaltar a expressa vedação constante no Art.26-A, caput, do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, com a Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009), segundo o qual, “*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*”. Por outro lado, o artigo 7º da Portaria MF nº 258/2001 determina que a autoridade julgadora administrativa deve observar o conteúdo das disposições legais, bem como o entendimento da Receita Federal expresso em atos tributários.

No mesmo sentido, o entendimento referendado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF - com a publicação, no Diário Oficial da União de 12 de janeiro de 2011, da seguinte súmula, que se transcreve, para maior clareza:

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

Ademais, não se trata de interpretação de lei em conformidade com a Constituição, mas, sim, da efetiva aplicação da lei, posto que o dispositivo do art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004, ora questionado, expressamente prevê a inclusão do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e o valor das próprias contribuições na base de cálculo do PIS/Cofins Importação. Assim, tanto a autoridade Administrativa, por meio do Despacho decisório, quanto a decisão de 1ª instância cuidaram da devida aplicação da legislação tributária atinente aos fatos.

Em sendo assim, é de se concluir que, em estando vigente a legislação questionada ao tempo em que foi prolatada a decisão adotada pela autoridade de primeira instância, sobre a mesma não se encontraria incorreção.

Cabe esclarecer que tal qual se dá com as normas do Processo Administrativo Fiscal já acima citadas (art. 59 do Decreto nº 7.574, de 2011, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972), também a norma do Regimento Interno do Carf - RICARF (Anexo II à Portaria MF n. 256, de 2009), consubstanciada na disposição do *caput* do artigo 62, da mesma forma como disposto na Súmula Carf nº 2, veda ao Carf a possibilidade de, originalmente, reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou decreto com o fim de afastar a aplicação da norma ao caso concreto.

Contudo, o parágrafo único do mencionado artigo 62 do RICARF (Portaria MF nº 586/2010) estabelece a exceção para o caso em que a lei, tratado ou ato normativo já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal

Federal e, também, o artigo 62-A¹ do RICARF estabelece que no caso de existir decisões definitivas 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 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, sobre a mesma matéria em litígio administrativo deve-se aplicar o entendimento do Tribunal, cuja decisão deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

É o caso do presente processo, pois como é sabido, esta questão atinente à análise de inconstitucionalidade da art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004 em face da inclusão do ICMS e do PIS/COFINS na base de cálculo da PIS/COFINS importação encontrava-se sob repercussão geral reconhecida no STF por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 559.607.

E que, em julgamento retomado e finalizado em 20/03/13, o Plenário do STF, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 559.937 interposto pela Fazenda Nacional e declarou a inconstitucionalidade da parte final do art. 7º, I, da Lei nº 10.865/2004, a qual dispõe "...acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do caput do art. 3º desta Lei", in verbis:

“Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04, e, tendo em conta o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional no RE 559.607, determinou a aplicação do regime previsto no § 3º do art. 543-B do CPC, tudo nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora). Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem da Procuradoria da Fazenda Nacional que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 20.03.2013.”

¹ 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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou
II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- 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 julho de 2002;
- súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou
- parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. 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 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Portaria MF nº 586/2010)

Nos termos do voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, proferido em 20/10/2010 e na sessão de 20/03/2013 acompanhado pelos demais Ministros, a Lei nº 10.865/2004 extrapolou a norma do art. 149, § 2º, III, "a", da CF, ao determinar que o PIS e a Cofins incidentes sobre a importação fossem calculados não apenas sobre o valor aduaneiro, mas também sobre o valor do ICMS e das próprias contribuições.

A PGFN, entretanto, ingressou com Embargos de Declaração para solicitar a modulação dos efeitos dessa decisão, a fim de que a inconstitucionalidade declarada tivesse efeitos apenas a partir do julgamento de referido RE, exceto para aqueles que já tivessem ajuizado ação até a data daquele julgamento.

Os embargos foram julgados pelo o plenário em 17/09/2014, que não os acolheu, consoante a ementa que a seguir se transcreve:

“EMENTA

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade de parte do inciso I do art. 7º da Lei 10.865/04. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade.

1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contém indicação concreta, nem específica, desse risco.

2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos.

3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal.

4. Embargos de declaração não acolhidos.”

O inteiro teor do Acórdão dos Embargos ao RE 559.937 foi publicado no DJE 14/10/2014 - ATA Nº 149/2014. DJE nº 200, divulgado em 13/10/2014, sem que tenha havido qualquer outro recurso.

Desta feita, o mencionado o Recurso Extraordinário (RE) nº 559.937 transitou em julgado na data de 24 de outubro de 2014.

Portanto, em aplicação à regra contida nos artigos 62 e 62-A, deve este colegiado adotar o mesmo entendimento proferido no Julgamento do RE 559.937, transitada em julgado em 24/10/2014, cuja decisão foi acima transcrita.

CONCLUSÃO

Com base na fundamentação acima posta, conduzo o meu voto no sentido de **Dar Provimento ao Recurso Voluntário, para reconhecer o direito creditório decorrente da exclusão do ICMS e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS/COFINS Importação,**

Processo nº 15165.001176/2011-34
Acórdão n.º **3302-002.765**

S3-C3T2
Fl. 342

cuja valoração será apurada pela unidade de origem, e homologar as compensações até o limite do crédito reconhecido.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Relatora