



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 19515.004393/2010-39

Recurso nº Voluntário

Resolução nº 1202-000.168 – 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária

Data 6 de março de 2013

Assunto ICMS na base do PIS e da COFINS

Recorrente PLEXPEL COMERCIO E INDUSTRIA DE PAPEL LTDA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em determinar o sobrerestamento do julgamento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Nelson Lóssio Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lóssio Filho, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto, Orlando José Gonçalves Bueno e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face de decisão de primeira instância, que apreciou impugnação apresentada em face de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, referentes a valores tributáveis apurados no ano calendário de 2002.

Com a devida licença do colegiado, adota-se trecho do relatório da decisão de primeira instância que bem resume os motivos do lançamento e as razões da defesa, abaixo reproduzido:

O lançamento baseou-se na escrita comercial da impugnante, de onde foram extraídos os dados necessários à apuração dos quatro tributos, tendo em vista que nenhum débito foi consignado em DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) pela contribuinte. Esta, não resignada com a autuação, manifestou seu inconformismo em extensa impugnação, vertida em cento e vinte três laudas, que pode ser resumida nos seguintes tópicos:

1 - Nulidade do lançamento, uma vez que a fiscalização não se iniciou com a expedição e apresentação do competente mandado de procedimento fiscal - MPF à impugnante. A exigência do MPF é condição de procedibilidade para o exercício da competência e para o início do procedimento fiscal. Promete a validade do lançamento.

2 – Não foi lavrado termo de início de fiscalização.

3 – Os autos de infração foram lavrados fora do domicílio da autuada.

4 – Os autos de infração carecem de fundamentação legal e afrontam os princípios da estrita legalidade, capacidade contributiva e não confisco.

5 – Exame de escrita realizado por servidor não habilitado legalmente, porquanto o Auditor-Fiscal não comprovou ser contabilista.

6 – Decadência.

7 – Ilegalidade da lei (sic), porquanto foi aplicada multa de 366,67%. A multa decorrente de inadimplemento de obrigações no seu termo não pode ser superior a 2% do valor da prestação.

8 – Inconstitucionalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre os valores devidos a título de ICMS.

9 – Inconstitucionalidade do ICMS decorrente da inclusão do valor do tributo na sua própria base de cálculo. À lei complementar não é dado alterar a base de cálculo do tributo definida na Constituição Federal. Assim, é inconstitucional a base de cálculo do ICMS definida pela Lei Complementar nº 87/1996, no art. 13, §1º, inciso I, que determina o cálculo “por dentro”, de modo a que o tributo venha a integrar a sua própria base de cálculo.

Essa forma de apuração implica majorar as alíquotas.

10 – Inconstitucionalidade da legislação estadual relativa à base de cálculo do ICMS.

11 – Motivação inexistente e inidônea.

12 – Juros de mora calculados com base na taxa Selic, que não pode ser utilizada como critério de cálculo de juros moratórios incidentes sobre débitos de natureza fiscal.

13 – Ilegalidade da multa aplicada e seu caráter nitidamente confiscatório.

Ademais, não há prova de fraude fiscal, sonegação ou má-fé.

14 – Obstrução ao direito de defesa e preterição de formalidade essencial, já que o Auditor-Fiscal indeferiu pedido da impugnante que era essencial ao desfecho da lide. Não foi dado tempo suficiente para que fossem coligidos os dados necessários ao esclarecimento dos fatos. Requereu-se verbalmente um prazo de trinta dias para provar que os valores exigidos eram indevidos.

15 – O crédito tributário é inexistente. O lançamento é nulo porque produto de mero arbitramento unilateral, sem observância do disposto no art. 148 do Código Tributário Nacional – CTN.

16 – Não ficou provado que houve saldo credor de caixa, que é o método mais tradicional de omissão de receita.

17 – A impugnante ofertou documentos comprobatórios de sua atividade, procurando demonstrar que era indevida qualquer pretensão de cobrança de PIS e de COFINS.

18 - Inconstitucionalidade das leis que alteraram a base de cálculo do PIS e da COFINS, já que lei complementar não pode ser modificada por lei ordinária e a ampliação da base de cálculo se fez ultrapassando os limites do conceito de faturamento adotado pela Constituição.

A 2ª Turma da DRJ/Campo Grande julgou improcedente a impugnação apresentada em face da autuação, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITOR-FISCAL. COMPETÊNCIA. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL. CONTADOR. NÃO EXIGIDA.

O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DA LAVRATURA. VALIDADE.

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

PROVA TÉCNICA. FATO CONTROVERSO E RELEVANTE. CABIMENTO.

A realização de perícia só deve ser deferida quando vise a apurar fato controverso e relevante para o julgamento do processo, observados os requisitos formais estabelecidos no art. 16 do Decreto nº 70.235/1972.

DECISÃO ADMINISTRATIVA. FUNDAMENTAÇÃO. VALIDADE.

A fundamentação, requisito de validade da decisão administrativa, consiste em exteriorizar as razões de fato e de direito que levaram a autoridade ou o órgão julgador a decidir em um determinado sentido, sendo dispensável a indicação de dispositivos legais ou regulamentares.

MULTA. VEDAÇÃO AO CONFISCO. EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É vedado ao órgão administrativo o exame da constitucionalidade da lei e de eventuais ofensas pela norma legal a princípios constitucionais, inclusive aquele que veda o tributo confiscatório.

JUROS SELIC. APLICABILIDADE.

É cabível a utilização da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, dada a existência de previsão legal nesse sentido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

[idem IRPJ]

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

[idem IRPJ]

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS. FALTA DE AMPARO LEGAL.

A pretensão de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores devidos à título de ICMS não encontra amparo na legislação em vigor.

FATURAMENTO. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A inconstitucionalidade reconhecida pelo E. Supremo Tribunal Federal se refere à inclusão no campo de incidência do tributo de receitas não oriundas da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

[idem PIS]

Cientificado dessa decisão em 20/04/2012 (fl.495), o contribuinte, inconformado, interpôs recurso voluntário ao CARF, em 21/05/2012 (fls.496 e ss.) em que, repisando as razões da impugnação, aponta que as questões suscitadas na impugnação não foram devidamente apreciadas, em violação ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, inclusive o temporal, o recurso merece ser conhecido.

Na análise do recurso, contudo, depara-se com uma questão prejudicial ao julgamento, pois, dentre as matérias litigiosas, encontra-se a dedução do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, com a alegação de que sua inclusão é ilegítima e inconstitucional, tendo apontado a recorrente a “*inconstitucionalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre os valores devidos a título de ICMS*”.

A DRJ concluiu que “*a pretensão de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores devidos à título de ICMS não encontra amparo na legislação em vigor*”.

A discussão sobre a exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, nos mesmos moldes da do IPI, considerando-se que esta tem previsão legal e aquela, não, chegou ao STF com o início do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, após ter sido pacificada no âmbito do STJ, com a edição das Súmulas 68 (“*A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS*”) e 94 (“*A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL*”).

Após iniciado o julgamento, pelo STF, do RE mencionado, a União ajuizou uma ação direta de constitucionalidade (ADC nº 18), pretendendo legitimar a inclusão do ICMS na composição base de cálculo do PIS e da Cofins, com pedido de declaração de constitucionalidade do inciso I do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em face do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, assim como de adoção de efeitos prospectivos (*ex nunc*), em caso da eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em tela.

Considerando que a decisão na ADC produziria efeitos sobre a totalidade dos processos envolvendo o mesmo tema, o STF decidiu que, apesar de iniciado o julgamento do tema no referido RE 240.785, a análise da mencionada ADC deveria ter precedência, e deferiu, por maioria, medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolvessem a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF. O prazo dessa decisão liminar foi prorrogado até setembro de 2010, não tendo sido julgado o mérito até a data de hoje.

Todavia, a repercussão geral sobre o tema “*inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS*” (tema 69) foi reconhecida pelo Plenário Virtual, em 25/04/2008, no Recurso Extraordinário nº 574.706.

O Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 e alterações posteriores, determina:

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 543B e 543C 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.

§ 1º Ficarão sobreestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobreestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

§ 2º O sobreestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes."(AC)

Visando regulamentar aquele dispositivo, a Portaria CARF nº 1, de 03/01/2012, determina que o procedimento de sobreestamento “*somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobreestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso*” (art. 1º, parágrafo único), cabendo ao relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, se o caso concreto se enquadra, em tese, na hipótese de sobreestamento (art. 2º).

Após pesquisa, verificou-se que, seguindo a orientação consubstanciada no julgamento de questão de ordem no RE 540.410, foram proferidos despachos monocráticos em diversos processos que tratam do tema de interesse para este julgamento, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para os fins previstos no art. 543-B do CPC, tais como no RE 582.713, RE 404.887, RE 570.203, RE 611.698, dentre outros.

Por todos, colaciona-se o despacho proferido no Recurso Extraordinário nº 682.886, publicado em 30.05.2012, cuja decisão restou assim ementada:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE 540.410-QO, rel. min. Cezar Peluso, acolheu questão de ordem no sentido de "determinar a devolução dos autos, e de todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria, ao Tribunal de origem, para os fins do art. 543-B do CPC" (Informativo 516, de 27.08.2008). Decidiu-se, então, que o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil também se aplica aos recursos interpostos de acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 cujo conteúdo verse sobre tema em que a repercussão geral tenha sido reconhecida. No presente caso, o recurso extraordinário versa sobre tema (tema 69) cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 RG, rel. min. Cármem Lúcia, assim do: "Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785." Do exposto, nos termos do art. 328 do RISTF (na redação dada pela Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no art. 543-B e parágrafos do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 18 de maio de 2012. Ministro JOAQUIM BARBOSA - Relator

Diante dessas considerações, verificando a prejudicialidade entre a matéria tratada nestes autos e aquela reconhecida como de repercussão geral, quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, voto por sobreestar o julgamento do presente recurso, até que seja proferida decisão definitiva sobre a matéria pelo E. Supremo Tribunal Federal.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner