



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

Processo n° 10820.003688/2007-64
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-004.848 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 31 de janeiro de 2019
Matéria RESTITUIÇÃO
Recorrente BRUSCHETTA & CIA LTDA - EPP
Recorrida FAZEBDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 15/07/1999, 15/06/1999, 15/05/2006, 10/11/1998, 10/03/1999, 09/04/1999, 30/06/2004, 14/06/2006, 26/07/2006, 16/08/2006, 15/09/2006, 13/10/2006, 15/12/2006, 15/01/2007, 16/02/2007, 20/03/2007, 19/04/2007, 18/05/2007, 20/06/2007, 20/07/2007

DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA.

O direito à restituição/ressarcimento/compensação deve ser comprovado pelo contribuinte, porque é seu o ônus. Na ausência da prova total em vista dos requisitos de certeza e liquidez, conforme art. 170 do CTN, o pedido deve ser homologado até o limite do direito creditório reconhecido.

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO RECORRIDA. DEFINITIVIDADE DA DECISÃO DO ÓRGÃO A QUO.

Não tendo sido produzidas alegações em sede recursal sobre determinada matéria julgada pela instância *a quo* e não sendo esta de ordem pública, passível de reconhecimento de ofício, resta preclusa a matéria e definitiva a decisão.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/07/1999, 15/06/2004, 15/05/2006, 10/11/1998, 10/03/1999, 09/04/1999, 30/06/2004, 14/06/2006, 26/07/2006, 16/08/2006, 15/09/2006, 13/10/2006, 15/12/2006, 15/01/2007, 16/02/2007, 20/03/2007, 19/04/2007, 18/05/2007, 20/06/2007, 20/07/2007

DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA.

O direito à restituição/ressarcimento/compensação deve ser comprovado pelo contribuinte, porque é seu o ônus. Na ausência da prova total em vista dos requisitos de certeza e liquidez, conforme art. 170 do CTN, o pedido deve ser homologado até o limite do direito creditório reconhecido.

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO RECORRIDA. DEFINITIVIDADE DA DECISÃO DO ÓRGÃO *A QUO*.

Não tendo sido produzidas alegações em sede recursal sobre determinada matéria julgada pela instância *a quo* e não sendo esta de ordem pública, passível de reconhecimento de ofício, resta preclusa a matéria e definitiva a decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisário, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Relatório

Por retratar com fidelidade os fatos, adoto, com os devidos acréscimos, o relatório produzido em sede de Manifestação de Inconformidade, o qual está consignado nos seguintes termos:

"A empresa acima identificada ingressou, em 12/12/2007, com Pedido de Restituição de pagamentos, que alega terem sido efetuados a maior, relativos ao IRPJ, CSLL, Cofins e PIS, no valor total de R\$ 272.168,71, atualizado até novembro de 2007, decorrente da suposta inclusão indevida dos valores do ICMS na base de cálculo dos referidos tributos e contribuições sociais, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

Por meio do Despacho Decisório proferido em 08/05/2009, o pedido de restituição foi indeferido, não se reconhecendo o direito creditório, com fundamento, em parte, nas preliminares de ausência de liquidez e certeza do crédito pleiteado (erros apontados nas planilhas demonstrativas) e de decadência do direito de pleitear o indébito, e, no mérito, com supedâneo legal no art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98.

Do Parecer SAORT nº 10820/261/2009, que amparou o Despacho Decisório, cabe transcrever o seguinte trecho:

Juntou, ... às fls. 10 a 17, fundamentação do pedido de restituição e às fls. 18 a 23, planilhas demonstrativas dos cálculos de apuração do indébito, concernentes ao PIS e à Cofins. Observo que não foram anexadas pela contribuinte, as planilhas de cálculos dos supostos indébitos, relativos ao IRPJ e à CSLL e o valor pleiteado no presente pedido de restituição corresponde à soma exata dos valores consolidados nas planilhas de fls. 18 a 23. A solicitante anexou, ainda, as cópias de documentos de fls. 27 a 1.290.

[...]

I) AS PLANILHAS DEMONSTRATIVAS DO CRÉDITO POSTULADO

[...]

As planilhas demonstrativas do crédito pleiteado pela contribuinte, juntadas às fls. 18 a 23, no valor consolidado de R\$ 272.168,71, contêm uma série de erros, como:

- a) a inclusão de valores de pagamentos não efetuados, conforme pesquisa realizada no sistema eletrônico de pagamentos da RFB - Sinal (fls. 1291 a 1306), cujos créditos tributários foram extintos mediante compensação (PIS: fls. 31; 37 a 48; 62 a 67; 90 a 100; 113 a 114 e Cofins: fls. 54 a 58; 60 a 61; 75 a 76; 78; 132 a 139; 152 a 153; 158 a 161; 177 a 180; 183; 185; 187; 206 a 207; 210 a 212; 226 a 230; 251 a 256 e 295).*
- b) inserção de valores de pagamentos em montantes diferentes daqueles efetivamente recolhidos aos cofres da União, nos períodos de apuração correspondentes (em alguns casos, observa-se que a contribuinte somou o valor pago com o valor do crédito extinto mediante compensação):*

TRIBUTO	PERÍODO	VENCIMENTO	V. INSERIDO	V. PAGO	DATA/PAGAMENTO
PIS - 8109	06/1999	15/07/1999	1.428,03	784,66	15/07/1999
PIS - 6912	05/2004	15/06/2004	1.400,56	1.862,51	15/06/2004
PIS - 6912	04/2006	15/05/2006	1.359,96	1.260,26	15/05/2006
COFINS - 2172	10/1998	10/11/1998	3.605,14	2.775,38	10/11/1998
COFINS - 2172	02/1999	10/03/1999	4.908,86	4.100,00	10/03/1999
COFINS - 2172	03/1999	09/04/1999	4.123,31	4.052,39	09/04/1999
COFINS - 5856	02/2004	15/03/2004	15.270,14	5.048,61	30/06/2004
COFINS - 5856	05/2006	14/06/2006	11.711,37	455,41	14/06/2006
COFINS - 5856	05/2006	14/06/2006	Idem anterior	279,78	26/07/2006
COFINS - 5856	07/2006	15/08/2006	5.072,35	4.833,52	16/08/2006
COFINS - 5856	08/2006	15/09/2006	455,41	7.967,86	15/09/2006
COFINS - 5856	09/2006	13/10/2006	279,78	11.873,63	13/10/2006
COFINS - 5856	11/2006	15/12/2006	4.833,52	1.895,63	15/12/2006
COFINS - 5856	12/2006	15/01/2007	7.967,86	11.943,83	15/01/2007
COFINS - 5856	01/2007	16/02/2007	11.873,63	568,64	16/02/2007
COFINS - 5856	02/2007	20/03/2007	1.895,63	4.703,43	20/03/2007
COFINS - 5856	03/2007	20/04/2007	11.943,83	10.059,79	19/04/2007
COFINS - 5856	04/2007	18/05/2007	568,64	3.174,47	18/05/2007
COFINS - 5856	05/2007	20/06/2007	4.703,43	10.269,60	20/06/2007

TRIBUTO	PERÍODO	VENCIMENTO	V. INSERIDO	V. PAGO	DATA/PAGAMENTO
COFINS - 5856	06/2007	20/07/2007	10.059,79	1.420,51	20/07/2007

Dessa forma, as planilhas apresentadas não demonstraram a liquidez e a certeza dos cálculos executados, devendo ser refeita, se porventura a solicitante obtiver êxito em seu pleito mediante decisão definitiva no âmbito administrativo.

II) A EXTINÇÃO PARCIAL DO DIREITO DE PLEITEAR A RESTITUIÇÃO

[...]

Dessa forma, preliminarmente, deve ser considerado extinto o direito da contribuinte de pleitear a restituição dos pagamentos efetuados em data anterior a 13/12/2002, em razão do decurso do prazo legal previsto no art. 168, inciso I, do CTN (data da protocolização do pedido: 12/12/2007).

[...]

III) A ANÁLISE DO MÉRITO

[...]

Atendendo à interpretação lógico-sistemática do Diploma Fundamental e da legislação infraconstitucional, conclui-se que é plenamente legítima a inclusão do ICMS, acoplado ao preço da mercadoria, produto ou serviço, na base de cálculo da Cofins, do PIS e de qualquer tributo ou contribuição, que incida ou venha a incidir sobre o

faturamento das pessoas jurídicas. De fato, o custo relativo ao ICMS, quando incorporado ao preço da mercadoria (ou do produto ou serviço), passa a compor a representação de valor do bem, que circula economicamente, sendo, logo, também representação de circulação de riqueza, estando, assim, sujeito à tributação.

Portanto, a norma contida no art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98, ao determinar a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS, quando não for caso de substituição tributária, está abrangida pelo conceito de faturamento, estabelecido na norma de competência do art. 195, I, da Constituição da República.

Quanto à jurisprudência remansosa do STJ acerca da validade da norma em discussão, destacam-se os seguintes julgados:

"Súmula 68. A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS."

"Súmula 94. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

"Acórdão. "TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCIDÊNCIA DOS VALORES REFERENTES AO ICMS E AO IPI. As parcelas relativas ao ICMS e ao IPI incluem-se na base de cálculo do PIS e da COFINS. Recurso improvido."(RESP nº 746.038/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: 2º Turma .Decisão: 2/8/2007.)

No âmbito administrativo, o Conselho de Contribuintes vem, reiteradamente decidindo que o valor do ICMS, incluído no preço das mercadorias, integra a base de cálculo da COFINS, podendo-se citar os Acórdãos nºs 202-16.779, de 07/12/2005; 201-80.059, de 28/02/2007; 204-02.443, de 23/05/2007 e 203- 12.403, de 19/09/2007.

No tocante ao PIS, a jurisprudência administrativa vem decidindo que o ICMS, quando embutido no preço constante da nota fiscal, integra o valor dos produtos adquiridos e conseqüentemente a base de cálculo do referido tributo, não podendo ser concedida a sua exclusão da base de cálculo do PIS, por ausência de lei que contemple tal benefício.

[...]

Observe-se, finalmente, que a União ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal, em 10/10/2007, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 18-5/DF),

com pedido de medida cautelar, tendo por objeto o art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Em 13/08/2008, o Tribunal Pleno do STF, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deferiu a medida cautelar, suspendendo o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98, com a seguinte Ementa:

Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 30, 2º, inciso I, da Lei nº9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art 195, inciso I alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS.

1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.

2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº9.718/98.

3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamento no Supremo Tribunal Federal.

Em razão da precedência do controle direto de constitucionalidade sobre o controle difuso, em 14/08/2008, o Pleno do STF sobrestou o julgamento do Recurso Extraordinário 240.785 - MG, mencionado pela contribuinte nos presentes autos, tendo em vista a decisão proferida na ADC 18-5/DF.

Em 17/04/2009 (DJ), o Excelso Pretório prorrogou o prazo da decisão da liminar concedida na ADC 18-5/DF.

Dessa forma, permanece válida a presunção de constitucionalidade da norma jurídica que inclui o valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Diante do exposto, a autoridade administrativa deve aplicar as disposições expressas na lei, não havendo, até o presente momento, qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal que alcance a interessada, retirando a eficácia de tais dispositivos, ou ato emanado nos termos do art. 4º do Decreto n.º 2.346/97, que autorize no âmbito administrativo, a exclusão da base de cálculo do ICMS de obrigação própria da empresa. Lembro que é pacífica a jurisprudência sobre a incompetência dos órgãos julgadores administrativos para apreciar a inconstitucionalidade de normas legais, conforme enunciado de súmula do 1º Conselho de Contribuintes:

"Súmula nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Por oportuno, reitero que, com o julgamento da ADC 18-05/DF pelo STF, ficaram suspensos no Poder Judiciário todos os julgamentos sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, até que a Suprema Corte defina o seu mérito em sede de recurso extraordinário ainda pendente.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é do STF, cabendo aos órgãos administrativos apenas aplicar o entendimento firmado pela Suprema Corte. Portanto, no tocante à argüição de violação de preceitos constitucionais e de ilegalidade, foge à competência da autoridade administrativa, conforme já explicitado em item anterior desta decisão.

Não é demais repetir que a norma jurídica, regularmente editada, goza da presunção de legitimidade e constitucionalidade, cabendo a autoridade administrativa tão somente velar pelo seu fiel cumprimento, até que seja excluída do mundo jurídico mediante norma superveniente; declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no exercício do controle concentrado;

súmula vinculante, editada pelo STF, nos termos da Lei nº. 11.417, de 2006 ou, em última hipótese, resolução do Senado da República, que empreste efeitos erga omnes a uma declaração de inconstitucionalidade exarada na via difusa pelo Excelso Pretório, o que não ocorreu no presente caso até esta data."

A contribuinte foi cientificada do referido Despacho Decisório e apresentou, manifestação de inconformidade (fls. 1.331/1.353), onde alega, em síntese que:

- a Lei Complementar 87/96, do ICMS, alude que o mesmo incide sobre as operações mercantis e de prestação de serviços, autorizadas pela Magna Carta.

- O Supremo Tribunal Federal, em julgamento que conta já com a maioria dos ilustres Ministros, votou pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, entendendo que não se pode compreender no conceito de faturamento o tributo estadual, que é arrecadado e/ou suportado pela Recorrente, ou pago por substituição pela mesma, em favor do Estado Federado, não gerando qualquer riqueza que possa ser tributável.

- Assim, conclui-se que a Recorrente tem direito de que não seja incluído em sua base de cálculo do PIS e da COFINS, sobre suas

atividades, o ICMS, sendo que referida base deve ser única e exclusivamente o faturamento, excluindo-se os impostos.

- Efetuou recolhimentos indevidos, a maior, em decorrência da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme demonstrado pelos documentos e planilhas anexas, tendo em vista que essa base de cálculo não pode extravasar, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar.

- Com relação ao prazo para recuperação dos tributos, importante salientar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº. 644.736 - PE (2005/0055112-1), assim decidiu:

" Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova."

- Portanto, a contagem começa a partir da homologação tácita do pagamento, qual seja, 5 anos após o pagamento é homologado o lançamento, de forma tácita, e daí, começa o prazo de contagem da prescrição da restituição.

- Desta forma, não estão prescritos nenhum dos valores do presente processo.

- Por fim, requer seja acolhida e julgada a oposição apresentada, anulandose a decisão que indeferiu o Pedido de Restituição apresentado, reconhecendo o direito creditório da Recorrente conforme planilhas anexadas, face aos argumentos deduzidos, com seus desdobramentos de praxe."

A Manifestação de Inconformidade foi julgada improcedente e a decisão apresenta a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 15/07/1999, 15/06/2004, 15/05/2006, 10/11/1998, 10/03/1999, 09/04/1999, 30/06/2004, 14/06/2006, 26/07/2006, 16/08/2006, 15/09/2006, 13/10/2006, 15/12/2006, 15/01/2007, 16/02/2007, 20/03/2007, 19/04/2007, 18/05/2007, 20/06/2007, 20/07/2007

PAGAMENTOS A MAIOR. EXTINÇÃO DO DIREITO REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO.

A extinção do direito de pleitear a restituição de pagamentos supostamente efetuados a maior ocorre com o decurso do prazo legal de cinco anos, contado a partir da data do pagamento a maior, no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

O ICMS compõe a base de cálculo dos tributos e contribuições incidentes sobre o faturamento das pessoas jurídicas; excetuando-se os valores cobrados pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços em regime de substituição tributária, hipótese de exclusão prevista no ordenamento jurídico.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS.

É vedada a discussão sobre a inconstitucionalidade de normas no âmbito administrativo.

RESTITUIÇÃO.

O pedido de restituição de pagamentos supostamente efetuados a maior deve conter, necessariamente, os pressupostos de certeza e liquidez.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/07/1999, 15/06/2004, 15/05/2006, 10/11/1998, 10/03/1999, 09/04/1999, 30/06/2004, 14/06/2006, 26/07/2006, 16/08/2006, 15/09/2006, 13/10/2006, 15/12/2006, 15/01/2007, 16/02/2007, 20/03/2007, 19/04/2007, 18/05/2007, 20/06/2007, 20/07/2007

PAGAMENTOS A MAIOR. EXTINÇÃO DO DIREITO REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO.

A extinção do direito de pleitear a restituição de pagamentos supostamente efetuados a maior ocorre com o decurso do prazo legal de cinco anos, contado a partir da data do pagamento a maior, no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

O ICMS compõe a base de cálculo dos tributos e contribuições incidentes sobre o faturamento das pessoas jurídicas; excetuando-se os valores cobrados pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços em regime de substituição tributária, hipótese de exclusão prevista no ordenamento jurídico.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS.

É vedada a discussão sobre a inconstitucionalidade de normas no âmbito administrativo.

RESTITUIÇÃO.

O pedido de restituição de pagamentos supostamente efetuados a maior deve conter, necessariamente, os pressupostos de certeza e liquidez.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido"

O Recurso Voluntário da Recorrente foi interposto de forma hábil e tempestiva, contendo, em breve síntese, os seguintes argumentos:

(i) o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que já conta com a maioria dos Ministros, votando pela inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS do ICMS, entendendo que não se pode compreender no conceito de faturamento o tributo estadual, que é arrecadado e/ou suportado pela Recorrente, ou pago por substituição pela mesma, em favor do Estado Federado, não gerando qualquer riqueza que possa ser tributável;

(ii) cita o *leading case* da matéria (RE 240.785);

(iii) menciona o Recurso Especial - RESP nº 276.469-Sp para justificar a sua legitimidade em pleitear a restituição;

(iv) tem direito que seus créditos sejam atualizados monetariamente; e

(v) que não estão prescritos os créditos pleiteados dos 5 (cinco) anos anteriores ao pedido de restituição.

A Recorrente impetrou Mandado de Segurança autuado sob o nº 1021726-03.2018.4.01.3400, distribuído perante a 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo obtido o deferimento em parte do pedido liminar, para que o recurso seja julgado no prazo de até 120 (cento e vinte) dias.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Relator

Como visto, o mérito da questão trata da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, sendo que esta Turma de Julgamento já decidiu em favor da tese defendida pela Recorrente, conforme precedentes a seguir transcritos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Data do fato gerador: 14/09/2001

PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos." (Processo nº 10880.674237/2011-88; Acórdão nº 3201-004.124; Relator Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade; sessão de 25/07/2018)

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2005, 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006

(...)

COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos." (Processo nº 10530.004513/2008-11; Acórdão nº 3201-003.725; Relator Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira; Redator designado para o voto vencedor Leonardo Vinicius Toledo de Andrade; sessão de 24/05/2018)

Ocorre que, a decisão recorrida não negou o direito da Recorrente apenas pelo mérito do litígio (exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS), mas também, por não terem sido comprovados os requisitos de certeza e liquidez dos créditos pleiteados.

A própria ementa da decisão recorrida consigna:

"RESTITUIÇÃO.

O pedido de restituição de pagamentos supostamente efetuados a maior deve conter, necessariamente, os pressupostos de certeza e liquidez."

Do voto condutor, extrai-se tópico específico sobre a questão:

"Inexistência de certeza e liquidez

Ainda que fosse possível a exclusão pretendida, os argumentos não poderiam ser acolhidos, porque o interessado não prova o valor do ICMS que alega compor a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Conforme consta do Parecer SAORT nº 10820/261/2009, as planilhas demonstrativas do crédito pleiteado pela contribuinte, juntadas às fls. 18 a 23, no valor consolidado de RS 272.168,71, contém uma série de erros, como:

a) a inclusão de valores de pagamentos não efetuados, conforme pesquisa realizada no sistema eletrônico de pagamentos da RFB - Sinal (fls. 1291 a 1306), cujos créditos tributários foram extintos mediante compensação (PIS: fls. 31; 37 a 48; 62 a 67; 90 a 100; 113 a 114 e Cofins: fls. 54 a 58; 60 a 61; 75 a 76; 78; 132 a 139; 152 a 153; 158 a 161; 177 a 180; 183; 185; 187; 206 a 207; 210 a 212; 226 a 230; 251 a 256 e 295);

b) inserção de valores de pagamentos em montantes diferentes daqueles efetivamente recolhidos aos cofres da União, nos períodos de apuração correspondentes (em alguns casos, observa-se que a contribuinte somou o valor pago com o valor do crédito extinto mediante compensação).

É condição indispensável para o reconhecimento do direito creditório, que o crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública seja líquido e certo (art. 170 do CTN).

Conclui-se, portanto, que é lícito à RFB indeferir o pedido ou não homologar a compensação, quando não há certeza e liquidez, como ocorre nos casos de contradição entre os valores constantes das planilhas elaboradas pelo contribuinte e os valores constantes do sistema eletrônico da RFB.

Portanto, sua pretensão não seria acolhida também em razão da inexistência de certeza e liquidez do crédito."

Contra tal fundamento decisório, o Recurso Voluntário interposto restou silente, estando preclusa a matéria.

Neste sentido tem decidido este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF:

"Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2011

(...)

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. CARF. COMPETÊNCIA.

Não se conhece de alegação no recurso voluntário pertinente a parcela da autuação não impugnada anteriormente. A competência do CARF circunscreve-se ao julgamento de "recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira

instância, bem como recursos de natureza especial”, de sorte que tudo que escape a esse espectro de atribuições, incluindo-se toda a matéria não impugnada ou não recorrida, não deve ser apreciada.” (Processo nº 11080.736817/2012-35; Acórdão nº 3402-005.480; Relatora Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula; sessão de 25/07/2018)

"Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2004

PROCESSO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITO DA CSLL PLEITEADO EM DCOMP E DENEGADO PELO DESPACHO DECISÓRIO. MATÉRIA NÃO RECORRIDA NA INSTÂNCIA A QUO E TAMBÉM NESTA INSTÂNCIA RECURSAL. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE LIDE.

Em relação ao processo de compensação tributária, o CARF tem competência para conhecer e decidir acerca da lide envolvendo o direito creditório pleiteado relativo a tributo administrado pela RFB (RICARF, art. 7º, I). Não se conhece do recurso que se resigna com a decisão a quo que denegara o direito creditório pleiteado na declaração de compensação não homologada por inexistência do crédito. Preclusão administrativa configurada. (...)" (Processo nº 10930.904594/2009-29; Acórdão nº 1802-002.438; Relator Conselheiro Nelso Kichel; sessão de 03/02/2015)

"Assunto: Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR

Exercício: 2005

ITR. VALOR DA TERRA NUA (VTN). ARBITRAMENTO. NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. MATÉRIA NÃO RECORRIDA. PRECLUSÃO.

A subavaliação do Valor da Terra Nua (VTN) declarado pelo contribuinte autoriza o arbitramento do VTN pela Receita Federal. O lançamento de ofício deve considerar, por expressa previsão legal, as informações referentes a levantamentos realizados pelas Secretarias de Agricultura das Unidades Federadas ou dos Municípios, que considerem a localização e dimensão do imóvel e a capacidade potencial da terra. No caso, a matéria não foi questionada no recurso e foi considerada fora do litígio, nos termos do artigo 17 do PAF." (Processo nº 10218.721009/2007-41; Acórdão nº 2801-003.663; Relator Conselheiro Márcio Henrique Sales Parada; sessão de 13/08/2014)

A matéria não recorrida trata dos pressupostos de certeza e liquidez do crédito pleiteado, sendo, portanto, eminentemente probatória, não podendo ser conhecida de ofício, por não se tratar de matéria de ordem pública.

A competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF circunscreve-se ao julgamento de "recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira

instância, bem como recursos de natureza especial”, conforme preceitua o inc. II do art. 25 do Decreto 70.235/1972. Assim, a matéria não impugnada ou não recorrida, não deve ser apreciada por este órgão de julgamento administrativo.

A Recorrente não trouxe elementos hábeis a contrapor o decidido, em especial, provas robustas do seu direito.

Deve-se levar em consideração que a necessidade de liquidez e certeza dos créditos é condição imperiosa, para que se proceda a restituição e/ou compensação de valores. Não é devida a autorização de restituição e/ou compensação quando os créditos estão pendentes de certeza e liquidez.

Nos processos administrativos que tratam de restituição/compensação ou ressarcimento de créditos tributários, é atribuição do sujeito passivo a demonstração da efetiva existência do indébito. Nesses casos, quando é negado o pedido de compensação/restituição/ressarcimento que aponta para a inexistência ou insuficiência de crédito, cabe ao manifestante, caso queira contestar a decisão a ele desfavorável, cumprir o ônus que a legislação lhe atribui, trazendo ao contraditório os elementos de prova que demonstrem a existência do crédito.

Documentos comprobatórios são os que possibilitam aferir, de forma inequívoca, a origem e a quantificação do crédito, visto que, sem tal comprovação, o pedido de repetição fica prejudicado.

Humberto Teodoro Júnior sobre a prova ensina que:

"Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência de um direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente." (Humberto Teodoro Junior, in Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., v. I, p. 387)

Sobre a necessidade de se provar o direito creditório em pedidos de restituição ou compensação, é uníssona a jurisprudência deste Colegiado, conforme precedentes a seguir elencados:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do Fato Gerador: 20/06/2006

COFINS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. AUSÊNCIA DE PROVA.

Não se reconhece o direito à repetição do indébito quando o contribuinte, sobre quem recai o ônus probandi, não traz aos autos nenhuma prova de que teria havido pagamento a maior ou indevido, embora tenha tido mais de uma oportunidade processual para fazê-lo, não se justificando, portanto, o pedido de diligência para produção de provas.

COFINS IMPORTAÇÃO SERVIÇOS. PER. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. RECOLHIMENTO VINCULADO A DÉBITO CONFESSADO.

Correto o Despacho Decisório que indeferiu o pedido de restituição por inexistência de direito creditório, tendo em vista que o recolhimento alegado como origem do crédito estava integral e validamente alocado para a quitação de débito confessado.

Recurso Voluntário Negado." (Processo 10930.903684/2012-06; Acórdão 3402-003.651; Relator Conselheiro Antônio Carlos Atulim; Sessão de 13/12/2016)

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 31/01/2008

CRÉDITO NÃO RECONHECIDO. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O pagamento indevido, assim como a certeza e liquidez do crédito, precisam ser comprovados pelo contribuinte nos casos de solicitações de restituições e/ou compensações. Fundamento: Art. 170 do Código Tributário Nacional e Art. 16 do Decreto 70.235/72." (Processo 10865.905444/2012-69; Acórdão 3201-002.880; Relator Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima; sessão de 27/06/2017)

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 30/06/2011

DCTF. CONFISSÃO DE DÍVIDA. RETIFICAÇÃO.

A DCTF é instrumento formal de confissão de dívida, e sua retificação, posteriormente a procedimento fiscal, exige comprovação material.

VERDADE MATERIAL. ÔNUS DA PROVA. DILIGÊNCIA.

As alegações de verdade material devem ser acompanhadas dos respectivos elementos de prova. O ônus de prova é de quem alega. A busca da verdade material não se presta a suprir a inércia do contribuinte que tenha deixado de apresentar, no momento processual apropriado, as provas necessárias à comprovação do crédito alegado.

COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA.

O direito à restituição/ressarcimento/compensação deve ser comprovado pelo contribuinte, porque é seu o ônus. Na ausência da prova, em vista dos requisitos de certeza e liquidez, conforme art. 170 do CTN, o pedido deve ser negado. Recurso Voluntário Negado." (Processo 10805.900727/2013-18; Acórdão 3201-

003.103; Relator Conselheiro Marcelo Giovani Vieira; sessão de 30/08/2017)

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005

DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA.

O direito à restituição/ressarcimento/compensação deve ser comprovado pelo contribuinte, porque é seu o ônus. Na ausência da prova, em vista dos requisitos de certeza e liquidez, conforme art. 170 do CTN, o pedido deve ser negado.

Correta decisão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade por inexistência de direito creditório, tendo em vista que o recolhimento alegado como origem do crédito está integral e validamente alocado para a quitação de outro débito está integral e validamente alocado para a quitação de outro débito." (Processo nº 11080.930940/2011-60; Acórdão 3201-003.499; Relator Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade; Sessão de 01/03/2018)

interposto. Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário

(assinado digitalmente)

Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Relator