



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

Processo nº 10830.006254/2006-16
Recurso nº 252774 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.459 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de maio de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP PIS
Recorrente PLASTIPAK PACKAGING DO BRASIL LTDA.
Recorrida DRJ - CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2001 a 28/02/2002

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

É do sujeito passivo o ônus de reunir e apresentar conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.

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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Alexandre Kern - Presidente.

Daniel Maurício Fedato – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Belchior Melo de Sousa, Carlos Henrique Martins de Lima, Rangel Perrucci Fiorin, Daniel Maurício Fedato (Relator) e Hécio Lafetá Reis.

Relatório

A matéria a ser tratada versa sobre pedido de restituição correspondente a recolhimentos feito a título de contribuição para o PIS, relativo ao período de dez/01 a fev/02.

A cronologia dos fatos demonstra que a SRF de Campinas/SP, em 25.06.2007 não acatou o pleito do Contribuinte pelas seguintes considerações, Ementa:

"CONTRIBUIÇÃO AO PIS/PASEP. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98.

Não cabe à autoridade administrativa apreciar a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ordinária, tal qual o art. 3º da Lei nº 9.718/98, que determina a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição.

FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INDÉBITO.

Para fins de se pleitear a restituição, é necessário que o contribuinte demonstre cabalmente a origem do indébito."

Mediante esta decisão, a Interessada continuou sua busca apresentando as seguintes alegações:

- a) o termo faturamento tem significado técnico, o que impede que o legislador amplie o seu conteúdo, por óbice expresso do art. 110 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN);
- b) se o faturamento corresponde à receita das vendas de mercadorias, esse valor deve ser representado pelo preço pactuado na operação, no qual não devem ser incluídos os impostos;
- c) o exame do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, não evidencia que nesse dispositivo a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS está autorizada. Isso porque o termo faturamento, como assim entendeu a Suprema Corte, representada tão-somente a receita derivada da venda de mercadorias e da prestação de serviço, no qual não se inclui o ICMS, visto que nenhum tributo pode ser considerado como receita;
- d) a interpretação oficial dada ao art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, se colocou em desconformidade com o art. 110 do CTN, o que configura vício na aplicação e não de inconstitucionalidade, passível, pois, de controle administrativo;
- e) a questão em foco está sob exame do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 240.785-MG. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Até o presente momento, seis ministros já votaram em favor da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, o que aponta para um resultado com a declaração de inconstitucionalidade

na interpretação dada à norma questionada. Como tal decisão será proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, sua observância tornar-se-á obrigatória pela Administração Tributária e deverá alcançar os casos em andamento, por efeito declaratório.

Após análise, a 1ª Turma da DRJ de Campinas/SP, proferiu o Acórdão nº 05.19.972 indeferindo o pedido de restituição, assim como o reconhecimento creditório. Ementa da Decisão:

“DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

É do sujeito passivo o ônus de reunir e apresentar conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.

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.”

Novamente inconformada a Recorrente apresenta Recurso a este Conselho, repisado sua tese apresentada a DRJ de Campinas/SP.

Em síntese, é o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Maurício Fedato, Relator

O Recurso voluntário é tempestivo e atende às demais exigências legais, razão pela qual dele conheço.

No que tange a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS que alega a Interessada, evoco a Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998, onde determina que a base de cálculo dessa contribuição seria o faturamento, correspondente à receita bruta da pessoa jurídica, entendida esta como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada.

E conforme descreveu a DRJ “o § 2º, inciso I, do art. 3º desse diploma legal, ficou estabelecido que se excluiriam da base de cálculo da contribuição o IPI e o ICMS quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”.

A lei exclui o IPI e o ICMS-Substituição da base de cálculo do PIS, o que permite concluir que o legislador considerou que, mesmo tais tributos estariam incluídos no faturamento da empresa. E, se somente esses tributos foram excluídos, é certo que o ICMS devido pela interessada, *contrario sensu*, integra o faturamento e, conseqüentemente a base de cálculo do PIS.

Ou seja, o valor do ICMS compõe a base de cálculo do PIS. Neste sentido, acrescento a Súmula nº 68 do STJ:

“A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.”

Com relação a argumentação de inconstitucionalidade de lei, este Conselho não é competente para se pronunciar sobre este assunto, conforme reza a Súmula nº 02 do CARF, qual estamos submetidos, *in verbis*:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Assim, diante desta situação e pela ausência de documentos ou elementos que comprovasse que os valores deduzidos de fato realmente se referiam ao ICMS por ela devido, que não foram encontrados em sua defesa (fls. 76/87), acato na íntegra as considerações da DRJ, e concluo meu entendimento com arrimo nesta Ementa do Conselho de Contribuintes:

“VALORES A REPETIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO.

Pedido de Restituição deve ser acompanhado da demonstração dos valores pagos a maior ou indevidamente e da comprovação respectiva, de modo a permitir a regular apuração do quantum a repetir sem a qual os créditos não podem ser reconhecidos, ainda que o direito se apresente plausível. (Acórdão nº 203-11.106, de 30/06/2006 da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes)

PIS. FATURAMENTO PAGAMENTO A MAIOR. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ELEMENTO DE PROVA

O pedido de restituição ou compensação deverá vir acompanhado da prova ou elementos suficientes para possibilitar a apuração do valor recolhido a maior, sob pena da inviabilização da determinação da liquidez e da certeza do valor a repetir. (Acórdão nº 203-10.937, de 23/05/2006, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes)”

✍

Diante do exposto nego provimento ao Recurso no sentido de indeferir o pedido de restituição, não reconhecendo o direito creditório.



Daniel Maurício Fedato