



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

Processo n° 10830.009513/2007-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3803-006.366 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria COFINS - COMPENSAÇÃO
Recorrente PLASTIPAK PACKAGING DO BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

Inclui-se na base de cálculo da contribuição a parcela relativa ao ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte, eis que toda receita decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços corresponde ao faturamento, independentemente da parcela destinada a pagamento de tributos.

INDÉBITO. RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA A CARGO DO CONTRIBUINTE.

O ônus da prova recai sobre a pessoa que alega o direito ou o fato que o modifica, extingue ou que lhe serve de impedimento, devendo prevalecer a decisão administrativa que não reconheceu o direito creditório e indeferiu a restituição quando o contribuinte não se desincumbe a contento de sua tarefa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário.

Corintho Oliveira Machado - Presidente e Relator.

EDITADO EM: 27/10/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Samuel Luiz Manzotti Riemma, Hércio Lafeté Reis, João Alfredo Eduão Ferreira, Belchior Melo de Sousa, Jorge Victor Rodrigues e Corintho Oliveira Machado.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

Observo que a numeração das folhas do processo utilizada como referência neste Relatório e Voto é a do processo digitalizado e não a do processo físico.

Trata-se de Despacho Decisório, às fls. 45 a 50 que indeferiu o Pedido de Restituição às fls 2 a 4, não reconhecendo o direito creditório reclamado.

A Requerente apresentou Pedido de Restituição em 6/11/2007, em formulário apropriado, alegando pagamento indevido de COFINS em dezembro/2002, em virtude da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição, sob o argumento de que o ICMS não faz parte do faturamento ou da receita bruta da empresa sendo receita dos Estados.

O pedido foi analisado pela SEORT da DRF/Campinas em 16/01/2008 que concluiu pelo indeferimento do pleito.

Na fundamentação do ato, consta:

COFINS. BASE DE CALCULO. EXCLUSÃO DA PARCELA RELATIVA AO ICMS.

A base de cálculo da Cofins é o faturamento, que corresponde A receita bruta auferida, entendendo-se esta como a totalidade das receitas obtidas, independentemente do tipo de atividade desenvolvida. Incluso, neste conceito, o valor do ICMS.

Somente as parcelas legalmente autorizadas é que podem ser excluídas da base de cálculo desta contribuição federal, não estando enquadrada nessa situação a parcela relativa ao ICMS. Entendimento consoante às atuais e inequívocas jurisprudências administrativa e judicial.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO INDEFERIDO. DIREITO CREDITÓRIO NÃO RECONHECIDO.

Cientificada em 23/01/2008, a contribuinte apresentou em 31/01/2008 Manifestação de Inconformidade alegando, em síntese, o seguinte.

O r. despacho decisório (...), firma o entendimento de que a COFINS incide sobre a totalidade das receitas. Quanto a essa assertiva, a Impugnante nada tem a objetar. Não pode, contudo, concordar com o complemento dessa assertiva, no tocante ao entendimento oficial de que o ICMS integra a receita auferida

pela contribuinte. Ora, não é preciso grande esforço para perceber que o ICMS é receita do Estado tributante; nunca do contribuinte.

Ao que aborda doutrinariamente o conceito de Receita Bruta concluindo que “só há receita se o ingresso de recursos tornar-se parte integrante do patrimônio do contribuinte”; e que é necessário “ que o referido ingresso tenha origem, direta ou indireta, do exercício da atividade da empresa.”

Passa então a defender o argumento de que ICMS é receita do Estado:

Na realidade, o valor correspondente ao imposto, ao ICMS, representa receita do Estado. O valor do imposto é apenas retido pelo contribuinte e na seqüência repassado ao Estado. Portanto, esse valor não integra o patrimônio do contribuinte; nem corresponde ao exercício da sua atividade.

E utiliza como fundamento à sua argumentação as discussões traçadas no STF no exame do RE nº 240.785/MG e a posição dominante dos votos até aquele momento no sentido de que “não se inclui na base de cálculo da contribuição, considerado o faturamento, o valor correspondente ao ICMS”.

Afirma não tratar-se “de juízo de inconstitucionalidade das normas que regulam o PIS e a COFINS. (...) sim, de juízo que determina o alcance dessas normas, perfeitamente possível de ser proferido no controle administrativo interno dos atos administrativos centrados nessas leis.”

Alega que “o exame do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (...) não evidencia que (...) a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para a seguridade social está autorizada.”

Acaba por pedir o provimento da manifestação de inconformidade e o reconhecimento do direito à restituição pleiteada.

A DRJ em Campinas/SP julgou improcedente a manifestação de inconformidade ficando a decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2002

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pelas contribuições do PIS e da Cofins, inexistindo previsão legal para

sua exclusão, salvo quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório não Reconhecido

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, onde reprisa os argumentos esgrimidos em primeiro grau e aduz ter se equivocado a decisão *a quo*, ao sugerir a pretensão de discutir inconstitucionalidade de normas; diz que a interpretação do art. 3º da Lei nº 9.718/98 dada pela Corte Suprema do País não autoriza a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição; evoca julgamento no e. Supremo Tribunal Federal (RE nº 240.785), que conta com o voto de seis ministros a favor do pleito da recorrente; ainda, que o RE nº 574.706 conta com repercussão geral e trata da mesma matéria dos autos, e por isso requer o sobrestamento do feito (art. 62-A do RICARF); ao final, requer o deferimento da restituição *sub analysis*.

A Repartição de origem encaminhou os presentes autos para este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para fins de julgamento.

Relatado, passa-se ao voto.

Voto

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

À minguia de preliminares, passa-se desde logo ao mérito.

A discussão acerca do tema de fundo deste contencioso é por demasiado conhecido de todos neste Colegiado, e bem por isso não devo alongar-me no ponto. Trago apenas alguns arestos da lavra dos meus pares, em ordem cronológica, nos quais me apoio para expressar meu pensamento acerca do assunto:

Acórdão 3803-005.199; Sessão de 28 de janeiro de 2014

Relator: Hélcio Lafetá Reis

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/05/2002 a 31/05/2002

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

Inclui-se na base de cálculo da contribuição a parcela relativa ao ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte, eis que toda receita decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços corresponde ao faturamento, independentemente da parcela destinada a pagamento de tributos.

Acórdão nº 3803-006.164; Sessão de 28 de maio de 2014

Relator: Belchior Melo de Sousa

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2006

BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO.

O valor do ICMS compõe a estrutura de preço da mercadoria ou produto, que corresponde ao faturamento, não podendo ser excluído na apuração da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins sem expressa disposição legal.

Por outro giro, também há carência de provas para estribar o pleito restituidório. Não há dúvida de que cabe ao Requerente o ônus de demonstrar inequivocamente a efetiva existência do direito pleiteado, pois o ônus da prova compete a quem o alega, ou, neste caso, a quem pleiteia a restituição.

A Lei 9.784/99, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, estabelece, quanto à obrigação de provar:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

O Código de Processo Civil (CPC) assim dispõe sobre o tema:

Art.333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (...).

Tendo em vista que nenhuma nova prova foi produzida, aí se tem mais uma razão para indeferir o pleito apresentado, pois o ônus de provar *in casu* é do contribuinte que alega o crédito. Se o contribuinte não se desincumbe a contento de sua tarefa deve prevalecer a decisão administrativa que não reconheceu o direito creditório e indeferiu a restituição.

Ante o exposto, voto pelo DESPROVIMENTO do recurso voluntário.

CORINTHO OLIVEIRA MACHADO