



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

**Processo n°** 10875.902788/2011-16  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1002-000.277 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**  
**Sessão de** 04 de julho de 2018  
**Matéria** Simples - PER/DCOMP  
**Recorrente** DOMINIUM MATERIAIS HIDRAULICOS E FERRAGENS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES**

Ano-calendário: 2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL.

É válida e não caracteriza qualquer nulidade a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário (Súmula CARF n.º 9).

PER/DCOMP. AUSÊNCIA DE SALDO DISPONÍVEL. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. CRÉDITO NÃO COMPROVADO.

Inexiste direito creditório disponível para fins de compensação quando, por conta da vinculação de pagamento a débito do próprio interessado, o crédito analisado não apresenta saldo disponível.

Na falta de comprovação do pagamento indevido ou a maior, não há que se falar de crédito passível de compensação.

EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. MATÉRIA SUMULADA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF n.º 2).

A compensação de créditos tributários só pode ser efetivada com crédito líquido e certo do contribuinte, sujeito passivo da relação tributária, sendo que o encontro de contas somente pode ser autorizado nas condições e sob as garantias estipuladas em lei. No caso, o crédito pleiteado depende de

declaração de inconstitucionalidade, o que é vedado no âmbito do processo administrativo federal.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Ângelo Abrantes Nunes, Breno do Carmo Moreira Vieira e Leonam Rocha de Medeiros.

## Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 49/64) — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, interposto com efeito suspensivo e devolutivo —, protocolado pela recorrente, indicada no preâmbulo, devidamente qualificada nos fôlios processuais, relativo ao inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 40/44), proferida em sessão de 27 de agosto de 2013, consubstanciada no Acórdão n.º 02-47.294, da 2.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG (DRJ/BHE), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade (e-fls. 02/14) que pretendia desconstituir o Despacho Decisório (DD), emitido em 06/06/2011 (e-fl. 26), emanado pela Autoridade Administrativa que analisou o Pedido Eletrônico de Restituição e a Declaração de Compensação (PER/DCOMP) n.º 07363.88045.120707.1.3.04-6155, transmitido em 12/07/2007, e não homologou a compensação declarada, por não reconhecer pagamento indevido ou a maior, negando a restituição, cujo acórdão restou assim ementado:

*ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA*

*Ano-calendário: 2004*

*PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. CRÉDITO NÃO COMPROVADO.*

*Na falta de comprovação do pagamento indevido ou a maior, não há que se falar de crédito passível de compensação.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido*

Veja-se o contexto fático dos autos, incluindo seus desdobramentos e teses da manifestação de inconformidade, conforme se extrai do relatório constante no Acórdão do juízo *a quo*:

*O presente processo trata de Manifestação de Inconformidade contra Despacho Decisório n.º rastreamento 932724610 emitido eletronicamente em 06/06/2011, referente ao PER/DCOMP n.º 07363.88045.120707.1.3.046155.*

*A Declaração de Compensação gerada pelo programa PER/DCOMP foi transmitida com o objetivo de ter reconhecido o direito creditório correspondente a SIMPLES – Código de Receita 6106, no valor original na data de transmissão de R\$ 719,75, representado por Darf recolhido em 12/04/2004 e de compensar o(s) débito(s) discriminado(s) no referido PER/DCOMP.*

*De acordo com o Despacho Decisório a partir das características do DARF descrito no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP. Assim, diante da inexistência de crédito, a compensação declarada NÃO FOI HOMOLOGADA.*

*Como enquadramento legal citou-se: arts. 165 e 170, da Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional CTN), art. 74 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.*

#### *DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE*

*Cientificado do Despacho Decisório, o interessado apresenta manifestação de inconformidade alegando que o Despacho Decisório foi recebido e assinado por pessoa não habilitada para receber tal correspondência em nome da empresa; que conforme disciplinado no art. 215 do Código de Processo Civil as pessoas jurídicas devem ser citadas nas pessoas de seus representantes legais, indicadas em seus estatutos sociais; que o Despacho Decisório não é válido, porque a intimação do mesmo não está formalmente revestida dos requisitos da lei e dessa forma trás consigo a nulidade do ato praticado e a nulidade do processo, sendo assim requer seja declarada a nulidade da notificação do DD, entregue sem a observância da lei, contrariando os arts. 214, 215 e 247 do Código Processo Civil; que o fato gerador do PIS/COFINS é o faturamento; que o valor do ICMS destacado na nota fiscal da Manifestante é para simples registro contábil fiscal, sendo que em hipótese alguma deve ser incluído na base de cálculo do PIS.*

O Despacho Decisório informa que o crédito pleiteado, a título de restituição, o qual seria utilizado para efetivar a compensação, inexistente, razão pela qual não se homologou a compensação. Informa-se, outrossim, que, a partir das características do DARF discriminado no próprio PER/DCOMP, foi localizado pagamento integralmente utilizado para quitação de outro débito do contribuinte, de modo a não mais haver crédito disponível para utilizar em operação de compensação, pelo que o débito informado para compensar não foi quitado, isto é, não foi compensado. Tem-se o seguinte quadro sintético demonstrativo da situação de inexistência do crédito:

Características do DARF discriminado no PER/DCOMP			
Período de Apuração (PA)	Código de Receita	Valor total do DARF	Data de Arrecadação
31/03/2004	6106	R\$ 4.455,75	12/04/2004
Utilização dos Pagamentos encontrados para o DARF discriminado no PER/DCOMP			
Número do Pagamento	Valor Original Total	Processo (PR) / PERDCOMP (PD) / DÉBITO (DB)	Valor Original Utilizado
E-fl. 26	R\$ 4.455,75	DB: cód 6106 PA 31/03/2004	R\$ 4.455,75
		Valor Total	R\$ 4.455,75

A tese de defesa não foi acolhida pela DRJ, mantendo-se o não reconhecimento do crédito e, por conseguinte, não homologando a compensação, eis, em síntese, nas palavras do juízo de primeira instância, as razões de decidir do *meritum causae*:

*Com base nesse postulado (possibilidade de os indícios servirem de fundamento para uma sentença condenatória), seria razoável concluir que, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, em processos de restituição, ressarcimento ou compensação, em que cabe ao contribuinte a prova de seu direito, a DRF estaria autorizada a negar o pedido, com base em indício que aponte para a inexistência ou insuficiência de crédito. Frisa-se que, na fase que precede a decisão de indeferimento do pedido ou não homologação da compensação, ainda não há contraditório, de modo que aquele indício será objeto de contestação pelo contribuinte e apreciação pela DRJ, juntamente com outras provas produzidas no processo.*

*Nesse sentido, o contribuinte não apresenta nada que conteste o fundamento do despacho decisório. Nele, está consignado que o Darf foi integralmente utilizado para o pagamento do débito declarado pelo contribuinte, não restando saldo para operar a compensação. Limita-se a questionar a legalidade da legislação que regula o instituto da compensação e defender o direito a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais. Não apresenta nenhuma documentação fiscal em favor de seu suposto crédito.*

#### **EXCLUSÃO DE ICMS**

*A base de cálculo das Contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS é o faturamento.*

*Somente a lei pode modificar a base de cálculo do tributo. A legislação do PIS/PASEP e da COFINS prevê exclusões da base de cálculo. Especificamente quanto ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, excluem-se da receita bruta o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, no regime cumulativo, e a receita decorrente da transferência onerosa a outros contribuintes do ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação em ambos regimes.*

*Admitir qualquer outra exclusão, equivaleria a afastar a aplicação da lei, o que é vedado na esfera administrativa. Portanto, essa discussão não é sequer válida em sede de julgamento administrativo.*

No recurso voluntário, o contribuinte reitera, em outras palavras, os argumentos suscitados na sua manifestação de inconformidade, visando devolver a matéria para instância superior.

Nesse contexto, os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando os juízos de admissibilidade e de mérito para, posteriormente, finalizar em dispositivo.

## Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator

### Admissibilidade

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade intrínsecos, uma vez que é cabível, há interesse recursal, a recorrente detém legitimidade e inexistente fato impeditivo, modificativo ou extintivo do poder de recorrer. Outrossim, atende aos pressupostos de admissibilidade extrínsecos, pois há regularidade formal, inclusive estando adequada a representação processual, e apresenta-se tempestivo (intimação em 30/09/2013, segunda-feira, e-fls. 45/47, e protocolo em 17/10/2013, e-fl. 48), tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

Portanto, conheço do Recurso Voluntário.

### Preliminar ao conhecimento do mérito

Aduz o recorrente que a notificação acerca das conclusões do despacho decisório foi nula, uma vez que não foi pessoal ao representante legal, em que pese ter sido entregue na sede da pessoa jurídica, e, por conseguinte, tornaria todo o procedimento nulo, além disto alegou temática constitucional para objetivar seu argumento.

Aprecio a questão a título de Preliminar e, desde logo, afasto-a, haja vista se tratar de tema sumulado no contencioso administrativo.

Deveras, a **Súmula CARF n.º 9** enuncia que: *"É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário."*

A referida súmula teve por suporte os seguintes paradigmas: Acórdãos ns.º 102-46574, de 01/12/2004, 104-20408, de 26/01/2005, 106-14266, de 21/10/2003, 107-07076, de 20/03/2003, 108-07562, de 16/10/2003, 201-68026, de 20/05/1992, 202-08457, de 21/05/2003, 202-09572, de 14/10/1997, 201-71773, de 02/06/1998, 203-06545, de 09/05/2000. Demais disto, tornou-se vinculante conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018.

Quanto ao tema constitucional, tem-se a **Súmula CARF n.º 2** enunciando que: "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*"

A referida súmula teve por suporte os seguintes paradigmas: Acórdãos ns.º 101-94876, de 25/02/2005, 103-21568, de 18/03/2004, 105-14586, de 11/08/2004, 108-06035, de 14/03/2000, 102-46146, de 15/10/2003, 203-09298, de 05/11/2003, 201-77691, de 16/06/2004, 202-15674, de 06/07/2004, 201-78180, de 27/01/2005, 204-00115, de 17/05/2005.

Veja-se, o processo de compensação é regido pelo rito processual do Decreto n.º 70.235, de 1972, conforme disciplina o art. 74, § 11, da Lei 9.430, de 1996, sendo certo que as intimações ou notificações poderão ser feitas por via postal, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo contribuinte (Decreto 70.235, art. 23, II), aliás, para fins de intimação, considera-se domicílio tributário o endereço postal fornecido pelo sujeito passivo, para fins cadastrais, à Administração Tributária (Decreto 70.235, art. 23, § 4.º, I). De mais a mais, não há prova de qualquer prejuízo para a defesa, não houve preterição do direito de defesa, não se observa quaisquer das causas de nulidades listadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Sendo assim, afasto a preliminar de nulidade.

## Mérito

Quanto ao mérito não assiste razão ao recorrente. Explico.

Trata o presente caso de pedido de restituição de quantias recolhidas a maior ou indevidamente a título de tributo (CTN, art. 165, I), alegando o contribuinte que possui crédito contra a Administração Tributária, combinado com pedido de declaração de compensação, na qual o contribuinte confessa débito (Lei 9.430, art. 74, § 6.º) ao mesmo tempo em que efetua o encontro de contas, sob condição resolutória de sua ulterior homologação pela Autoridade Fiscal (Lei 9.430, art. 74, *caput*, §§ 1.º e 2.º), para fins de extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, II). Afinal, como reza o Código Civil, se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem (CC, art. 368).

O regime jurídico da compensação tem fundamento no art. 170 do Código Tributário Nacional (CTN) dispondo que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Neste diapasão, inicialmente, o instituto da compensação tributária foi regido pelo art. 66 da Lei n.º 8.383, de 1991, sendo, posteriormente, fixadas novas regras

para compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil no art. 74 da Lei 9.430, de 1996, com suas alterações.

Para que se tenha a compensação torna-se necessário que o contribuinte comprove que o seu crédito (montante a restituir) é líquido e certo. Cuida-se de *conditio sine qua non*, isto é, sem a qual não pode ocorrer a compensação. O ônus probatório do crédito alegado pelo contribuinte contra a Administração Tributária é especialmente dele, devendo comprovar a liquidez e certeza de seu direito creditório.

Pois bem. No caso em comento, após análise do PER/DCOMP, a Administração Tributária não reconheceu a certeza e liquidez do crédito vindicado pelo contribuinte, haja vista que o DARF (Documento de Arrecadação Fiscal) que fundamentaria o recolhimento indevido ou a maior havia sido utilizado, tendo sido imputado, na quitação de efetivo débito do contribuinte (crédito tributário do Fisco), realmente devido e em montante adequado, portanto não havendo saldo a ser apropriado. Quando da apresentação do relatório destes autos, na forma acima apresentada, constou o respectivo quadro sintético demonstrativo da situação de inexistência do crédito com as características do DARF discriminado no PER/DCOMP e a demonstração da utilização integral do valor recolhido, de modo a não restar saldo residual para restituição, demais disto não havendo causa de indébito, vale dizer, o DARF foi alocado em efetivo recolhimento de crédito tributário devido.

De mais a mais, não vejo reparos a serem aplicados na decisão de primeira instância. No recurso voluntário o contribuinte defende o direito a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais, de modo que, por decorrência desta premissa, passaria a haver saldo relativo ao recolhimento (recolhimento a maior), porém não vejo como dar provimento ao pleito vindicado.

Primeiro, com os elementos que constam dos autos, inexistente qualquer materialidade probatória para que se possa dar certeza e liquidez em eventuais hipotéticos créditos que pudessem ser apurados a partir da eventual exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS, visto que inexistente apuração ou elementos documentais que possibilitassem efetivar o respectivo levantamento. E mais, não caberia ao julgador, em segunda instância do contencioso administrativo, realizar trabalho de auditoria, sem falar que eventual documentação contábil não poderia ser meramente colacionada ao processo, prescindindo de detalhamento, de articulação, de esclarecimento e fundamentação, a fim de demonstrar o fato jurídico a ser provado. É ônus primário do contribuinte, quando o *onus probandi* lhe compete, comprovar com elementos eficientes e com a finalidade própria a sua pretensão, sendo parte colaborativa para a resolução do caso.

Segundo, a matéria concernente à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS vem sendo debatida judicialmente há muitos anos, defendendo os contribuintes que a receita decorrente do ICMS não configura faturamento e, portanto, sobre ela não poderia incidir o PIS/COFINS. O debate tem cunho constitucional, pois depende da declaração de inconstitucionalidade de lei e, neste caso, o Colegiado não pode adentrar na temática, sendo assunto sumulado administrativamente, a teor da **Súmula CARF n.º 2** que reza: "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

Aliás, recentemente, em sessão de 15/03/2017, sob a sistemática de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, o Supremo Tribunal Federal (STF)

julgou a problemática, mas ainda não definitivamente, face à Embargos de Declaração interpostos pela Fazenda Nacional, no qual consta pedido de fixação de modulação de efeitos, conforme pode ser analisado nas pesquisas públicas acerca do Recurso Extraordinário - RE nº 540.706/PR, tendo sido fixada a tese: “*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*”.

Por conseguinte, como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional opôs recurso de Embargos de Declaração, requerendo, inclusive, modulação de efeitos da decisão proferida pelo Colegiado Constitucional, sobrestou-se o curso do trânsito em julgado da decisão, não se podendo falar em decisão definitiva.

Nesse contexto, a decisão proferida pelo STF, em que pese ter adotado tese favorável aos contribuintes, **ainda não se reveste do atributo da definitividade**, haja vista a pendência de julgamento do recurso supramencionado. Logo, ressaltando posicionamento pessoal deste relator acerca da desnecessidade de trânsito em julgado para percepção dos efeitos vinculante da decisão proferida em sede de julgamento de recurso extraordinário repetitivo pelo STF, nos termos do artigo 927, inciso III, do Novo Código de Processo Civil, entendo aplicável, no presente caso, a Súmula nº 2 do CARF.

Observo, igualmente, o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, com redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que enuncia o mesmo entendimento da impossibilidade de conhecer questão constitucional ao dispor que: “*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 fim, cumpre destacar que a Receita Federal do Brasil expediu a Solução de Consulta DISIT/SRRF06 nº 6.012, de 31 de março de 2017, na qual dispôs o seguinte:

*ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*EMENTA: BASE DE CÁLCULO. CUMULATIVIDADE. ICMS. EXCLUSÃO. OPERAÇÕES INTERNAS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO. O ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte do imposto (em virtude de operações ou prestações próprias) compõe o seu faturamento, não havendo previsão legal que possibilite a sua exclusão da base de cálculo cumulativa da Contribuição para a COFINS devida nas operações realizadas no mercado interno. A edição de ato declaratório pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos do art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, sobre matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, vincula a Administração tributária, sendo vedado à Secretaria da Receita Federal do Brasil a constituição dos respectivos créditos tributários. Entretanto, **inexiste ato declaratório que trate sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para a COFINS incidente nas operações internas. A matéria, atualmente objeto de Ação***

**Declaratória de Constitucionalidade, encontra-se aguardando decisão definitiva de mérito, que seja vinculante para a Administração Pública.** SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 137, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar n.º 87/1996, art. 13; Lei n.º 5.172/1966, art. 111; Lei n.º 8.981/1995, art. 31; Lei n.º 9.718/1998, arts. 2.º e 3.º; Lei n.º 10.522/2002, art. 19; Decreto-Lei n.º 406/1968, art. 2.º; Parecer Normativo CST n.º 77/1986, e Convênio ICM n.º 66/1988, art. 2.º.

ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep

EMENTA: BASE DE CÁLCULO. CUMULATIVIDADE. ICMS. EXCLUSÃO. OPERAÇÕES INTERNAS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO. O ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte do imposto (em virtude de operações ou prestações próprias) compõe o seu faturamento, não havendo previsão legal que possibilite a sua exclusão da base de cálculo cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep devida nas operações realizadas no mercado interno. A edição de ato declaratório pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos do art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, sobre matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, vincula a Administração tributária, sendo vedado à Secretaria da Receita Federal do Brasil a constituição dos respectivos créditos tributários. Entretanto, **inexiste ato declaratório que trate sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente nas operações internas. A matéria, atualmente objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, encontra-se aguardando decisão definitiva de mérito, que seja vinculante para a Administração Pública.** SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 137, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2017.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar n.º 87/1996, art. 13; Lei n.º 5.172/1966, art. 111; Lei n.º 8.981/1995, art. 31; Lei n.º 9.718/1998, arts. 2.º e 3.º; Lei n.º 10.522/2002, art. 19; Decreto-Lei n.º 406/1968, art. 2.º; Parecer Normativo CST n.º 77/1986, e Convênio ICM n.º 66/1988, art. 2.º.

Com efeito, não há que se admitir matéria que pretenda discutir constitucionalidade e limites constitucionais para definição de base de cálculo de tributo ou para definição dos limites semânticos de conceitos adotados pelo constituinte na instituição de tributos, como é o caso da discussão envolvendo a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, para fins de constituição de créditos contra a Administração Tributária passíveis de compensação, caso contrário, estaria sendo declarada uma inconstitucionalidade *incidenter tantum* da norma infraconstitucional que deu suporte à

atividade arrecadatória, o que é vedado no Regimento Interno do CARF (art. 62, Anexo II, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015), havendo que se respeitar, demais disto, o enunciado da Súmula CARF n.º 2, acima mencionado.

Dessa forma, como cumpria exclusivamente ao contribuinte o ônus de provar a liquidez e certeza de seu alegado crédito, como não o fez, não restando este devidamente comprovado, assim como considerando o até aqui esposado, entendo pela manutenção do julgamento da DRJ por não merecer quaisquer reparos.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, de livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, voto em conhecer do recurso voluntário, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em lhe negar provimento, mantendo íntegra a decisão recorrida.

É como Voto.

(assinado digitalmente)  
Leonam Rocha de Medeiros - Relator