



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

Processo n° 10875.903595/2011-82
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1802-002.296 – 2ª Turma Especial
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria DCOMP Eletrônica - Compensação Tributária
Recorrente DOMINIUM MATERIAS HIDRÁULICOS 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

NULIDADE. INTIMAÇÃO POR “AR”. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO. TEORIA DA APARÊNCIA . PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PRELIMINAR REJEITADA.

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. (Súmula CARF nº 9).

É válida a citação de pessoa jurídica por via postal, quando efetivada no endereço onde se encontra o estabelecimento sede do réu, sendo desnecessário que a carta citatória seja recebida e o aviso de recebimento assinado por seu representante legal. Em conformidade com o princípio da instrumentalidade das formas, que determina a não vinculação às formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais ao processo, é de rigor a aplicação da teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada. Ainda mais, ressalte-se que, não é comum se dispor o diretor ou gerente de empresa a receber os carteiros, sendo, por tal motivo, presumir-se que o empregado colocado nessa função tenha a responsabilidade de promover o devido encaminhamento à correspondência recebida.

A jurisprudência considera válida a citação feita na pessoa de porteiro do prédio comercial onde se localiza empresa ré, ainda que sem poderes específicos para representar a pessoa jurídica. Homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, da teoria da aparência e da razoável duração do processo.

PIS-SIMPLES E COFINS-SIMPLES. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA EXCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA, NO MÉRITO. FALTA DE COMPETÊNCIA.

A base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins é a receita bruta, o faturamento, abarcando a parcela do ICMS.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA . CRÉDITO NÃO COMPROVADO.

O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por esse Órgão.

No processo de compensação tributária, o contribuinte é autor do pedido de aproveitamento de crédito contra a Fazenda Nacional, na declaração de compensação informada.

À luz do art. 333, I, do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito de crédito alegado, mediante apresentação de elementos de provas hábeis e idôneas da composição e da existência do crédito que alega possuir junto à Fazenda Nacional para que sejam aferidas sua liquidez e certeza pela autoridade administrativa.

A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o débito tributário na data de transmissão da DCOMP sob condição resolutória, pois dependente de ulterior verificação para efeito de homologação ou não.

Os requisitos de certeza e liquidez do crédito pleiteado devem estar preenchidos ou atendidos na data de transmissão da declaração de compensação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

Processo nº 10875.903595/2011-82
Acórdão n.º **1802-002.296**

S1-TE02
Fl. 86

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Luis Roberto Bueloni Ferreira, Nelso Kichel, José de Oliveira Ferraz Correa e Gustavo Junqueira Carneiro Leão. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marciel Eder Costa.

Relatório

Cuidam os autos do Recurso Voluntário de e-fls.59/73 contra decisão da 2ª Turma da DRJ/Belo Horizonte (e-fls. 47/52) que julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente, não reconhecendo o direito creditório pleiteado, não homologando a compensação tributária informada.

Quanto aos fatos, consta dos autos que:

- em **08/10/2007**, a Contribuinte transmitiu pela internet o PER/DCOMP nº 16449.59566.081007.1.3.04-**0393** (e-fls. 31/35), informando compensação tributária:

- débito informado no valor de R\$ 776,59, assim especificado:

a) – **SIMPLES**, código de receita 6106, período de apuração setembro/2007, data de vencimento **15/10/2007**, valor **R\$ 776,59**;

- crédito utilizado (valor original na data da transmissão): **R\$ 776,59**: que o direito creditório pleiteado decorreu de pagamento indevido do Simples Federal (parcelas do PIS-Simples e da Cofins-Simples) do período de apuração **30/04/2004**, código de receita 6106, data de arrecadação 10/05/2004, valor original do recolhimento – DARF R\$ 3.342,57.

Em **05/07/2011**, houve emissão do Despacho Decisório (eletrônico), e-fl. 30, pela DRF/Guarulhos, denegando o direito creditório pleiteado, com a seguinte fundamentação:

(...)

3-FUNDAMENTACÃO, DECISÃO E ENQUADRAMENTO LEGAL

A análise do crédito creditório está limitada ao valor do “crédito original na data da transmissão” informado no PER/DCOMP, correspondendo a R\$ 536,06.

A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

(...)

Diante da inexistência do crédito, NÃO HOMOLOGO a compensação declarada.

(...).

Enquadramento legal: Arts. 165 e 170, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN) e Art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

(...)

Ciente dessa decisão em **19/07/2011** – Aviso de Recebimento – AR (e-fl.38), a Contribuinte, em **17/08/2011 (e-fl. 28)**, apresentou Manifestação de Inconformidade por via postal (e-fls.02/14), juntando ainda documentos de e-fls. 15/34, cujas razões estão resumidas no relatório da decisão *a quo* e que, nessa parte, transcrevo (e-fl. 48), *in verbis*:

(...)

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 traz 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.

Pede a reforma do despacho decisório e a homologação da compensação.

(...)

A 2ª Turma da DRJ/Belo Horizonte, à luz dos fatos e da legislação de regência, julgou a manifestação de inconformidade improcedente, conforme Acórdão, de 26/11/2013, cuja ementa transcrevo a seguir (e-fl. 48), *in verbis*:

(...)

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2004

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. CRÉDITO NÃO COMPROVADO.

Não se admite compensação com crédito que não se comprova existente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

(...)

Processo nº 10875.903595/2011-82
Acórdão n.º **1802-002.296**

S1-TE02
Fl. 90

- que, consoante melhor doutrina pátria e decisão do STF, faz jus à restituição do PIS/Cofins incidente sobre o ICMS;

- que o crédito pleiteado do PIS-Simples e Cofins-Simples decorreu, portanto, da exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo dessas exações fiscais (**Obs: a Contribuinte não juntou aos autos planilha, memória de cálculo, do alegado crédito informado na DCOMP, nem documentos de sua escrituração contábil**).

- que, por fim, pediu deferimento do direito creditório pleiteado, mediante reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O Recurso Voluntário, por ser tempestivo e atender aos demais requisitos de admissibilidade, merece ser apreciado, conhecido. Logo, dele conheço.

Conforme relatado, os autos tratam de compensação tributária.

Nas decisões anteriores objeto deste processo, o crédito pleiteado foi denegado, por ser inexistente; faltou comprovar sua liquidez e certeza.

Nesta instância recursal, a Recorrente busca a reforma da decisão recorrida, suscitando, primeiro, preliminar de nulidade e, no mérito, matéria de direito.

NULIDADE. INTIMAÇÃO POR “AR”. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

Nas razões do recurso voluntário, a Recorrente suscitou preliminar de nulidade da intimação atinente ao Despacho Decisório da DRF/Guarulhos, por via postal, Aviso de Recebimento-AR, na pessoa física diversa da designada pela empresa.

Na primeira instância de julgamento, a Contribuinte, também, suscitou esta preliminar de nulidade, conforme razões constantes da Manifestação de Inconformidade que, nessa parte, transcrevo no que pertinente (e-fls. 05/08), *in verbis*:

PRELIMINARMENTE

Em 20/07/2011 a manifestante recebeu o DESPACHO DECISÓRIO, (DOC 03) oriundo da Delegacia da Receita Federal do Brasil, conforme AR em poder desta delegacia, (...)

*Senhor Delegado o despacho decisório foi recebido e assinado por pessoa não credenciada e não habilitada para receber tal correspondência em nome da empresa **DOMINIUM MATERIAIS HIDRÁULICOS E FERRAGENS LTDA**, (...)*

O representante legal da manifestante é seu sócio gerente (DOC 01) razão pela qual somente ele poderia ter recebido a correspondência da Delegacia da Receita Federal do Brasil, máxime por tratar-se de intimação para pagamento postada com aviso de recebimento.

Da assinatura oposta no documento do correio, o assinante não é sócio, não é procurador, e nem legitimado e não representa legalmente a requerente.

Portanto, quem recebeu e assinou o despacho decisório, não é sócio, não é procurador, nem legitimada, não representa legalmente a requerente, e nem tem vínculos com a Manifestante.

(...)

Entretanto para eficácia da intimação ou notificação, e para sua validade, deve a mesma ser revestida na forma da lei, e a lei dispõem que deve a mesma ser entregue na pessoa do sócio, procurador, ou legitimado, e não a um estranho que não tem relação processual (art. 222 do CPC).

(...)

A garantia da ampla defesa do "due process of law" deve impor que obrigatoriamente se faculte a parte o direito de produzir provas, argüir legitimidade, enfim, o amplo contraditório, tudo dentro dos ditames da lei, evitando assim remeter a parte à via administrativa em toda a sua inteireza.

A manifestante entende que o DESPACHO DECISÓRIO não é válido, porque a intimação do mesmo não está formalmente revestida dos requisitos da lei, e trás a nulidade do processo.

(...)

Assim sendo, em preliminares requer que V.S. se digne determinar seja declarada a nulidade da notificação do despacho decisório, (...)

Data venia, a preliminar suscitada não merece prosperar, pois carece de pressupostos fáticos e jurídicos.

Diversamente do alegado pela Recorrente, a notificação por via postal, com Avisto de Recebimento – AR, deu-se nos termos da lei.

A propósito, estatui o art. 23 do Decreto 70.235/72, *in v erbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I – (...)

II -por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

(...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

(...)

No caso, a Contribuinte foi notificada do Despacho Decisório por via postal – Aviso de Recebimento – AR em **19/07/2011** (e-fl. 38), assinado por **André R. Cruz**.

A Recorrente confirma, em suas razões, que recebeu a correspondência no dia seguinte, ou seja, em **20/07/2011** e que, porém, a ciência do recebimento no AR foi dada por **pessoa sem vínculo funcional com a empresa**; que apenas estariam aptos a receber correspondência e dar ciência no AR sócio da empresa ou representante legal.

Não tem guarida a pretensão da Recorrente.

Primeiro, **André Ribeiro da Cruz** é sócio da Recorrente, conforme cópia do Instrumento Particular de Alteração e Consolidação do Contrato Social, de 29/01/2002 (e-fl. 16/21), e consta assinatura de Andre R. Cruz no Aviso de Recebimento-AR (e-fl. 38).

Ainda que não sejam a mesma pessoa, isso é irrelevante.

A legislação processual administrativa não exige, não estabelece que a ciência do recebimento de correspondência por via postal, Aviso de Recebimento – AR, seja dada exclusivamente a sócio ou representante legal de empresa. Inclusive, para informação da Recorrente, porteiro do Prédio, onde funciona a empresa, pode receber a correspondência e assinar o AR.

A matéria é pacífica neste CARF, inclusive, encontra-se sumulada, conforme Súmula CARF nº

Súmula CARF nº 9: 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 Recorrente não comprovou prejuízo algum à sua defesa.

Pelo contrário, mencionou expressamente que recebeu a correspondência no dia 22/11/2011 (dia seguinte à data de assinatura constante do AR). E, conforme consta dos autos, exerceu plenamente o contraditório e a ampla defesa na instância *a quo*, em alentada defesa, suscitando preliminar e defesa de mérito, revelando conhecer plenamente a lide objeto do processo.

Como visto, a intimação, entrega do Despacho Decisório por via postal, cumpriu plenamente sua função, sem prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, em observância do princípio da instrumentalidade das formas, ainda que o ato processual tenha sido realizado de outro modo ou forma, mas restou atingido, alcançado o seu objetivo sem prejuízo às partes, é plenamente válido, não existindo razão alguma para suscitar sua nulidade.

Nesse sentido, são também os precedentes da jurisprudência dos tribunais pátrios:

TJ-SP - *Apelação* : APL 491469820098260000 SP 0049146-98.2009.8.26.0000

NULIDADE DE CITAÇÃO - CITAÇÃO PELO CORREIO COM "AR" - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE - TEORIA DA APARÊNCIA - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. Relator(a):-Roberto Mac Cracken. *Julgamento*:-03/03/2011. *Órgão Julgador*:-37ª Câmara de Direito Privado. *Publicação*:-24/03/2011.

Ementa

NULIDADE DE CITAÇÃO - CITAÇÃO PELO CORREIO COM "AR" - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE - TEORIA DA APARÊNCIA - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - É válida a citação de pessoa jurídica por via postal, quando efetivada no endereço onde se encontra o estabelecimento sede do réu, sendo desnecessário que a carta citatória seja recebida e o aviso de recebimento assinado por seu representante legal. Em conformidade com o princípio da instrumentalidade das formas, que determina a não vinculação às formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais ao processo, é de rigor a aplicação da teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada. Ainda mais, ressalte-se que, não é comum se dispor o diretor ou gerente de empresa de grande porte a receber os carteiros, sendo, por tal motivo, presumir-se que o empregado colocado nessa função tenha a responsabilidade de promover o devido encaminhamento à correspondência recebida. Recurso não provido

TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 00229201220138190000 -RJ

Relator(a):-DES. CLAUDIO BRANDAO DE OLIVEIRA. *Julgamento*:-16/10/2013. *Órgão Julgador*:-SÉTIMA CAMARA CIVEL. *Publicação*:-24/03/2014 11:09

Ementa:

Agravo de Instrumento. Direito Processual Civil. Recurso no qual se alega nulidade da citação postal, por ter sido recebida por terceiro. Matéria de ordem pública que não é passível de preclusão, eis que ainda não foi apreciada. Citação via postal de Pessoa Jurídica recebida pelo porteiro do prédio. Citação válida.

A jurisprudência considera válida a citação feita na pessoa de porteiro do prédio comercial onde se localiza empresa ré, ainda que sem poderes específicos para representar a pessoa jurídica. Homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, da teoria da aparência e da razoável duração do processo. Recurso a que se nega provimento.

TRF-2-APELAÇÃO CIVEL: AC 388942 RJ 2006.51.01.015393-7

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POSTAL. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES.

Relator(a):-Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES.
Julgamento:-05/05/2009. **Órgão Julgador:**-QUARTA TURMA ESPECIALIZADA. **Publicação:**-DJU - Data:01/07/2009 -
Página:99.

Ementa

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POSTAL. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Consoante os dispositivos acima citados, e mesmo em face do que dispõe o art.223, parágrafo único do CPC, convém ressaltar que em respeito ao princípio da aparência, bem como ao princípio da instrumentalidade do processo, a jurisprudência pátria, de longa data já possui entendimento que a citação/intimação realizada em pessoa que não possui poderes de gerência/administração da pessoa jurídica é válida, não lhe sendo exigido que possua poder de gerência ou que receba costumeiramente correspondências.

2. Segundo a jurisprudência dominante no STJ, e regular a citação de pessoa jurídica, por via postal, quando a correspondência é encaminhada ao estabelecimento da ré, sendo ali recebida por um seu funcionário. Desnecessário que o ato de comunicação processual recaia em pessoa ou pessoas que, instrumentalmente ou por delegação expressa, representem a sociedade (REsp 161167).

3. Consoante entendimento já consolidado nesta Corte Superior, adota-se a teoria da aparência, considerando válida a citação de pessoa jurídica, por meio de funcionário que se apresenta a oficial de justiça sem mencionar qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representação em juízo (AgRg no Ag 547864).

4. Apelação improvida.

STJ - EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL : EREsp 156970 SP 1999/0015803-2. Ministro Vicente Leal. Julgamento 02/08/2000. CE-Corte Especial. Publicação: DJ 22.10.2001 p. 261RDR vol. 22 p. 164

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. RECEBIMENTO QUE SE APRESENTA COMO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. - Em consonância com o moderno princípio da instrumentalidade processual, que recomenda o desprezo a formalidades desprovida de efeitos prejudiciais, é de se aplicar

a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a inexistência de poderes para representá-la em Juízo. - Embargos de Divergência conhecidos e acolhidos.

Por tudo que foi exposto, rejeito a preliminar suscitada.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE APROVEITAMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO DO SIMPLES FEDERAL. PAGAMENTO INDEVIDO A MAIOR DE PIS-SIMPLES E COFINS-SIMPLES. CRÉDITO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

Nas razões do recurso, a Recorrente informou que apurou direito creditório do Simples Federal do ano-calendário 2003, da seguinte forma:

a) que formalizou declaração de compensação tributária, **utilizando crédito decorrente de pagamento a maior de PIS/Cofins no âmbito do Simples Federal**, pois recolhera essas exações fiscais no ano-calendário 2003 apuradas sobre a receita bruta (faturamento), sem exclusão da parcela do ICMS;

b) que, pela legislação de regência, a base de cálculo dessas exações fiscais é o faturamento, ou seja, a receita bruta de vendas de mercadorias e de prestação de serviços;

c) que na base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins não deve constar, não deve compreender, a parcela do ICMS, pois não é receita própria;

d) que o Supremo Tribunal Federal – STF já declarou a inconstitucionalidade do do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 que previa o alargamento da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins;

e) que, pela decisão do STF, a base de cálculo da Contribuição para PIS e da Cofins é o faturamento bruto (receita bruta de vendas de mercadorias e de prestação de serviços);

f) que efetuou o recolhimento do Simples, em DARF, que implicou apuração e pagamento da Contribuição PIS – Simples e da Cofins-Simples sobre o faturamento bruto, sem exclusão da parcela do ICMS;

g) que tem direito de crédito sobre o pagamento do PIS-Simples e da Cofins –Simples sobre a parcela do ICMS, quanto ao ano-calendário 2003;

h) que, por iniciativa própria, recalculou o valor devido no Simples Federal, a título de PIS-Simples e Cofins-Simples dos períodos mensais do ano-calendário 2003, excluindo o ICMS da receita bruta, e apurou, assim, valor pago a maior dessas exações fiscais **(Obs: a Contribuinte não juntou aos autos planilha, memória de cálculo, do alegado crédito informado na DCOMP, nem documentos de sua escrituração contábil).**

i) que pediu, por fim, o reconhecimento do crédito utilizado na DCOMP.

A irresignação da Recorrente não merece prosperar.

O crédito demandado pela Recorrente não tem respaldo fático-jurídico.

Na legislação do ICMS (Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 1º, I) e suas posteriores atualizações, o ICMS é calculado “por dentro”, nos seguintes termos:

Art. 13. (...)

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive o inciso V da caput deste artigo:

I - O montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

(...).

O ICMS integra a receita bruta, ou seja, o faturamento bruto.

Ainda, quanto à legislação do ICMS, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou, recentemente (18/05/2011), por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461-SP (18/05/2011).

A seguir trancrevo a Ementa do Acórdão do Pleno do STF, proferido nos autos do processo do RE 582461-SP, sessão de 18/05/2011, Relator Min. Gilmar Mendes:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve

ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas.

Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.

4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Na legislação de regência da Cofins e da Contribuição para o PIS (Lei 9.718/1998, Lei 10.637/2000, Lei 10.833/2003 e Lei nº 10.865/2004) também não há previsão legal de exclusão do ICMS da receita bruta (faturamento), em relação às operações de venda de mercadorias e prestação de serviços quando incide esse imposto.

Diversamente do alegado pela Recorrente, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, como efeito *erga omnes*, não tratou da questão do ICMS, se cabível ou não sua exclusão da receita bruta = faturamento bruto.

Vale dizer, em relação à legislação da Contribuição para o PIS e da CSLL, na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 o STF fixou o entendimento de que a receita bruta = faturamento bruto corresponde a vendas de mercadorias, prestação de serviços ou vendas de mercadorias com prestação de serviços, não abarcando outras receitas, mormente receitas financeiras para as pessoas jurídicas cujo objeto social seja o comércio de mercadorias e prestação de serviços em geral; afastou, por conseguinte, o alargamento da base de cálculo desse dispositivo.

Como demonstrado, a parcela do ICMS faz parte da receita bruta (faturamento), base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins..

Logo, enquanto não houver mudança da legislação de regência da Contribuição para o PIS e da Cofins para exclusão do ICMS da receita bruta ou decisão judicial *erga omnes* excluindo o ICMS da receita bruta, a base de cálculo dessas exações continua abarcando o ICMS.

Ainda, não consta dos autos que a Recorrente tenha decisão transitada em julgado conferindo-lhe o direito de excluir a parcela do ICMS da apuração da base de cálculo da Cofins e da Contribuição do PIS.

Quanto ao afastamento da exigência da Contribuição para o PIS e da Cofins nas operações de importação de mercadorias e serviços, a decisão do STF no Recurso Extraordinário 559.937-RS tem efeito, apenas, *inter partes*, não beneficia a Recorrente, pois não é parte daquele processo.

No citado RE, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/2004. O ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições PIS/Cofins no desembaraço de importação de bens e serviços, sessão de 20/03/2013. O citado dispositivo extrapolou o art. 149, § 2º, II, “a”, da CF que constitucionalizou o conceito técnico-jurídico de valor aduaneiro, base de cálculo das contribuições PIS/Cofins incidentes na importação. A Fazenda Nacional, porém requereu a modulação dos efeitos dessa decisão do STF.

Como visto, a Recorrente não tem respaldo legal para excluir o ICMS da receita bruta. E, também, não é beneficiária de decisão judicial nesse sentido.

Logo, o crédito pleiteado não tem liquidez e certeza, nos termos do art. 170 do CTN.

Além disso, apenas para argumentar, a Recorrente sequer demonstrou como apurou o suposto crédito (não juntou demonstrativo, planilha, memória de cálculo, nem cópia da escrituração contábil/fiscal).

A arguição de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação de regência dessas exações fiscais federais que não prevê a exclusão do ICMS da receita bruta, não pode ser enfrentada na órbita administrativa, por não ser a esfera competente. A matéria é da alçada do Poder Judiciário, e não da esfera administrativa.

Esse entendimento, por ser pacífico, já está sumulado neste CARF, conforme Súmula CARF nº 02, que transcrevo a seguir, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Como visto, a Recorrente não comprovou o direito creditório pleiteado.

A Contribuinte é autora do pedido de crédito, no processo de compensação tributária.

À luz do Código de Processo Civil Brasileiro, de aplicação subsidiária, o ônus probatório é do autor quanto ao fato constitutivo do direito creditório alegado contra o fisco (CPC, art. 333, I).

O momento para a produção das provas está previsto nos arts. 15 e 16, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores.

Processo nº 10875.903595/2011-82
Acórdão n.º **1802-002.296**

S1-TE02
Fl. 100

Portanto, não restando comprovado o direito creditório pleiteado, pela falta de demonstração da liquidez e certeza, voto para REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel