ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10880.947036/2012-96

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

Processo nº	10880.947036/2012-96
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1002-000.285 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de	04 de julho de 2018
Matéria	Simples - PER/DCOMP
Recorrente	PANIFICADORA PIONEIRA DE PINHEIROS LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

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 APRECIAÇÃO. 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 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. 52/68) ― 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 fólios processuais, relativo ao inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 45/48), proferida em sessão de 09 de outubro de 2014, consubstanciada no Acórdão n.º 03-67.811, da 4.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília/DF (DRJ/BSB), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade (e-fls. 02/12) que pretendia desconstituir o Despacho Decisório (DD), emitido em 03/07/2012 (e-fl. 34), emanado pela Autoridade Administrativa que analisou o Pedido Eletrônico de Restituição e a Declaração de Compensação (PER/DCOMP) n.º 24487.77239.250208.1.3.04-3379, transmitido em 25/02/2008, 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: 2007*
> *DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO.*
> *A compensação de créditos tributários (débitos do contribuinte) só pode ser efetuada com crédito líquido e certo do sujeito passivo, sendo que a compensação somente pode ser autorizada nas condições e sob as garantias estipuladas em lei; no caso, o crédito pleiteado é inexistente.*
> *DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.*
> *Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e a existência do crédito que alega possuir junto à Fazenda Nacional para que sejam aferidas sua liquidez e certeza pela autoridade administrativa.*
> *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:*

> *Trata-se de Declaração de Compensação – Dcomp n.º 24487.77239.250208.1.3.04-3379, transmitida eletronicamente em 31/03/2007, com base em suposto crédito de Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, oriundo de pagamento indevido ou a maior, cujo DARF apresenta as seguintes características:*
>
> | *Período de Apuração* | *Código de Receita* | *Valor Total do DARF* | *Data de Arrecadação* |
> |---|---|---|---|
> | *20/04/2007* | *6106* | *R$ 8.313,95* | *20/04/2007* |
>
> *A contribuinte declarou no PER/DCOMP a existência de crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior, no valor do principal de R$ 8.313,95.*
>
> *Em 03/07/2012 foi emitido Despacho Decisório Eletrônico pela não homologação da compensação, fundamentando na inexistência de crédito.*
>
> *Cientificado dessa decisão, bem como da cobrança dos débitos confessados na DCOMP, o sujeito passivo apresentou manifestação de inconformidade, acrescida de documentação anexa, onde alega, em síntese, que o crédito pleiteado é proveniente de pagamento a maior de Simples, período de apuração 20/04/2007, em face da indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo.*
>
> *Aduz que o ICMS não poderia compor a receita bruta apurada para efeitos fiscais, uma vez que o contribuinte é mero arrecadador e intermediário de uma receita que não lhe pertence, mas sim ao fisco estadual. Cita, em apoio a esse entendimento, Recurso Extraordinário do Supremo Tribunal Federal n.º 240.785357950, em destaque voto do Ilustre Ministro Marco Aurélio, que se manifestou sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins: "se alguém fatura ICMS é o Estado, não o vendedor da mercadoria."*
>
> *Assim, entendendo demonstrados os fundamentos que asseguram o direito do seu pleito, requer a reconsideração do despacho decisório, a fim de determinar a homologação da compensação efetuada pela empresa.*

O Despacho Decisório informa que o crédito pleiteado, a título de restituição, o qual seria utilizado para efetivar a compensação, inexiste, 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
31/03/2007	6106	R$ 8.313,95	20/04/2007

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
3540968691	R$ 8.313,95	DB: cód 6106 PA 31/03/2007	R$ 8.313,95
		Valor Total	R$ 8.313,95

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:*

> *As ME e as EPP inscritas no Simples Federal não poderão gozar de nenhum outro benefício ou tratamento fiscal diferenciado ou mais favorecido, além daqueles expressamente previstos na legislação específica, inclusive em relação a substituição tributária, diferimento, crédito presumido, redução da base de cálculo, isenção, aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*
>
> *O art. 5.º da Lei n.º 9.317/96 estabelece que a apuração do montante mensalmente devido será determinado mediante a aplicação de percentual sobre a receita bruta mensal auferida pela pessoa jurídica, conforme transcrição a seguir.*
>
> > *Art. 5.º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais (...).*
>
> *Ainda, nos termos do § 2.º do art. 2.º da Lei n.º 9.317, de 1996, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionalmente concedidos.*
>
> *Portanto, se a previsão legal determinou que o percentual seria aplicado sobre a receita bruta mensal, não cabe a interpretação de que a incidência se daria sobre a receita líquida, considerando a exclusão dos impostos incidentes sobre a receita bruta, tais como: ICMS, PIS, Cofins e ISS.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, uma vez não comprovada nos autos a existência de direito creditório líquido e certo do contribuinte contra a Fazenda Pública passível de compensação, não há o que ser reconsiderado na decisão dada pela autoridade administrativa.*

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 inexiste 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 04/03/2016, sexta-feira, e-fls. 49/50, e protocolo em 05/04/2016, e-fl. 51), 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.

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, inexiste 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 inexiste apuração ou elementos documentais que possibilitassem comprovar 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 aclaramento 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 n.º 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, ressalvando 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 n.º 2 do CARF.

Observo, igualmente, o disposto no art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, com redação dada pela Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n° 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 e, no mérito, em lhe negar provimento, mantendo íntegra a decisão recorrida.

É como Voto.

(assinado digitalmente)
Leonam Rocha de Medeiros - Relator