ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10920.911161/2012-44

CÓPIA

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

Processo nº	10920.911161/2012-44
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3801-003.358 – 1ª Turma Especial**
Sessão de	24 de abril de 2014
Matéria	CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL
Recorrente	LOJAS HIRT LTDA EPP
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

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

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado. A Conselheira Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel votou pelas conclusões.

(assinatura digital)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(assinatura digital)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Antônio Borges, Paulo Sérgio Celani, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Flávio de Castro Pontes e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão, julgado pela 3ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte (DRJ/BHE), referente ao processo administrativo, em que foi julgada improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, não sendo reconhecido o direito creditório.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ/BHE, que assim relatou os autos:

> *O presente processo trata de Manifestação de Inconformidade contra Despacho Decisório nº rastreamento emitido eletronicamente, referente ao PER/DCOMP.*
>
> *O PerDcomp foi transmitido com o objetivo de pedir a restituição de crédito de PIS/PASEP, Código de Receita 8109, no valor original de, decorrente de recolhimento com Darf efetuado.*
>
> *De acordo com o Despacho Decisório, a partir das características do DARF descrito no PerDcomp acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição. Assim, diante da inexistência de crédito, a restituição foi INDEFERIDA.*
>
> *Como enquadramento legal citou-se: arts. 165 da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional CTN).*
>
> *DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE*
>
> *Cientificado do Despacho Decisório, o interessado apresenta manifestação de inconformidade alegando, em síntese, o que se segue:*
>
> *- que o PerDcomp refere-se a crédito decorrente de pagamento a maior de PIS/Cofins, em razão da inclusão do ICMS nas bases de cálculos dessas contribuições;*
>
> *- que em relação à base de cálculo da Cofins, a Lei Complementar 70/91, que instituiu a cobrança da contribuição, dispõe em seu art. 2º "que a contribuição incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza";*
>
> *- que em relação à base de cálculo do PIS, a Lei Complementar 07/70, que instituiu a cobrança da contribuição dispõe em seu art. 3º que o Fundo de Participação será constituído por duas parcelas, sendo a segunda com recursos calculados com base no faturamento da empresa; que posteriormente as contribuições ao*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
talmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO AN
TONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *PIS e a Cofins passaram a ser disciplinadas pela Lei 9718/98 que dispõe em seu art. 2º, parágrafo 1º que "entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas"; que a Constituição Federal em seu art. 195, I, b, dispõe que "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, DF e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: (...) b) a receita ou o faturamento";*
>
> *- que segundo o dispositivo constitucional citado, apenas poder-se-ia reconhecer, como base de cálculo para o PIS e a Cofins, a receita ou o faturamento, não possuindo autorização para incluir em sua base o valor pago a título de ICMS, visto que tal valor constitui ônus fiscal e não faturamento.*
>
> *Requer a reavaliação do Despacho Decisório.*

Assim, entendeu a DRJ/BHE por conhecer a manifestação de inconformada apresentada, por ser tempestiva e atender os demais pressupostos de admissibilidade.

Entretanto, ao analisar o mérito da manifestação de inconformidade, entendeu a DRJ/BHE por indeferir a solicitação, ratificando a decisão da DRF de origem, não reconhecendo o direito creditório e, por conseqüência, não deferindo o pedido de restituição. O referido julgado contou com a seguinte ementa:

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP*
>
> *PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. CRÉDITO NÃO COMPROVADO.*
>
> *Não se admite a restituição de crédito que não se comprova existente.*
>
> *Manifestação de Inconformidade Improcedente*
>
> *Direito Creditório Não Reconhecido*

A contribuinte apresentou Recurso Voluntário, postulando a reforma da decisão, por entender que o pedido de restituição de crédito tributário, oriundo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS se mostra legítimo.

Em sua fundamentação, fez a colação de trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do RE 240.785-2/MG, onde ele conclui que o valor correspondente ao ICMS não têm natureza de faturamento ou receita e por isso não incide na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Por fim, refere a Recorrente que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no julgamento do RE 574.706, requerendo que o presente recurso fique sobrestado até pronunciamento definitivo pela Suprema Corte, com fundamento no artigo 62-A, § 1º, do Regimento Interno do CARF.

É o relatório.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheiro Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator.

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Tanto na manifestação de inconformidade apresentada, quanto no recurso voluntário interposto, a contribuinte manteve o argumento de que deveria ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Primeiramente, necessário destacar se há necessidade ou não de sobrestamento do processo. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República (ADC n° 18), deferiu, por maioria, medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF. (MC-ADC 18/DF, rel. Min. Menezes Direito, 13.8.2008)

Contudo, em sessão plenária do dia 4.2.2009, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, por maioria, prorrogar o prazo da decisão liminar concedida, nos termos do voto do relator. (QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Menezes Direito)

Após, em sessão plenária do dia 16.9.2009, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, por maioria, decidiu novamente por prorrogar o prazo da decisão liminar concedida. (2ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Menezes Direito)

Por fim, em sessão plenária do dia 25.03.2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello)

Deste modo, entende-se que após decorrido o prazo de 180 dias, a contar de 25.03.2010, perdeu a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. Assim, entende-se que não deve haver o sobrestamento da matéria.

Outrossim, cabe ainda destacar que o § 1º do Art. 62-A do Regimento Interno do CARF que faz referência a contribuinte no presente Recurso Voluntário (interposto em 19/12/2013), estava inclusive já revogado pela Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013.

Cumpre ressaltar inclusive que a presente Turma ao apreciar a mesma matéria já se manifestou no sentido de não sobrestar o processo. Tal decisão ocorreu por unanimidade nos autos do processo administrativo n° 10950.003104/2010-71, de Relatoria do Conselheiro José Luiz Bordignon, em sessão de 27 de novembro de 2012, onde foi lavrado o acórdão n° 3801001.593. No referido acórdão, assim restou decidido:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *"**Acordam os membros do colegiado: (I) Por unanimidade de votos, não sobrestar o processo**; (II) Por unanimidade votos, negar provimento ao recurso em relação às preliminares de cerceamento de defesa e de que o crédito tributário já sido constituído pelo contribuinte; (III) Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à preliminar de vício do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Vencidos os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira que reconheciam a nulidade; (IV) Por unanimidade de votos, no mérito, negar provimento ao recurso." (grifou-se)*

CÓPIA

Deste modo, entendo por não sobrestar o presente processo.

Analisando o mérito, verifica-se que a recorrente alega que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS promovida pela Lei n° 9.718/98 violou dispositivos da Constituição Federal de 1988. Pretende, em suma, a inconstitucionalidade de lei tributária. Portanto, pretendendo a contribuinte a inconstitucionalidade de lei tributária, necessário que seja aplicada ao presente caso a Súmula n° 2 do CARF, que assim dispõe:

> *SÚMULA Nº 2 do CARF: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Por se tratar de matéria constitucional, não sendo competência deste Conselho a sua análise, encaminho voto por negar provimento ao mérito do recurso, consoante o que vem sendo julgado por este Conselho Neste sentido as seguintes ementas deste Conselho:

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. Período de apuração: 01/09/2001 a 30/09/2001PIS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. Sendo a base de cálculo da Cofins o faturamento, nele se incluindo todas as parcelas que o compõem, deve o ICMS integrá-la. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aplicação da Súmula CARF nº 2. Recurso Voluntário Negado. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (Acórdão n° 3302-000.745, julgado em 10/12/2010, grifou-se)*

> *PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2005, 2006, 2007 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAÇÃO. As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar argüições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Anocalendário: 2005, 2006, 2007 MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502, de 30 de*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será aplicada à multa de ofício de 150%. ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Anocalendário: 2005, 2006, 2007 PIS/PASEP. COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO ISS E TPT. IMPOSSIBILIDADE. Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, os tributos que podem ser excluídos da receita bruta são o IPI e o ICMS, quando cobrados pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. (Acórdão 1102-000.519, julgado em 03/10/2011, grifou-se)*

CÓPIA

Deste modo, encaminho o voto por negar provimento ao recurso voluntário, em razão deste Conselho não ser competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula n° 02 do CARF).

É necessário igualmente analisar o mérito do recurso, em que pese as considerações acima trazidas. Apesar de entendimento diverso desse relator, o pedido do contribuinte vai de encontro com a jurisprudência dominante e sumulada do STJ.

Importante referir que o pedido da recorrente não possui respaldo no Superior Tribunal de Justiça, que já editou Súmula com o seguinte teor:

> *STJ Súmula nº 68 - 15/12/1992 - DJ 04.02.1993*
>
> *ICM - Base de Cálculo do PIS*
>
> *A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.*

Em igual sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região assim tem se manifestado:

> *EMENTA: PIS. COFINS. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE. Os encargos tributários integram a receita bruta e o faturamento da empresa. Seus valores são incluídos no preço da mercadoria ou no valor final da prestação do serviço. Por isso, são receitas próprias da contribuinte, não podendo ser excluídos do cálculo do PIS/COFINS, que têm, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo. É constitucional e legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, §2º, I, da Lei 9.718/98. (TRF4, AC 5008959-23.2010.404.7000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 12/09/2013)*

Deste modo, entende-se que os encargos tributários integram a receita bruta e o faturamento da empresa. Assim, seus valores são incluídos no preço da mercadoria ou no valor final da prestação do serviço. Diante disso, são receitas próprias da contribuinte, não

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

podendo deixar de ser incluídos no cálculo do PIS e da COFINS, que tem, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo.

Assim, incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Em face do exposto, encaminho o voto para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É assim que voto.

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA, Assinado digitalmente em 09/06/2014 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA