



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

Processo nº 10925.905078/2012-96

Recurso nº 1 Voluntário

Acórdão nº 3801-002.860 – 1ª Turma Especial

Sessão de 25 de fevereiro de 2014

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/05/2004

PIS. COFINS. RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. INDEFERIMENTO.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidem sobre o faturamento, que corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando qual é a composição destas receitas ou se os impostos indiretos compõem o preço de venda.

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

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

CÓPIA

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos:

Trata o presente processo de Pedido de Restituição PER, apresentado pela contribuinte acima qualificada.

Em análise do pedido, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joaçaba/SC decidiu indeferir-lo (Despacho Decisório à folha 5), em razão de que o valor recolhido via DARF, indicado como fonte do crédito contra a Fazenda Nacional, já havia sido integralmente utilizado para pagamento de débito da contribuinte, não restando crédito disponível para restituição solicitada no PER.

Inconformada com o não deferimento de seu Pedido de Restituição, a contribuinte esclarece, em síntese, que os créditos pleiteados referem-se a pagamentos a maior da contribuição ao PIS e da Cofins, em razão da inclusão do ICMS nas bases de cálculo destas contribuições.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2007

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. COMPROVAÇÃO DA CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO. REQUISITO.

A certeza e liquidez do crédito é requisito essencial para o deferimento da restituição, devendo restar comprovado o efetivo pagamento indevido ou a maior que o devido.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso voluntário apresentado, no qual alega que a exigência da prévia retificação da DCTF como condição para reconhecer o crédito tributário pleiteado pela recorrente não possui qualquer fundamento legal, devendo ser enfrentado os argumentos apresentados na Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Marcos Antonio Borges

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele toma-se conhecimento.

O direito creditório não existiria, segundo o despacho decisório inicial e o acórdão de primeira instância, porque os pagamentos constantes do pedido estariam integralmente vinculados a débitos em DCTF e não teriam sido demonstradas a liquidez e a certeza dos indébitos.

Na análise eletrônica dos PERDCOMPs de pagamento indevido ou a maior o objetivo é confirmar a existência de indébito tributário, confrontando informações das declarações apresentadas com os pagamento realizados. Não se está analisando efetivamente o mérito da questão, o que somente será viável a partir da manifestação de inconformidade apresentada pelo requerente, na qual, espera-se, seja descrita a origem do direito creditório pleiteado e sua fundamentação legal.

Apesar da alegação da existência de crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior não ter sido acompanhada na peça impugnatória da retificação da respectiva DCTF, instrumento de confissão de dívida, que a princípio estaria na esfera de responsabilidade do contribuinte, o entendimento predominante deste Colegiado é no sentido da prevalência da verdade material, sendo que a falta de apresentação de DCTF retificadora, por se tratar de prova indiciária, não excluiria o direito da recorrente à repetição do indébito, nos termos do art. 165 do CTN, *in verbis*:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

No mérito, a recorrente alega que os créditos pleiteados referem-se a pagamentos a maior da contribuição ao PIS e da Cofins, em razão da inclusão do ICMS nas bases de cálculo destas contribuições.

A questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é objeto do Recurso Extraordinário (RE) nº 240.785-2 MG, que não foi ainda julgada até a presente data.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18, que trata da mesma matéria, o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais

suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei no 9.718/98. A suspensão dos julgamentos deferida liminarmente foi sucessivamente prorrogada nas sessões plenárias realizadas em 04/02/2009, em 16/09/2009, e, finalmente, em 25/03/2010, quando o Tribunal, pela última vez, prorrogou por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

Quanto ao RE nº 240.785-2/MG, o mesmo foi também sustado até o julgamento do ADC no 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento do RE em tela, uma vez que a ADC, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria.

Contudo, findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, tendo em vista não haver nenhuma decisão vigente nesse sentido nos julgamentos que versam sobre a matéria, bem como, com a edição da Portaria MF no- 545, de 18 de novembro de 2013, que revogou os parágrafos 1º e 2º do artigo 62A do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, que previam o sobrestamento dos julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, preliminarmente entendo que não há que se falar em sobrestamento dos autos.

Isto posto, no mérito, veremos que não assiste razão à recorrente.

Apesar da recorrente argumentar que o ICMS, por não representar riqueza do contribuinte e sim receita do Erário Estadual, é um ônus fiscal e não faturamento. Esse, porém, refere-se a uma universalidade, um todo composto pelas receitas da empresa, pouco importando qual é a composição destas receitas ou se os impostos indiretos compõem o preço de venda.

A Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, I autoriza apenas a exclusão do ICMS “quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. Em nenhum momento, porém, autoriza a exclusão do ICMS das próprias vendas.

Em relação ao PIS, a Jurisprudência encontrava-se pacificada, sendo editada a Súmula nº 68 pelo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

Súmula: 68 A PARCELA RELATIVA AO ICM INCLUI-SE NA BASE DE CALCULO DO PIS.

Em relação ao FINSOCIAL, que também tinha por base de cálculo o faturamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 94, que estabelece:

Súmula 94. A PARCELA RELATIVA O ICMS INCLUI-SE NA BASE DE CÁLCULO DO FINSOCIAL.

Este também é o entendimento exarado pelo STJ, superada a suspensão liminar dos julgamentos dos processos envolvendo a matéria determinada pelo STF, no âmbito do REsp no 1.127.877-SP (transitado em julgado em 20/06/2012), no sentido de que o ICMS integra sim a base de cálculo do PIS e da COFINS, através de decisão monocrática que negou seguimento ao recurso, com base em jurisprudência da citada Corte, conforme excerto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

*INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.*

A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

Ocorre ainda que eventuais alegações acerca de constitucionalidade da legislação tributária não são oponíveis na esfera administrativa, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância, não dispondo esta de competência legal para examinar hipóteses de violação às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação dessas questões acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos de validade das normas jurídicas deve ser submetida àquele Poder. Portanto, é inócuo suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois à autoridade administrativa é vedado desrespeitar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional, sendo defeso a apreciação da matéria por esse órgão julgador, nos termos da Súmula nº 2 do CARF, de observância obrigatória por parte de seus membros.

No mais, o julgamento do Recurso Especial (REsp) no 1.127.877-SP foi submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, razão pela qual o entendimento ali expresso deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, conforme caput do artigo 62-A¹ do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013.

Assim, voto por negar provimento ao presente recurso voluntário.

¹ Art. 62A.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

(assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges

CÓPIA