



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

Processo n° 10945.902560/2011-55
Recurso n° 1 Voluntário
Acórdão n° **3801-002.637 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 28 de novembro de 2013
Matéria RESTITUIÇÃO
Recorrente MONDAY COMERCIO E DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/2001 a 30/11/2001

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 inconstitucionalidade 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. O Conselheiro Sidney Eduardo Stahl votou pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Processo nº 10945.902560/2011-55
Acórdão n.º **3801-002.637**

S3-TE01
Fl. 62

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 do Pedido de Restituição – PER nº 39523.91311.131006.1.2.041340 por meio do qual a contribuinte solicita o crédito no valor de R\$ 4.559,91, relativo ao DARF de PIS (código de receita 8109), no valor de R\$ 18.865,56, recolhido em 14/12/2001.

Em 03/01/2012 (Rastreamento nº 015079470) o pedido de restituição foi indeferido, pelo fato de que o DARF discriminado na PER acima identificada estava integralmente utilizado para quitação do débito de PIS do período de apuração de novembro01, não restando saldo de crédito disponível para o reconhecimento do crédito solicitado.

Uma vez cientificada do despacho decisório a contribuinte apresentou em 14/02/2012 a Manifestação de Inconformidade cujo conteúdo é resumido a seguir.

Após um breve relato dos fatos, a interessada alega o direito à restituição pleiteada em face do entendimento, adotado em algumas sentenças judiciais, de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins. Sustenta que o ICMS não integra o conceito de faturamento (receita bruta), uma vez que trata-se de mero ingresso de recursos, os quais devem ser repassados ao fisco estadual. Argumenta que o Supremo Tribunal Federal STF tem entendido que o valor do ICMS não pode compor a base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins) e transcreve, para fundamentar sua tese, parte do voto do ministro relator proferido no RE 2407852/ MG. Diz, também, que a inclusão do ICMS na base dessas contribuições é ilegal, posto que o mesmo não representa riqueza da contribuinte.

Diante do exposto, requer a interessada o acolhimento da manifestação para o fim de deferir integralmente o pedido de restituição. Pede adicionalmente, que os valores a serem restituídos sejam acrescidos da taxa Selic.

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

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/11/2001 a 30/11/2001

INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar argüições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/2001 a 30/11/2001

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO CREDITÓRIO INFORMADO NO PER/DCOMP.

Inexistindo o direito creditório informado no PER/DCOMP, é de se indeferir o pedido de restituição apresentado.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, 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.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso voluntário apresentado, no qual repisa as razões apresentadas por ocasião da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Marcos Antonio Borges

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

Conforme asseverado no presente recurso, 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.

Por conta da suspensão dos julgamentos determinada pelo STF, os processos envolvendo a mesma matéria, pendentes de serem examinados por este Conselho, ficaram também suspensos, em sintonia com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62A¹ do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012.

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 do aludido artigo, preliminarmente não há que se falar em sobrestamento dos autos.

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

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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

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.

A recorrente alega ainda a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, inclusive colacionando entendimento expresso no voto do eminente Relator do RE nº 240.785-2/MG em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre que as alegações acerca da inconstitucionalidade 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 desprezar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional, sendo defeso a apreciação da matéria por esse órgão julgador.

A alegação de inconstitucionalidade de lei também é objeto da abaixo transcrita súmula nº 2 do CARF, de observância obrigatória por parte de seus membros, por força do disposto no art. 72, caput, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009:

Súmula CARF nº 2 (D.O.U de 22/12/2009, Seção 1)

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

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-A do Regimento Interno deste Conselho, acima transcrito.

Assim, voto por negar provimento ao presente recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges