



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

Processo n° 10950.907778/2011-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3803-005.208 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 28 de janeiro de 2014
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente CASTANHEIRA DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

Inclui-se na base de cálculo da contribuição a parcela relativa ao ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte, eis que toda receita decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços corresponde ao faturamento, independentemente da parcela destinada a pagamento de tributos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Os conselheiros João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues votaram pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado (Presidente), Hélcio Lafetá Reis (Relator), Belchior Melo de Sousa, João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para se contrapor à decisão da DRJ Curitiba/PR que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade manejada em decorrência da emissão de despacho decisório que não reconheceu o direito creditório pleiteado por meio de Pedido Eletrônico de Restituição (PER), pelo fato de que o pagamento informado já havia sido integralmente utilizado na quitação de débitos da titularidade do contribuinte.

Em sua Manifestação de Inconformidade, o contribuinte requereu o reconhecimento do direito creditório, devidamente atualizado com base na taxa Selic, alegando que o indébito decorreria da falta de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Segundo o então Manifestante, tratar-se-ia, o presente caso, de tributação incidente sobre ingressos (ICMS) não abrangidos pelo conceito de faturamento.

Junto à Manifestação de Inconformidade, o contribuinte trouxe aos autos cópias do despacho decisório, do PER, da DCTF e de planilhas por ele elaboradas.

A DRJ Curitiba/PR não reconheceu o direito creditório, tendo sido o acórdão ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do Fato Gerador: 14/12/2001

COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. RECOLHIMENTO VINCULADO A DÉBITO CONFESSADO.

Correto o Despacho Decisório que indeferiu o pedido da contribuinte, por inexistência de direito creditório, tendo em vista que o pagamento alegado como origem do crédito estava integral e validamente alocado para a quitação de outros débitos confessados.

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO PELO STF.

Até que haja a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, sobre matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo STF ou pelo STJ, nos termos dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, aplica-se, ao caso, a disposição do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, até a sua revogação pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, relativamente à ampliação da base de cálculo contida naquele dispositivo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Apontou o relator do voto condutor do acórdão recorrido que, ainda que se superasse a questão de direito, o contribuinte não se desincumbira do ônus de comprovar o direito alegado, não tendo apresentado documentos e/ou livros fiscais e contábeis que demonstrassem a efetiva base de cálculo da contribuição, bem como as receitas que deveriam

ser excluídas em razão da alegada inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998.

Cientificado da decisão em 17 de setembro de 2013, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 11 de outubro do mesmo ano e requereu o deferimento do pedido de restituição, repisando os mesmos argumentos de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis

O recurso é tempestivo, atende as demais condições de admissibilidade e dele conheço.

Com base no relatório supra, contata-se que a controvérsia nos autos se restringe à existência ou não do direito de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

De início, ressalte-se que permanece pendente, pelo prisma constitucional, a discussão acerca da exclusão do valor do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e Cofins. A matéria encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (STF) que já reconheceu a sua repercussão geral, estando pendente de julgamento o mérito do Recurso Extraordinário nº 574.706, cuja ementa tem o seguinte teor:

Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.

Encontra-se pendente de julgamento, também, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ¹, cuja ementa da medida cautelar assim dispõe:

*EMENTA Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). **Exclusão do valor relativo ao ICMS.** 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal*

Por não se ter ainda uma decisão definitiva de mérito no STF, não há que se invocar o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI-CARF), em que se prevê a obrigatoriedade de os conselheiros reproduzirem o teor de decisão transitada em julgado em processos submetidos à regra da repercussão geral (art. 543-B do Código de Processo Civil – CPC).

Além do mais, tendo a Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, revogado os parágrafos primeiro e segundo do mesmo art. 62-A, desde então, não se perscruta mais acerca de possível sobrestamento de julgamentos no âmbito deste Colegiado enquanto pendente decisão definitiva no regime do art. 543-B do CPC.

Para a análise do mérito da presente controvérsia, não se pode perder de vista que o ICMS é imposto cujo cálculo se processa pelo método denominado “por dentro”, ou seja, o montante do imposto integra a sua própria base de cálculo; logo, pretender excluir o valor do imposto para cálculo do PIS e da Cofins é pretender reduzir o próprio faturamento.

Em conformidade com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula nº 68 com o seguinte teor: *a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.*

Essa mesma conclusão tem sido exarada em outros julgados, como por exemplo na decisão contida no Recurso Especial nº 501.626/RS e no AMS 2004.71.01.005040-8/PR do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

REsp 501626 / RS

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.

2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS. (grifei)

3. Recurso especial improvido.

AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2004.70.01.005040-8

Ementa: PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS.

Inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS devido pela empresa na condição de contribuinte (Súmula 258, TFR e Súmula 68, STJ), eis que tudo o que entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias corresponde à receita - faturamento -, independente da parcela destinada a pagamento de tributos. (grifei)

Nesse sentido, tem-se que a receita de vendas de mercadorias configura o faturamento da pessoa jurídica, base de cálculo da contribuição, sendo irrelevante haver ou não

tributo incluso na receita bruta de vendas, pois a Constituição Federal, ao atribuir competência à União para instituir a contribuição, não dissecou os elementos constituintes do termo linguístico “faturamento”, prevendo-se a incidência sobre todo o montante assim constituído.

Além do mais, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN), “[a] lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998, as contribuições para o PIS e a Cofins incidem sobre o faturamento, encontrando-se previstas no § 2º do art. 3º da mesma lei as exclusões autorizadas, havendo a previsão de exclusão do ICMS (inciso I do art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998) quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; mas somente nessa hipótese.

Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

Além disso, mesmo que houvesse previsão legal do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, nenhum benefício obteria o ora Recorrente, pois nenhum elemento de prova hábil e idôneo (escrituração contábil-fiscal e documentos fiscais) foi apresentado para comprovar o direito arguido.

Nos processos administrativos originados de pleito do interessado, como o de pedidos de restituição e de declaração de compensação, prevalece o princípio do dispositivo, em que a atividade probatória se desenvolve nos limites do pedido formulado pelo sujeito passivo.

Nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal (PAF), aplicável na discussão de processos envolvendo compensação tributária, cabe ao impugnante o ônus da prova de suas alegações contrapostas à decisão de não homologação baseada na DCTF e na base de dados de arrecadação.

Diante do exposto, voto por NEGAR provimento ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator

Processo nº 10950.907778/2011-27
Acórdão n.º **3803-005.208**

S3-TE03
Fl. 99

CÓPIA