Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.920300/2012-16

Processo nº	10980.920300/2012-16
Recurso	Embargos
Acórdão nº	**3302-011.246 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	23 de junho de 2021
Embargante	GRÁFICA E EDITORA POSIGRAF LTDA.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 14/01/2005
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO
Existindo obscuridade, omissão ou contradição no acórdão embargado, impõe-se seu acolhimento para sanar o vício contido na decisão.

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração para sanar o vício apontado, sem imprimir-lhes efeitos infringentes, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente), Larissa Nunes Girard, Jorge Lima Abud, Vinicius Guimarães, Raphael Madeira Abad, Walker Araujo, José Renato Pereira de Deus e Denise Madalena Green.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte em face do acórdão nº 3302-007.101 que, negou provimento ao recurso voluntário nos termos da ementa abaixo:

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS*
>
> *Data do fato gerador: 14/01/2005*

INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE.

O ISS não compõe a base de cálculo do PIS/COFINS, conforme pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, aplicável analogamente ao presente caso.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. PRECLUSÃO

O contribuinte possui o ônus de prova do direito invocado mediante a apresentação de escrituração contábil e fiscal, lastreada em documentação idônea que dê suporte aos seus lançamentos. A juntada dos documentos deve observar a regra prevista no §4º, do artigo 16, do Decreto 70.235/72.

Segundo a Embargante, o acórdão padece dos seguintes vícios:

1. Omissão quanto à matéria "inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições", uma vez que o acórdão abordou apenas a questão relativa à inclusão do ISS;

2. Erro material tendo em vista o direito subjetivo previsto no artigo 38 da Lei nº 9.784/99, de que a documentação probatória pode ser apresentada até à tomada de decisão final;

3. Erro material/omissão quanto à observância do princípio da verdade material e da instrumentalidade processual;

4. Omissão quanto à apreciação dos documentos probatórios.

Nos termos do despacho de fls. 103-105, os Embargos de Declaração foram admitidos parcialmente para sanar a omissão quanto à matéria "inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições".

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo, Relator.

Os Embargos de Declaração é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme exposto anteriormente, os Embargos de Declaração foram admitidos parcialmente para sanar a omissão quanto à matéria "inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições".

O despacho de admissibilidade agiu corretamente em sua decisão, merecendo, assim, ser sanada a omissão suscitada pela Embargante.

Pois bem.

Dispõe o artigo 17, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Documento nato-digital

De acordo com o permissivo legal, é no momento processual da reclamação que a lide é demarcada e o processo administrativo propriamente dito tem início, com a instauração do litígio e delimitado as matérias que serão analisadas.

Analisando a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, constatasse que a única matéria e pedido referem-se a exclusão do ISS da BC das contribuições, cujas razões peço vênia para transcrever:

> *I. DOS FATOS*
>
> ***O pedido de restituição acima informado refere-se a créditos decorrentes de pagamentos a maior de PIS e/ou COFINS, em razão da inclusão do ISS nas bases de cálculos dessas contribuições.***
>
> *No entanto, o referido pedido de Restituição foi indeferido, sob alegação da inexistência do crédito.*
>
> *Entretanto, como será demonstrado na seqüência, o r. Despacho está equivocado, razão da apresentação desta Manifestação de Inconformidade.*
>
> *II. DO DIREITO*
>
> *Em relação à base de cálculo da COFINS, a Lei Complementar n° 70/91, que instituiu a cobrança da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, dispôs:*
>
> *Art. 1° - (...) fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, (...)*
>
> *Art. 2° - A contribuição de que trata o artigo anterior será de 2% (dois por cento) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. (grifo nosso)*
>
> *Parágrafo único — Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:*
>
> *a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacados e separados no documento fiscal;*
>
> *b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedido incondicionalmente.*
>
> *Em relação à base de cálculo do PIS, a Lei Complementar n° 07/70, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de norma constitucional, foi quem instituiu a cobrança da contribuição para o Programa de Integração Social, dispôs:*
>
> *Art. 3° - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:*
>
> *a) a primeira, mediante dedução do imposto de renda devido, na forma estabelecida no parágrafo 1°, deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;*
>
> *b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:*
>
> *Posteriormente, as contribuições ao PIS e a COFINS passaram a ser disciplinadas pela Lei n° 9.718/98 nos seguintes termos:*
>
> *Art. 2° - As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.*

Documento nato-digital

Art. 3° - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

Parágrafo 1° - 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.

Parágrafo 2° - Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2°, excluem-se da receita bruta:

1 - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - 1CMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

A Constituição Federal, em seu artigo 195, I, b, trouxe:

Art. 195. 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, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais:

I — do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)

b) a receita ou o faturamento;

(—)

Assim, como se depreende do dispositivo constitucional, apenas poderia 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 ISS, visto que tal valor constitui ônus fiscal e não-faturamento.

O valor do ISS está embutido no preço dos serviços prestados. Portanto, tal valor constitui ônus fiscal e não-faturamento.

O faturamento é decorrente, em sua essência, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por isso mesmo, o que é recebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços.

A base de cálculo não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela recebida com a operação mercantil ou similar.

Há de se atentar, também, para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional se mostre fiel, no emprego dos institutos, de expressões e vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, não merecendo outras interpretações. Visto isto, tem-se pelo Código Tributário Nacional:

Art. 110 — 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.

Por assim entender, o PIS e a COFINS só pode incidir sobre o faturamento que representa, unicamente, o somatório dos valores das operações negociadas. Descabe assentar, portanto, que os contribuintes do PIS e da COFINS "faturam

Documento nato-digital

ISS", uma vez que o ISS não é receita da empresa, e sim um desembolso a beneficiar o Município, que tem a competência para cobrá-lo.

Ainda, não se pode aceitar a incidência do PIS e da COFINS sobre outro imposto, no caso o ISS, o que torna-se alheio ao que deve ser o faturamento.

III. DO PEDIDO

Face ao exposto, e as razões de direito, requer se digne Vossa Senhoria, com o devido respeito homologar o Pedido de Restituição efetuado.

Ou seja, diferentemente do que constou do recurso voluntário, não há em sua defesa nenhuma matéria concernente ao pedido de exclusão do ICMS da BC das contribuições. A própria decisão proferida pela DRJ analisou a lide nos exatos termos contestados pela Embargante, limitando sua análise somente em relação a exclusão do ISS da BC das contribuições.

Neste cenário, a matéria tida por omissa no acórdão embargado, deve sofrer os efeitos da preclusão, posto que não apresentadas em sede de defesa.

Diante do exposto, voto por conhecer dos Embargos de Declaração para sanar o vício de omissão, sem atribuir-lhes efeitos infringentes.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo

Documento nato-digital