



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

**Processo n°** 11020.901557/2006-41  
**Recurso n°** 261.560 Voluntário  
**Acórdão n°** 3401-00.644 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 18 de março de 2010  
**Matéria** Restituição/Compensação COFINS  
**Recorrente** PGS Comércio e Representações Ltda.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/07/2003

ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

Por expressa disposição legal, o ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.

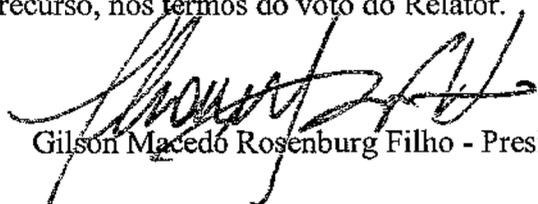
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

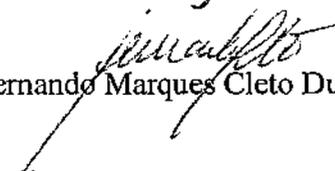
O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária

Recurso 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 voto do Relator.

  
Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

  
Fernando Marques Cleto Duarte – Relator

EDITADO EM 19/04/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

## Relatório

Em 20.8.2003, a contribuinte PGS Comércio e Representações Ltda. (CNPJ 89.087.720/0001-40) enviou eletronicamente a PER/DECOMP de fls. 18 a 22, na qual pede o reconhecimento de crédito de COFINS relativo a recolhimento efetuado a maior em 9.4.1999, no montante de R\$ 6.088,12 e a compensação de débito do mesmo tributo relativo a jul/2003. Pretende a contribuinte a integralidade do crédito que entende possuir para efetuar o pagamento do tributo relativo a jul/2003.

A compensação declarada não foi homologada por ter o fisco verificado que o crédito da contribuinte foi integralmente utilizado para quitação de outros débitos, conforme despacho decisório de fl. 1.

Em 20.3.2008, a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 3 a 8, na qual alega, em síntese, que:

*“Conforme a Instrução vigente quando da realização das compensações (IN SRF nº 210/2002, art. 38), e agora pela atual redação da IN SRF nº 600/2005, art. 52, há permissivo legal autorizando a atualização do crédito tributário utilizado para compensação com pagamento indevido ou a maior.*

*Com efeito, o índice eleito para atualização dos crédito a tributários, consoante prevê o artigo 74, da Lei nº 6.430/96, é o da taxa SELIC.*

*Todavia, e aqui a pedra de toque da presente manifestação, o Programa PER/DECOMP, versão 1.0, não possibilitava a prestação de tal informação, vez que não possuía tal campo, impedindo, dessa forma, que fosse demonstrado o valor atualizado do crédito, bem como a taxa SELIC acumulada do período, conforme documento comprobatório em anexo.”*

Em sessão de 31.7.2008, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre – RS decidiu, por unanimidade de votos, não conhecer do direito creditório em litígio por não ter a contribuinte comprovado a liquidez e certeza dos créditos que alega possuir. De acordo com o julgador, a contribuinte sequer apontou o processo judicial ou administrativo que suporta o direito creditório em questão.

A contribuinte foi cientificada da decisão em 18.8.2008, e apresentou, em 16.9.2008, o Recurso Voluntário de fls. 31 a 64 no qual alega, em síntese, que:

a) a decisão da DRJ é nula, pois não traria fundamentação apta a ensejar a negativa à solicitação da contribuinte. Mais ainda, entende a contribuinte que a decisão da DRJ causou prejuízo ao contraditório administrativo, à ampla defesa e ao devido processo legal.

b) o processo administrativo se pauta na busca pela verdade material.

c) seu crédito é resultante da inclusão dos valores pagos a título de ICMS na base de cálculo da COFINS. Discorre ainda a contribuinte sobre a ilegalidade de tal inclusão.

d) há necessidade de prova pericial para a correta aferição de seus créditos.

A contribuinte termina seu recurso pedindo seu provimento com o reconhecimento de seu direito ao ressarcimento pleiteado.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte, Relator

Conheço do recurso por ser tempestivo e cumprir os pressupostos de admissibilidade.

Em síntese, versa a lide sobre pedido de restituição/compensação de valores de COFINS que a contribuinte entende terem sido pagos a maior.

Inicialmente, o recurso da contribuinte alega a nulidade da decisão da DRJ.

Não lhe assiste razão. A documentação apresentada pela contribuinte não comprovava a existência de seu crédito, assim, o indeferimento de seu pedido não foi desprovido de fundamento, conforme alega a contribuinte. Na realidade, o indeferimento se deu em virtude da impossibilidade de a administração apurar a origem do crédito pleiteado pela contribuinte.

Também não se pode alegar que o contraditório administrativo não foi permitido. O momento de a contribuinte apresentar os dados que fundamentam seu pedido e dão origem ao seu crédito é o início da demanda. Ora, se a contribuinte não o fez, não cabe à administração buscar desesperadamente algum dado que justifique o a concessão do ressarcimento pleiteado. Ora, tanto o direito ao contraditório foi respeitado, que a contribuinte teve a oportunidade de questionar a decisão da DRJ perante este Conselho.

Assim, entendo que não podem prosperar as alegações da contribuinte relativas à nulidade do acórdão, haja vista que este apreciou integralmente os poucos dados apresentados pela contribuinte.

Passo a apreciar o mérito.

Em seu Recurso Voluntário, a contribuinte alega que o crédito que entende passível de compensação é relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 9.718/98:

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

(...)

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

*I - 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 - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário."*

A norma em questão leva ao entendimento de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS somente quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Não obstante meu entendimento pessoal sobre o assunto, bem como as inúmeras controvérsias acerca da questão (que, frise-se, ainda não foram definitivamente solucionadas pelas cortes superiores), o fato é que há norma em plena vigência que leva ao entendimento de que, em situações normais, o ICMS integra a base de cálculo COFINS.

O reconhecimento da inaplicabilidade da norma implica análise de constitucionalidade, análise esta vedada ao CARF, conforme dispõe a Súmula nº 2 do Antigo Segundo Conselho de Contribuintes, abaixo transcrita:

*"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária."*

Da análise da Súmula acima, conclui-se que apenas o Poder Judiciário é competente para atender ao pleito da contribuinte.

Em face do exposto, não resta escolha que não negar o pleito da contribuinte, tendo em vista que esta contraria disposição legal expressa, restando, portanto, prejudicado o pedido de perícia.

É como voto.

  
Fernando Marques Cleto Duarte 