



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

Processo n° 13005.000643/2009-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-002.554 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de março de 2014
Matéria PIS/COFINS
Recorrente FLORESTAL ALIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

Ementa: BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Não se admite a exclusão do ICMS na composição da base de cálculo do PIS e da COFINS, em razão de disposição legal prevista no art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98.

ÔNUS DA PROVA

Os supostos pagamentos indevidos não aparecerem em cotejamento entre DCTF's e DARF's como alegado pela Recorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Voluntário.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Ângela Sartori - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio Cesar Alves Ramos, Fenelon Moscoso de Almeida, Robson José Bayerl, Fernando Marques Cleto Duarte, Ângela Sartori e Jean Cleuter Simões Mendonça.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de PIS e COFINS, referente ao período de janeiro/2005 a dezembro de/2007, lavrados no importe total de R\$ 7.763.877,93 (sete milhões setecentos e sessenta e três mil oitocentos e setenta e sete reais e noventa e três centavos), oriundos da fiscalização que constatou irregularidades na apuração de créditos descontados das contribuições calculadas sobre a receita bruta, além da exclusão do ICMS das receitas não operacionais da base de cálculo dessas contribuições.

O Relatório Fiscal, fls.144/166, demonstra as irregularidades, sintetizadas pela DRJ da seguinte forma:

- a) *O contribuinte em seus DACON demonstrativos de apuração das contribuições sociais, conforme quadro de fls. 146 e 147 indica nas linhas 1 a 12 todas as hipóteses de créditos conforme determina o artigo 3º das leis 10.637/2002 e 10.833/2003, não havendo, portanto, hipóteses de valores a informar como créditos na linha 13 conforme ocorrido. O contribuinte intimado a esclarecer a composição dos créditos indicados na linha 13 dos DACON informou que se referiam ao ICMS incidentes sobre suas vendas de 1998 a 2004 mais o ICMS sobre suas vendas ocorridas nos períodos de 2005 a 2007 e às receitas não operacionais desses mesmo períodos;*
- b) *Destacou ainda a autoridade fiscal que os montantes mensais lançados na linha 13 dos DACON serviram de base de cálculo para apuração de créditos 1,65% e 7,6% para o PIS e COFINS respectivamente, além de se verificar nos livros fiscais de entradas, parte final, com resumo de operações CFOP, que não ocorreram entradas outras passíveis de crédito que pudessem justificar a cada período os montantes lançados na linha 13;*
- c) *Informa ainda a autoridade fiscal que dos períodos de 1998 a 2004 em que o contribuinte alega referirem-se os créditos, nesse período a incidência das contribuições deu-se de forma cumulativa, exceção para o PIS em 2004, 2003 e dezembro/2002 e COFINS de fevereiro a dezembro de 2004, não havendo qualquer possibilidade que possa servir para constituição de base de cálculo para a apuração de créditos a descontar na sistemática não cumulativa;*
- d) *Verificou ainda, a autoridade fiscal, que nos períodos de 1998 a 2004 os valores dos débitos declarados em DCTF de PIS e COFINS estão devidamente recolhidos através de DARF's, constatando-se, portanto a inexistência de recolhimentos indevidos ou a maior, sendo descabidos os argumentos de que o contribuinte pretendia compensar sem reconhecimento pela autoridade fazendária ou obtenção de trânsito em julgado;*
- e) *Que, em relação aos períodos de 2005 a 2007 o procedimento fiscal foi no sentido de constituir a parcela de crédito tributário que deixou de ser auto lançada pelo contribuinte em DCTF e não da forma ilegal que pretendeu o contribuinte;*
- f) *Quanto a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como pretende o contribuinte, não é possível, considerando que o ICMS é parte integrante da receita, compreendendo-se como receita a totalidade das*

receitas auferidas, independentemente da classificação contábil adotada para sua escrituração, não havendo previsão legal para a exclusão pretendida quando devida pelo próprio contribuinte;

- g) *As receitas não operacionais que não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, por expressa determinação legal são as vendas de bens do ativo imobilizado que o contribuinte excluiu da linha própria dos DACON, não restando qualquer outro valor a ser excluído nessa condição na linha 13 indevidamente utilizada pelo contribuinte;*
- h) *A autoridade fiscal, à vista do exposto, excluiu totalmente os valores utilizados como créditos nas linhas 13 dos DACON e efetuou o lançamento do crédito tributário não declarado nas DCTF's do contribuinte mediante lavratura dos autos de infração.*

Ciente da autuação em epígrafe, o contribuinte defendeu-se através da impugnação, a qual foi julgada improcedente pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande, DRJ/CGE, através do Acórdão nº 04-23.687, fls. 1141/1146, cuja ementa a seguir é transcrita:

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

*ANÁLISE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM SEDE
ADMINISTRATIVA.*

*Não cabe à autoridade administrativa a análise de
constitucionalidade de leis, mas, tão somente ao Poder
Judiciário.*

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

*ANÁLISE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM SEDE
ADMINISTRATIVA.*

*Não cabe à autoridade administrativa a análise de
constitucionalidade de leis, mas, tão somente ao Poder
Judiciário.*

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada, a empresa interpôs recurso voluntário, fls. 138/146, no qual elencou os seguintes argumentos:

1. A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS está sedimentada através de decisão majoritária do STF, por não integrar o conceito jurídico de faturamento, bem como inadmissível aceitar-se a incidência de contribuição sobre imposto, respaldando-se em doutrina acerca da matéria;

2. Os valores compensados a título de PIS e COFINS lançados em sua contabilidade e informados na linha 13 dos DACON's referem-se a valores recolhimentos à receita tidos por ilegais e/ou inconstitucionais porque apurados e calculados sobre base de cálculo majorada por receitas repudiadas pelos tribunais.

É o breve relato do necessário.

Voto

Conselheira Ângela Sartori

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos para a sua admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE**DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA RESTITUIÇÃO**

Preliminarmente cumpre esclarecer que o contribuinte pretende ver compensados créditos tributários de PIS e COFINS dos períodos mensais de 1998 até 2004, tendo para tanto, formulado pedido de restituição em 04/2005, conforme documentos de fls. 03/08.

Desta forma, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição administrativamente é de 10 anos, contados do fato gerador, conforme inteligência da Súmula CARF n. 91, aprovada aprovação pelo Pleto e turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, publicado no DOU em 18 de dezembro de 2013, cuja redação segue abaixo transcrita:

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

Portanto, resta demonstrada a tempestividade do pleito do contribuinte.

DO MÉRITO**DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**

Em que pese a discussão em sede judicial à respeito da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando a ADC nº 18/DF, assim como o RE 240.785, deve-se levar em conta que não há posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal que vincule este Conselho, nos termos do artigos 62 e 62-A do RICARF, a reproduzir o entendimento ali consignado, razão pela qual não se deve afastar o art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98, ao qual expressamente prevê a inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo.

O ICMS consiste em um imposto cujo montante integra a sua própria base de cálculo, método denominado pela doutrina “por dentro”. Por tal razão pretender excluir o valor do imposto para o cálculo do PIS e da COFINS é pretender reduzir o próprio faturamento.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela possibilidade de tal inclusão, conforme julgado a seguir transcrito:

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.

3. Recurso especial improvido

(STJ - REsp: 501626 RS 2003/0021917-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/08/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.09.2003 p. 301)

Tal entendimento, inclusive, foi objeto da Súmula nº 68 da Corte Superior, in verbis:

“Súmula nº 68: A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS”

Este Conselho também possui entendimento sedimentado no sentido da impossibilidade da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS:

(...)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/07/2004:

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE.

Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte (Súmula 258 do TER e Súmula 68 do STJ), 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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/07/2004

BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE.

Inclui-se na base de cálculo da Cofins a parcela relativa ao ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte (Súmula 258 do TFR e Súmula 68 do STJ), 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.

(...)

(CARF. 3ª Seção de Julgamento. 3ª Turma Especial. Processo nº 10805.000938/2003-79. Acórdão nº 3803-00.307. Sessão de 01 de fevereiro de 2010. Conselheiro Relator Hélcio Lafetá Reis)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/1999

Ementa: PIS. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DA INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO. SÚMULA Nº 2 DO 2º CC.

A autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da Cofins e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

(...)

(Segundo Conselho de Contribuintes. Primeira Câmara. Processo nº 15374.002869/00-37. Acórdão nº 201-80.761. Sessão de 21 de novembro de 2007. Conselheiro Relator Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça)

Por tais razões, merece prosperar a glosa efetuada pela autoridade fiscal no que atine aos valores utilizados como crédito pela empresa relativo ao ICMS incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

**DAS RECEITAS NÃO OPERACIONAIS E O ALARGAMENTO DA
BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**

Quanto à discussão atinente aos valores utilizados como crédito oriundo de receitas não operacionais, o que provocou o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, tem-se que através do Recurso Extraordinário nº 585.235 a presente matéria foi submetida à sistemática de Repercussão Geral (tema 283), prevista no § 1º do art. 543-B do CPC.

Neste sentido entendo que o Recorrente teria seu direito reconhecido se houvesse operacionalizado e postulado corretamente o seu direito.

Portanto a questão é tão somente quanto a forma adotada pelo Recorrente cujos valores compensados a título de PIS e COFINS foram lançados na contabilidade e informados na linha 13 dos DAFON's. As provas não comprovam o direito da Recorrente

O fato de os pagamentos indevidos não aparecerem em cotejamento entre DCTF's e DARF's como alegado e ocorrerem em face de o Recorrente utilizar-se de forma indevida de teses doutrinárias e algumas decisões judiciais que excluem da base de cálculo o ICMS incidente sobre vendas, utilizando tais valores como base de cálculo de créditos de PIS e COFINS sem embasamento legal, não está de acordo com as normas legais para sua utilização.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Ângela Sartori