



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 13830.903244/2011-86
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3301-010.603 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de julho de 2021
Recorrente SASAZAKI INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 15/01/2003

ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A existência de ação judicial com o mesmo objeto do Auto de Infração configura renúncia às instâncias administrativas no tocante à mesma matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer o recurso voluntário em razão da concomitância.

(assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ari Vendramini, Salvador Candido Brandao Junior, Marco Antonio Marinho Nunes, Semiramis de Oliveira Duro, Jose Adão Vitorino de Moraes, Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada), Jucileia de Souza Lima, Liziane Angelotti Meira (Presidente).

Relatório

Visando à elucidação do caso, adoto e cito o relatório do constante da decisão recorrida, Acórdão no. 14-59.319 - 16ª Turma da DRJ/RPO (fls 61/71):

Trata-se de Pedido de Restituição Eletrônico – PER nº 28477.43023.270511.1.6.04-9038, apresentado pela interessada em epígrafe, relativo a **Pagamento Indevido e/ou a Maior** (PGIM) de **Pis (cód. 8109), do PA 31/12/2002, no valor originário na data da transmissão de R\$ 39.138,45** (DARF no valor original de R\$ 122.397,79, recolhido em 15/01/2003).

Conforme Despacho Decisório Eletrônico, o direito creditório foi parcialmente reconhecido, mediante o fundamento de que o pagamento

apontado foi parcialmente alocado a débito confessado, restando saldo disponível inferior ao pretendido:

“Valor do crédito pleiteado no PER/DCOMP: 39.138,45 Valor do crédito original reconhecido: 613,06 A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas parcialmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, restando saldo disponível inferior ao crédito pretendido.”

A contribuinte foi cientificada do Despacho Decisório, por via postal, em 13/03/2014.

Em 10/04/2014 a interessada apresentou manifestação de inconformidade, acompanhada de documentos.

Informa a atividade desenvolvida (dentre outras, invenção, fabricação, comércio e transporte por via rodoviária de esquadrias metálicas de aço e de alumínio e demais materiais para uso na construção civil ou doméstico; exportação de produtos fabricados; importação de matérias-primas e equipamentos; transporte por via rodoviária de cargas de terceiros), dizendo estar sujeita ao recolhimento das contribuições incidentes sobre o faturamento, nos termos da Lei n.º 9.718/98.

Entende ilegal o alargamento da base de cálculo dado pela referida lei, acusando que referida base de cálculo compreendeu a parcela referente ao ICMS pago pela interessada aos Estados, “mesmo não estando esta na condição de substituta tributária”. Nesse sentido, diz que o art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.718/98, somente autoriza a exclusão do ICMS na hipótese de se tratar de operação sob a sistemática de substituição tributária para o vendedor de bens/prestador de serviço. E, justamente por entender ser descabida a exigência das contribuições com a inclusão na base de cálculo do ICMS devido aos Estados, que apresentou o presente Pedido de Restituição, “visando recuperar valores indevidamente recolhidos à União”.

Justifica-se, dizendo que o ICMS não é receita da empresa, pois esta apenas recebe o quantum incidente sobre a mercadoria ou serviço que vende ou presta, para repassá-lo à Fazenda Estadual.

Prossegue alegando a necessidade de suspensão/sobrestamento do processo em razão da repercussão geral da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, haja vista a pendência de julgamento do RE n.º 240.785/MG, tal como determina o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (art. 62-A). Cita jurisprudência judicial nesse sentido.

Ainda, frisa que está discutindo esta tese no Poder Judiciário, mediante Mandado de Segurança n.º 0004639-61.2008.403.6111, em trâmite na 1ª Vara Federal da Subseção de Marília/SP, abrangendo o período de setembro/2003 em diante, de modo que o período aqui em litígio, 31/12/2012 (sic), não está contido naqueles autos, devendo ser analisado administrativamente.

Discorre acerca da decisão do STF no citado RE n.º 240.785/MG, sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, dizendo que a tese ora discutida já foi inicialmente apreciada por aquele Plenário, sob a vigência da LC n.º 70/1991. Comenta que o deslinde e prosseguimento daquele julgamento foi sobrestado em razão do ajuizamento pela União da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 18, a qual versa em sentido contrário ao mérito da presente demanda, ou seja, sobre a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

E, uma vez demonstrado o entendimento dos Ministros do STF no julgamento do RE n.º 240.785/MG, expõe os seus próprios argumentos, discorrendo sobre o conceito de faturamento e a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, no período de vigência da Medida Provisória n.º 1.212/1995 (convertida na Lei n.º 9.715/1998) e da Lei n.º 9.718/1998; bem como sobre o conceito de receita e a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo, no período de vigência das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003.

Fundamenta-se, respectivamente, na inconstitucionalidade reconhecida pelo STF acerca da ampliação da base de cálculo, antes da Emenda Constitucional n.º 20/1998, dada pelo art. 3.º, § 1.º, da Lei n.º 9.718/1998; bem como no entendimento de que os valores do ICMS não acrescem o patrimônio, não constituindo receita da contribuinte, mas sim do Estado para o qual o imposto é pago, sob pena de configurar a instituição de nova fonte de custeio da Seguridade Social, sujeita à edição de Lei Complementar e não Lei Ordinária, consoante dispõe o art. 195, § 4.º, c/c art. 154, I, da CF/1988.

Encerra requerendo o sobrestamento dos autos até julgamento final, pelo STF, do RE n.º 240.785/MG, em razão da repercussão geral reconhecida; bem como, pelas razões de mérito expostas, pela procedência da manifestação de inconformidade com o cancelamento do Despacho Decisório, deferindo-se o Pedido de Restituição não abrangido no MS n.º 0004639-61.2008.403.6111, pois os procedimentos das autoridades administrativas estão eivados de vícios que acarretam a nulidade/improcedência de todos os atos por elas praticados desde o seu nascedouro.

A Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou a manifestação de inconformidade improcedente, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato gerador: 15/01/2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO.

IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo administrativo dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. A Administração Pública tem o dever de impulsionar o processo até sua decisão final (Princípio da Oficialidade).

NULIDADE.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

É do sujeito passivo o ônus de reunir e apresentar conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.

PROVAS. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

As provas documentais devem ser apresentadas no momento da manifestação de inconformidade, excetuado fundado motivo para não tê-lo feito naquela oportunidade.

NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento. Já, outros aspectos, não submetidos à esfera judicial, são passíveis de apreciação na esfera administrativa.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do Fato gerador: 15/01/2003

RESTITUIÇÃO. CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO.

Para deferimento do pedido de restituição declarado pelo sujeito passivo, deve ser demonstrada a liquidez e certeza de crédito de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.

PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O valor do ICMS integra a base de cálculo do PIS e da Cofins, não havendo de se falar em direito creditório.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido

Foi apresentado recurso do contribuinte (fls 113/128), no qual apresentam-se questões que serão analisadas no voto que segue.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liziane Angelotti Meira

O Recurso Voluntário é tempestivo e deve ser conhecido.

No Recurso Voluntário, a Recorrente apresenta as seguintes questões:

II - DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PRESENTE PROCESSO EM RAZÃO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA NO ÂMBITO DO E. STF

III - O DIREITO

A) **DA DECISÃO DO STF SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DAS CONTRIBUIÇÕES DA COFINS - RE 240.785/MG**

B) **O CONCEITO DE FATURAMENTO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E DA COFINS - PERÍODO DE VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.212/1995 (CONVERTIDA NA LEI FEDERAL Nº 9.715/1998) E DA LEI FEDERAL Nº 9.718/1998**

C) O CONCEITO DE RECEITA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS – PERÍODO DE VIGÊNCIA DAS LEIS FEDERAIS Nº 10.637/2002 E 10.833/2003

Consta do Recurso Voluntário questionamento sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em pauta. Contudo, na decisão recorrida não se analisou o pleito da Recorrente quanto à base de cálculo das contribuições em razão de concomitância, vejamos:

Informa a existência de ação judicial discutindo a matéria (MS nº 0004639-61.2008.4.03.6111), argüindo nela se tratar de outros períodos de apuração.

Consultando-se o sítio do TRF da 3ª Região na Internet, extrai-se, do Acórdão de 01/10/2012, publicado em 15/10/2012, o seguinte objeto do MS nº 0004639- 61.2008.4.03.6111, impetrado pela recorrente:

“Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do senhor delegado da receita federal em Marília - SP, tendo por escopo afastar a exigência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS, da base de cálculo do PIS e da COFINS, alegando que a parcela referente ao imposto estadual sequer integra o patrimônio próprio da impetrante, configurando exclusivamente um ônus decorrente da atividade da empresa.

Requer a impetrante que os valores indevidamente recolhidos nos últimos dez anos sejam compensados com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com correção monetária e incidência de juros de mora. Foi atribuído à causa o valor atualizado de R\$ 24.147,00.

O pedido de medida liminar deixou de ser apreciado por força da suspensão determinada na Medida Cautelar da ADC nº 18.

Informações prestadas às fls. 68/90.

Sobreveio sentença denegando a ordem sob o fundamento de que as contribuições sociais em comento incidem sobre o faturamento da empresa, cujo conceito, para fins de incidência tributária, confunde-se com a receita bruta da venda de mercadoria e de mercadoria e serviços. Sem honorários advocatícios, por força da Súmula 105 do STJ. Custas de lei.

A impetrante apelou sustentando que o ICMS não está compreendido no conceito de faturamento correspondendo, tão somente, a uma parcela devida ao estado, ou seja, um ônus tributário. Requer, o reconhecimento do direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos dez anos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.”(destaques acrescidos)

Por pertinente, transcreve-se a ementa do referido Acórdão:

“EMENTA CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Quanto à compensação, não foi acostada aos autos documentação hábil a alicerçar o pedido de restituição de forma que a ordem postulada, neste tópico, merece ser denegada.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do relator, vencido o Desembargador Federal Carlos Muta, que lhe negava provimento.

São Paulo, 20 de setembro de 2012.

NERY JÚNIOR Desembargador Federal Relator”(destaques acrescidos)

Como se vê, o objeto da ação judicial trata da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, abrangendo os recolhimentos efetuados nos últimos dez anos a partir da data da protocolização do MS (03/12/2008), para os quais a interessada requereu o direito à compensação, da parcela tida como recolhida indevidamente, com quaisquer tributos e contribuições administrados pela RFB.

Não se pode olvidar que a compensação pressupõe a existência de crédito passível de restituição, nos termos da legislação vigente:

“IN RFB nº 1.300, de 20/11/2012:

Art. 41. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 56 a 60, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.” (destaques acrescidos)

Tal conclusão foi expressa, inclusive, na ementa do Acórdão retro transcrito.

Portanto, impõe-se reconhecer que o direito creditório relativo ao pagamento aqui tratado, feito em 15/01/2003 (PA 31/12/2002), decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo da

contribuição, inclui-se no objeto de que trata o MS em questão, ao contrário do alegado pela recorrente.

Assim sendo, e em face da supremacia hierárquica da esfera judicial, torna-se prejudicado o apelo da recorrente, posto que, a teor do parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, e do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830, de 1980, a propositura de ação judicial por parte da contribuinte importa em renúncia ou desistência da via administrativa, cumprindo apenas a apreciação de outros aspectos não submetidos à esfera judicial, entendimento esse contido no Parecer Normativo COSIT/RFB nº 07, de 22/08/2014.

Destarte, declara-se a definitividade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS.

Quanto aos argumentos da contribuinte que procuram demonstrar ilegalidade/inconstitucionalidade da legislação, não pode ser apreciado por esta Turma de Julgamento.

Com efeito, no âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe exclusivamente verificar se o ato praticado pelo agente do Fisco está, ou não, conforme a lei, sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Nesse aspecto, a jurisprudência administrativa tem o entendimento de que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal – art. 102, inciso I, alínea “a”, e inciso III, da Constituição Federal.

Portanto, é defeso aos órgãos administrativos, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto. Isso porque, a decisão de não aplicá-la ao caso concreto, até por razão lógica, é precedida de um juízo e conseqüente declaração: o reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado.

No que se refere ao Recurso Extraordinário nº 240.785-2, que está sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, diga-se que:

1) nos termos do art. 135, §2º, do Regimento Interno daquele órgão, somente quando encerrada a votação é que o Presidente do STF proclama a decisão. Noutras palavras, como a votação não foi encerrada, ainda não há decisão;

2) não sendo a contribuinte parte no citado RE, mesmo se houvesse decisão, ela não poderia ser fundamento para o Pedido de Restituição que ora se aprecia;

3) quando o STF fixa entendimento pela inconstitucionalidade via controle difuso, os servidores da administração devem reorientar suas atuações somente após a publicação da Resolução do Senado Federal a que se refere o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, nos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Registre-se ainda que também aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 18, interposta em face do referido Recurso Extraordinário, e que terá precedência de julgamento, conforme já decidido por aquele Tribunal. Dessa forma, a tese ora defendida pela contribuinte, ainda será decidida pela instância competente.

Não obstante, diga-se que mesmo se houvesse previsão legal para excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins o valor do ICMS, a restituição destes autos não seria passível de deferimento, por não restar comprovado o direito de crédito daí decorrente.

Com efeito, a comprovação do direito creditório alegado passa pela demonstração dos valores da base de cálculo daquelas contribuições efetivamente pagas e os valores que pretenderia excluir a título de ICMS.

Nesse passo, cabe registrar, acerca da produção de provas, que nos termos dispostos no art. 923 do RIR/99, a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

Dessa forma, os registros contábeis e demais documentos fiscais acerca do real valor devido a título da contribuição apurada para o período de apuração em questão são indispensáveis para que se comprove a existência do direito creditório indicado no PER.

Consigne-se que nos termos do art. 16 do decreto n.º 70.235, de 1972, as provas documentais devem ser apresentadas pelos contribuintes no momento da manifestação de inconformidade, excetuado fundado motivo para não tê-lo feito naquela oportunidade.

No caso, a contribuinte teve a oportunidade de comprovar o seu crédito no momento da manifestação de inconformidade. No entanto, nenhuma documentação foi trazida nesse sentido.

Assim, não comprovada a liquidez e certeza do direito creditório veiculado no Pedido de Restituição destes autos, não cabe reforma do despacho decisório.

Importa assinalar, por fim, que o fato de a restituição ter sido parcial não significa o reconhecimento de que teria acontecido recolhimento indevido por conta de se ter excluído o ICMS da base de cálculo da contribuição. A restituição parcial, tal como declarada no despacho decisório sob exame, indica tão somente que foi constatada a existência de um pagamento em valor superior ao tributo declarado. Portanto, o crédito reconhecido decorre de pagamento a maior, tal como indicado no PER, e não de pagamento indevido em razão da tese esposada pela interessada em sua manifestação de inconformidade.

*Em face do exposto, **VOTO** no sentido de **NÃO CONHECER** a manifestação de inconformidade, na parte em que coincidente com o objeto do MS n.º 0004639-61.2008.4.03.6111; **CONHECER** da manifestação de inconformidade, por tempestiva, na parte em que*

distinto o objeto da ação judicial citada, para, no mérito, julgá-la
IMPROCEDENTE, NÃO RECONHECER o direito creditório e
INDEFERIR a Restituição.

Anote-se que a Recorrente assevera, no Recurso Voluntário, que não há concomitância, contudo não apresenta elementos que respaldem seu argumento e afastem as conclusões da decisão recorrida. Nesse contexto, proponho manter o entendimento da decisão de piso.

Diante do exposto, proponho não conhecer o Recurso Voluntário em razão a concomitância.

(assinado digitalmente)
Liziane Angelotti Meira