

S2-TE03

Fl. 140



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

Processo nº 13887.000609/2003-53
Recurso nº 137.975 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.131 – 3ª Turma Especial
Sessão de 2 de junho de 2009
Matéria PIS E COFINS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Recorrente MONTE SC MONTAGEM INDUSTRIAL LTDA.
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

ÔNUS DA PROVA. FATO MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A DECISÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova de que o valor do ICMS, incluído na base de cálculo das contribuições, decorre da condição de substituto tributário.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E DE RESSARCIMENTO. PROCEDIMENTO ESPECÍFICO. APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Não compete ao Conselho de Contribuintes se pronunciar sobre pedido de compensação, exceto em sede de recurso voluntário interposto contra decisão da primeira instância que apreciou manifestação de inconformidade.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

O processo administrativo fiscal não é foro hábil para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. (Súmula 2º CC nº 2)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS só não integra a base de cálculo da Cofins quando cobrado no sistema de substituição tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS só não integra a base de cálculo da Cofins quando cobrado no sistema de substituição tributária.

Recurso negado.

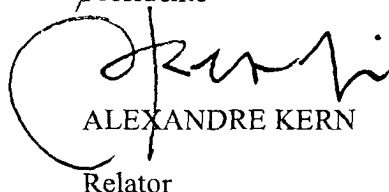
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Turma Especial** da SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.



GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Presidente



ALEXANDRE KERN

Relator

Participou ainda, do presente julgamento, a Conselheira Andréia Dantas Lacerda Moneta. Ausente o Conselheiro Luís Guilherme Queiroz Vivacqua.

Relatório

Cuida-se de recurso (fls. 111 a 136) interposto pelo recorrente acima qualificado, contra o Acórdão nº 14-13.908, de 16 de outubro de 2006, da DRJ/RPO, fls. 101 a 107, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

ICMS - BASE DE CÁLCULO.

O ICMS só não integra a base de cálculo da Cofins quando cobrado no sistema de substituição tributária. Falece competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

ICMS - BASE DE CÁLCULO.

O ICMS só não integra a base de cálculo do PIS quando cobrado no sistema de substituição tributária. Falece

Processo nº 13887.000609/2003-53
Acórdão n.º 2803-00.131

S2-TE03
Fl. 141



competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade.

Solicitação Indeferida

Cuida-se no presente processo de pedido de restituição de parte dos valores recolhidos a título de PIS e de Cofins para os fatos geradores de janeiro a dezembro de 2002. Sob o fundamento de falta de competência para apreciação de alegações de inconstitucionalidade das normas legais que incluíram o valor do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, a DRF de jurisdição indeferiu o pleito, por meio do Despacho Decisório das fls. 43 a 45.

Em 04/01/2005, o requerente adita seu pedido, requerendo (a) a inclusão em seu pedido inicial de alegados recolhimentos indevidos de PIS e de Cofins decorrentes da inclusão do ICMS na base de cálculo daquelas contribuições, recolhidas para os fatos geradores de janeiro de 1990 a dezembro de 2001; (b) o ressarcimento de saldo credor de IPI relativo ao período de outubro de 1993 a dezembro de 1994, apurado em decorrência da aplicação de correção monetária sobre estes valores, e; (c) a restituição de valores recolhidos a título de PIS no período de janeiro de 1996 a dezembro de 1998, sob o fundamento de que a Medida Provisória. nº 1.212, de 28 de novembro de 1995, que pretendeu regular a exação, perdeu sua validade após o transcurso do prazo de 30 dias sem sua aprovação, sem que pudesse ser reeditada, sob pena de violação do princípio da anterioridade, além da infringência aos requisitos de urgência e relevância para a edição de Medidas Provisórias.

Adveio então a Manifestação de Inconformidade das fls. de fls. 83-91, na qual deduz as seguintes alegações:

- a) de que o direito de que sejam apreciadas na via administrativa as alegações de inconstitucionalidade decorre do princípio do contraditório e da ampla defesa;
- b) de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins caracteriza adicional de ICMS, violando os princípios da seletividade e da não-cumulatividade, além de infringir o disposto nos arts. 150, VI, "a", 155, § 2º, II, 158, IV da Constituição Federal;
- c) de que anexou aos autos a comprovação dos recolhimentos indevidos.

Em 08/08/2005, o contribuinte protocolizou a petição de fls. 95-97, na qual pede que sejam incluídos em seu pedido inicial de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins os fatos geradores dos meses de fevereiro de 2003 a dezembro de 2004. Apresenta, ademais, os demonstrativos de fls. 98-99.

A DRJ/RPO-1ª Turma ratificou os termos do Despacho Decisório, em julgado que teve a ementa acima transcrita.

Vem agora o requerente, em sede de recurso voluntário, após resumo dos fatos relacionados com seu pedido de restituição, pedir reforma da decisão de primeiro grau, repetindo os argumentos já expedidos por ocasião da interposição da sua Manifestação de Inconformidade.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ALEXANDRE KERN, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 111 a 136 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-RPO nº 14-13.908, de 16 de outubro de 2006.

Mérito – alegações de inconstitucionalidade

A possibilidade de apreciação de arguições desse jaez já está definitivamente afastada, no âmbito da Segunda Seção e da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, pela Súmula nº 2 do Segundo Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, abaixo transcrita:

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

Sendo assim, não se conhecerá da arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, e da Lei nº 9.718, 27 de novembro de 1998, que admitiram a exclusão do ICMS da base de cálculo somente nos casos de substituição tributária. O ICMS faturado, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, compõe o faturamento e, conseqüentemente, integra a base de cálculo da Cofins e do PIS.

Mérito – comprovação do direito creditório pleiteado

Embora afirme o contrário em sua peça recursal, não há nos autos qualquer início de prova de que o direito creditório pleiteado se refira ao ICMS faturado na condição de substituto tributário, ônus que cabia ao recorrente, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

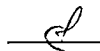
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (HABEAS

Processo nº 13887.000609/2003-53
Acórdão n.º 2803-00.131

S2-TE03
Fl. 142



CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA — APOSENTADORIA — NEGATIVA DE REGISTRO — TRIBUNAL DE CONTAS — ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS — ART. 333, INCISO II, DO CPC — PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO — IMPOSSIBILIDADE — SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE — 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ — ROMS 9685 — RS — 6ª T. — Rel. Min. Fernando Gonçalves — DJU 20.08.2001 — p. 00538) JCPC.333 JCPC.333.II

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL — IMPOSTO DE RENDA — VERBAS INDENIZATÓRIAS — FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO — NÃO INCIDÊNCIA — COMPENSAÇÃO — AJUSTE ANUAL — ÔNUS DA PROVA — O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ — REsp 229118 — DF — 1ª T. — Rel. Min. Garcia Vieira — DJU 07.02.2000 — p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO — EXECUÇÃO FISCAL — EMBARGOS DO DEVEDOR — NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO — IMPRESCINDIBILIDADE — ÔNUS DA PROVA — 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ — REsp 237.009 — (1999/0099660-7) — SP — 2ª T. — Rel. Min. Francisco Peçanha Martins — DJU 27.05.2002 — p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL — IRPF — REPETIÇÃO DE INDÉBITO — VERBAS INDENIZATÓRIAS — RETENÇÃO NA FONTE — ÔNUS DA PROVA — VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA — DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA — SÚMULA 13/STJ



- PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

Mérito – conhecimento dos pedidos complementares

Destaco que as petições de fls. 50 a 67 e 95 a 97 foram protocoladas após o Despacho Decisório do DRF-Limeira e, por essa razão, não foram objeto de apreciação por aquela autoridade. Ademais, o recorrente nada opôs contra a decisão da DRJ/RPO-1ª Turma, que julgou não formulados os pedidos insitos às petições das fls. 50-67 e de fls. 95-97.

Quanto às razões de mérito defendidas pelo recorrente, reafirmando seu direito creditório referente a (a) indébitos de PIS e de Cofins decorrentes da inclusão do ICMS na base de cálculo daquelas contribuições, recolhidas para os fatos geradores de janeiro de 1990 a dezembro de 2001; (b) saldo credor de IPI relativo ao período de outubro de 1993 a dezembro de 1994, apurado em decorrência da aplicação de correção monetária sobre estes valores, e; (c) indébitos de PIS no período de janeiro de 1996 a dezembro de 1998, sob o fundamento de que a Medida Provisória nº 1.212, de 1995, perdeu sua validade após o transcurso do prazo de 30 dias sem sua aprovação, destaco que tais pleitos devem ser processados em sede própria.

É que os pedidos de restituição ou ressarcimento devem ser analisados inicialmente pelas Delegacias ou Inspetorias da Receita Federal, sendo que na hipótese de indeferimento, pode ser seguido de manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento e posterior Recurso Voluntário ao CARF, se for o caso. Sob pena de supressão de instância, não cabe a este órgão julgador se pronunciar sobre tais pedidos antes de analisados pela repartição de origem.

Conclusões

Em face do exposto, voto por que não se conheça dos pedidos complementares, não apreciados pela autoridade competente, e, no mérito, por que se negue provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 2 de junho de 2009


ALEXANDRE KERN