



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10410.000823/2009-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-010.918 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2022
Recorrente TRIUNFO AGROINDUSTRIAL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/09/2008

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Compete a quem realiza o pedido de restituição o ônus de provar a liquidez e certeza do crédito tributário alegado. À autoridade administrativa cabe a verificação da existência desse direito, mediante o exame de provas hábeis, idôneas, eficazes e suficientes a essa comprovação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencida a relatora, que lhe dava provimento. Designado redator do voto vencedor o conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Carolina Machado Freire Martins - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araujo Branco - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gustavo Garcia Dias dos Santos, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Marcos Antonio Borges (suplente convocado(a)), Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Ronaldo Souza Dias (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Fernanda Vieira Kotzias.

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição, apresentado em formulário, relativo a pagamento indevido de COFINS no regime cumulativo, entre fevereiro/2004 a setembro/2008, no valor de R\$ 705.673,02, com fulcro no RE n.º 240.785-2/MG, em razão da inclusão do ICMS na base de cálculo da citada contribuição.

Por meio do Despacho Decisório, a Delegacia da Receita Federal de Maceió indeferiu o pedido, sob o fundamento de que a contribuinte não seria parte no RE n.º 240.785-2/MG, não se aplicando ao caso o instituto da repercussão geral. Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional havia oposto embargos declaratórios, no qual requereu a modulação temporal dos efeitos da decisão.

A 31ª turma da DRJ08 julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e não reconheceu o direito creditório, nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/09/2008

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS

As decisões judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência senão aquele objeto da decisão.

CITAÇÕES DOUTRINÁRIAS.

As doutrinas, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não podem ser opostas ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

PROVAS.

A prova documental deve ser apresentada no momento da impugnação, a menos que demonstrado, justificadamente, o preenchimento de um dos requisitos constantes do art. 16, § 4º, do Decreto n.º 70.235, de 1972, o que não se logrou atender neste caso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/09/2008

PIS E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. STF.

Em que pese haver decisão do STF julgando inconstitucional a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, essa decisão não pode ser aplicada ao caso em tela, visto que não houve trânsito em julgado nem a "modulação" dos efeitos dessa decisão.

O contribuinte, tendo tomado ciência do acórdão em 02/09/2020, interpôs o Recurso Voluntário em 01/10/2020, contendo como principais elementos de defesa:

- o ICMS não incide sobre o bem como uma forma de custo sobre sua formação e, por isso, hábil a compor receita bruta;
- aptidão da decisão em produzir efeitos de maneira imediata, independentemente do julgamento de aclaratórios ou da modulação de efeitos. Ou seja, ainda que pendente de trânsito em julgado, o recurso representativo da repercussão geral tem ampla e irrestrita incidência para os órgãos jurisdicionais e administrativos;
- o Regimento Interno do CARF garante ao colegiado a faculdade de proferir julgamento sobre crédito tributário com fulcro na constitucionalidade de ato normativo, desde que lastreado em decisão definitiva do STF;
- por vias inversas, se é possível ao Fisco verificar, a partir da escrituração digital, se o ICMS foi contabilizado corretamente, é igualmente factível que utilize esses mesmos sistemas para operação contrária: aferir o quanto seria restituível ao contribuinte.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Carolina Machado Freire Martins, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

Não havendo arguição de preliminares, passo à análise do mérito.

O cerne da controvérsia dos autos desdobra-se no reconhecimento de direito de crédito decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Para a DRJ, o STF não tinha se manifestado acerca da modulação dos efeitos da referida sentença no julgamento do RE n. 574.706, na pendência de apreciação de Embargos de Declaração. Além disso, a aplicação da referida decisão pela autoridade administrativa da RFB não poderia prescindir da manifestação da PGFN delimitando o julgado e sua aplicação, nos termos da Lei n. 10.522, de 19/07/2002 (arts. 19 e 19-A).

Depreende-se do acórdão recorrido que à época do julgamento, em que pese tratar-se de questão recorrente nos tribunais, não havia sido definitivamente resolvida. Por essa razão, bem pela ausência de expressa manifestação por parte da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sobre o caso, não seria possível adotar de imediato a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, contudo, não há dúvida sobre o caráter definitivo e produção de efeitos, também na esfera administrativa, da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob a sistemática da Repercussão Geral.

Assim, desde o trânsito em julgado, em 13 de maio de 2021, encontra-se mais do que pacificada possibilidade de exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo para incidência do PIS/Cofins, tendo em vista que o valor relativo ao imposto estadual não se inclui na definição de faturamento, não se sujeitando à incidência das contribuições.

Sobre a inteira e imediata aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o Superior Tribunal de Justiça - STJ assim decidiu:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. 2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido." (AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018)

Ademais, conforme destacado pela i. Conselheira Érika Costa Camargos Autran, Relatora no julgamento que culminou no Acórdão nº 9303-011.834, verifica-se a manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer SEI Nº 7698/2021/ME, cujo excerto é abaixo reproduzido:

(...) A partir do resultado dos embargos de declaração, e constatada a pacificação das referidas questões jurídicas sob o regime da repercussão geral (art. 1.036 e seguintes do CPC), é de se aplicar o disposto no art. 19, VI, a da Lei nº 10.522, de 2002, cabendo à PGFN, em face desse cenário, já nesta primeira oportunidade, informar as orientações inequívocas que já podem ser extraídas do julgado, para que seja, doravante, adequadamente refletida em todos os procedimentos pertinentes pela Administração Tributária federal, sem prejuízo de esclarecimentos complementares por ocasião da publicação do acórdão

13. Diante disso, indispensável, ante os valores sopesados por ocasião da análise da modulação de efeitos, que todos os procedimentos, rotinas e normativos relativos à cobrança do PIS e da COFINS a partir do dia 16 de março de 2017 sejam ajustados, em relação a todos os contribuintes, considerando a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS destacado em notas fiscais na base de cálculo dos referidos tributos.

Finalmente, também no que diz respeito ao presente Recurso Voluntário, a alegação de recolhimento indevido foi amparada por decisão do STF, afetada por repercussão geral, que por força regimental vincula este Conselho, conforme o art. 62, §2º do RICARF. Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/08/2007

BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706/PR. TEMA 69.

O julgamento do RE 574.706/PR (tema 69) determinou que os valores relativos ao ICMS destacado em nota fiscal não compõem a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins. Decisão vinculante por força do art. 62 do Anexo II do RICARF.

PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO E RESSARCIMENTO. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO CREDITÓRIO. ART. 170 DO CTN.

A Lei autoriza a restituição/ressarcimento/compensação de créditos tributários com liquidez e certeza pela via do sistema PER/DCOMP cujo o ônus da prova incumbe a quem do direito se aproveita. Deve ser reconhecido o direito creditório na existência de elementos probatórios que cumpram os requisitos legais. (Acórdão n.º 3003-001.892)

Há de se destacar ainda que em se tratando de apuração de crédito tributário, compete a unidade de origem da RFB proceder a análise da documentação dos autos e aferir o valor do direito creditório pertencente à Recorrente.

Assim, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo das contribuições, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, devendo a unidade de origem verificar a correção dos valores apresentados pela Recorrente em seus pedidos.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário reconhecendo o direito à apuração do direito creditório, que deve ser homologado até o limite da sua extensão, consoante critérios de cálculo estabelecidos no RE n. 574.706.

(documento assinado digitalmente)

Carolina Machado Freire Martins

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Redator designado.

Em que pese o como de costume bem fundamentado voto da Conselheira Carolina Machado Freire Martins, relatora, ousou dele discordar, o que faço pelos motivos a seguir expostos.

Como referido pelo voto da eminente Conselheira Relatora, trata-se de pedido de restituição realizado em formulário, relativo a pagamento indevido de PIS/Pasep, regime não-cumulativo (período de apuração fev/2004 a set/2008) no valor de R\$ 153.205,33, pela inclusão indevida do ICMS na base de cálculo da citada contribuição.

Com a superveniência do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral, cuja decisão de caráter transubjetivo, por decorrência regimental, vincula este Colegiado, conforme o art. 62, §2º do RICARF, está-se diante de aresto com caráter definitivo e produção de efeitos incontrovertidos sobre a esfera administrativa. Neste sentido, o reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais vem produzindo efeitos sobre a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Não obstante o direito a restituir/compensar os valores pagos indevidamente a título de PIS e Cofins sobre o valor correspondente ao ICMS tenha sido integralmente reconhecido ("*an debeat*"), os valores efetivamente apurados a título de crédito ("*quantum debeat*") devido pelo sujeito passivo contra a Fazenda Pública devem ser comprovados pela contribuinte. Assim, o que há é o direito a se reaver valores indevidamente pagos, mas não a definição do quanto deve ser devolvido, segundo momento lógico da discussão, sobretudo diante de um processo que, como o presente, controla a restituição de valores.

Uma vez não desincumbida do ônus probatório, no que se refere à prova do direito creditório, observa-se, fazendo eco à decisão recorrida, que a recorrente sequer forneceu qualquer documento voltado a comprovar minimamente o valor de ICMS cuja exclusão pretende expurgar da base de cálculo das contribuições. Incabível, diante sequer da demonstração do *mínimo minimorum* que se esperaria daquele que pleiteia direito a créditos a serem reavidos do Estado, que se converta um julgamento em diligência para se verificar aquilo que a ora recorrente já deveria ter desde o início apresentado como prova devidamente constituída, não sendo concebível suprir de maneira temporã a coleção probatória deficiente.

Não tendo apresentado a escrituração e os documentos que a acobertem (notas fiscais), de modo a identificar e comprovar o valor do ICMS, impossibilitou a quantificação de seu direito e frustrou a possibilidade de se incitar no julgador a dúvida apta a justificar uma diligência, o que tem por implicação o reconhecimento da carência na instrução que conduz a conhecimento do mérito.

Pelos motivos acima expostos, voto por conhecer o recurso voluntário interposto e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco