



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10840.900016/2012-28
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-007.177 – 3ª Turma
Sessão de 12 de julho de 2018
Matéria 63.675.4494 - COFINS - PROVA - VERDADE MATERIAL
Recorrente FUGINI ALIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 18/05/2007

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e a existência do crédito que alega possuir junto à Fazenda Nacional para que sejam aferidas sua liquidez e certeza pela autoridade administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Érika Costa Camargos Autran (relatora) e Tatiana Midori Migiyama, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Passos - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Erika Costa Camargos Autran - Relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pelo Contribuinte contra o acórdão nº 3802-002.469, de 25 de março de 2014 (fls. 94 a 99 do processo eletrônico), proferido pela Segunda Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento deste CARF, decisão que por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário.

A discussão dos presentes autos tem origem no pedido de restituição (PER/DCOMP), por intermédio da qual o Contribuinte pretende ver restituído crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributo, no valor de R\$ 44.025,53, referente a COFINS.

Em decisão proferida pela DRF de Ribeirão Preto, foi indeferido o pedido apresentado pelo Contribuinte, pois o valor informado no PER/DCOMP foi integralmente utilizado para a quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para a restituição pleiteada.

Inconformado com a decisão, o Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade.

A 6ª Turma da DRJ/RPOju Igou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo Contribuinte.

Irresignado com a decisão contrária ao seu pleito, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, o Colegiado por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, conforme acórdão assim ementado *in verbis*:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do Fato Gerador: 18/05/2007

INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LIQUIDEZ E CERTEZA NÃO DEMONSTRADAS. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

A restituição de indébitos tributários decorrente de suposto pagamento a maior ou indevido (CTN, artigo 165, I) exige seja o direito demonstrado por parte do sujeito passivo, o qual tem o ônus de provar, com a apresentação de documentação suficiente, o direito em que se alicerça.

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

Data do Fato Gerador: 18/05/2007

*COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.
POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.*

*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se
no sentido de que “a parcela relativa ao ICMS deve ser
incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das
Súmulas 68 e 94 do STJ”.*

Recurso ao qual se nega provimento.

O Contribuinte interpôs Recurso Especial de Divergência (fls. 104 a 123) em face do acórdão recorrido que negou provimento ao Recurso Voluntário, a divergência suscitada pelo Contribuinte diz respeito as seguintes matérias: 1 - Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS; 2 - Necessidade de diligência fiscal, com a obrigatoriedade de apreciação de novas provas das alegações do contribuinte, em face do princípio da verdade material.

Para comprovar o dissenso em relação à primeira matéria, foi colacionado pelo Contribuinte como paradigma o acórdão n.º 3803-005.871 e referente a segunda matéria, foi colacionado, como paradigma o acórdão n.º 3302-002.225. A comprovação dos julgados firmou-se pela juntada de cópias de inteiro teor dos acórdãos paradigmas, documento de fls. 125 a 147.

O Recurso Especial do Contribuinte foi admitido parcialmente, conforme despacho de fls.150 a 154, sob o argumento que não ficou comprovada a divergência jurisprudencial em relação à primeira matéria, pois além do idêntico resultado dos arestos confrontados, também não existe uma identidade fática, uma vez que cada um decidiu por diferentes razões. Enquanto o acórdão recorrido fundamentou sua decisão com o entendimento de que o ICMS deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, o paradigma na verdade se fundamentou na falta de liquidez e certeza dos créditos pleiteados, para também decidir negar provimento ao Recurso Voluntário.

No reexame de admissibilidade, a decisão de seguimento parcial do Recurso Especial do Contribuinte foi mantida, conforme despacho de fls. 155 e 156.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls. 158 a 171, manifestando pelo não provimento do recurso especial do Contribuinte e que seja mantido o v. acórdão.

É o relatório em síntese.

Voto Vencido

Conselheira Érika Costa Camargos Autran - Relatora

Da Admissibilidade

O Recurso Especial da Contribuinte é tempestivo e, depreendendo-se da análise de seu cabimento, entendo pela admissibilidade do recurso conforme despacho de fls.150 a 154, senão vejamos:

Com relação matéria que foi admitida, entendo que restou comprovada a divergência jurisprudencial, argumentando que acórdão recorrido, ao examinar questão relativa à restituição de indébitos tributários decorrente de suposto pagamento a maior ou indevido, decidiu que não caberia a conversão do julgamento em diligência, sob o entendimento de que o ônus de provar o direito alegado, sua liquidez e certeza, é do sujeito passivo.

Por sua vez, o acórdão paradigma firma entendimento diverso, ao tratar da mesma matéria relativa à repetição de indébito, decidiu que cabe à autoridade preparadora o ônus de promover a análise da liquidez e certeza do alegado crédito, com base nos documentos existentes dos autos e outros mais que entender necessários, intimando o contribuinte para apresentá-los se for o caso, em face do princípio da verdade material.

Desta maneira, entendo que o contraste das ementas e do teor dos votos das decisões evidencia a divergência entre o entendimento exarado no acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas.

Diante do exposto, comprovada a divergência, voto no sentido de conhecer do recurso interposto pelo Contribuinte.

Do Mérito

Nos julgamentos de processos de Per/Dcomp, a questão de mérito se restringe à certeza e liquidez do crédito.

Despacho Decisório apreciou o Pedido de Restituição (PER/DCOMP) de n.º 20954.55194.010807.1.2.04-0863, por intermédio da qual o contribuinte pretende ver restituído crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributo, no valor de R\$ 44.025,53, referente a COFINS, efetuado em 18/05/2007, *Código de Receita 5856, correspondente a Darf recolhido em 30/04/2007.*

De acordo com o Despacho Decisório, a partir das características do DARF descrito no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição. Assim, diante da inexistência de crédito, o Pedido de Restituição foi INDEFERIDO.

No entanto, o Contribuinte em sede de manifestação de inconformidade informa que todos seus documentos contábeis estão à disposição da Fiscalização, para que esta verifique a regularidade do crédito solicitado, requerendo a conversão do julgamento em diligência. No entanto, tal diligência foi indeferida.

A discussão que se faz nesse processo diz respeito única e exclusivamente ao fato da COFINS ter sido calculada e recolhida com base no faturamento do período, sem que se processas a exclusão do ICMS contido em sua base de cálculo.

O tema foi motivo de embate na área tributária durante uma longa data.

O Contribuinte desde principio vem postulando a restituição do pagamento a maior, em virtude de entender que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, em razão das decisões judiciais.

No entanto, o acórdão recorrido entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e concluiu que, **ainda que o sujeito passivo tivesse apresentado a prova da inclusão do ICMS na base de cálculo do tributo, com o levantamento do crédito reclamado, o que, repita-se, não ocorreu, entendendo que também não existe direito subjetivo que legitime a tese sustentada pela recorrente.**

Contudo, findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, o Sr. Min. Teori Zavascki, com fundamento no artigo 557 do CPC, caput, proferiu decisão monocrática e definitiva no aludido REsp no 1.127.877SP (transitada em julgado em 20/06/2012), já que a jurisprudência do Tribunal “pacificou-se no sentido de que ‘a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ’”. Como se vê, muito embora o processo tenha sido recepcionado pelo STJ segundo a sistemática do artigo 543C, aludida decisão foi proferida de forma monocrática pelo relator, mas em cujos fundamentos também me alicerço, dado ser esse o entendimento pacificado pelo STJ.

A decisão do Sr. Ministro nos autos do REsp no 1.127.877SP foi assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

Portanto, ainda que o sujeito passivo tivesse apresentado a prova da inclusão do ICMS na base de cálculo do tributo, com o levantamento do crédito reclamado, o que, repita-se, não

ocorreu, entendendo que também não existe direito subjetivo que legitime a tese sustentada pela recorrente.

O Acórdão recorrido de 24 de março de 2014, entendeu por aplicar as 68 e 94 do STJ.

Em que pese na época haver entendimento sumulado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu no julgamento do RE n. 240785/MG (em 08 outubro de 2014) de Relatoria do Min. Marco Aurélio, que a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é indevido, no entanto, o julgamento não fora apreciado com repercussão geral.

Ocorre que o STF por meio do RE 574.706/PR, fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, cuja repercussão geral fora reconhecida nos termos do Acórdão publicado na data de 02/10/2017.

Nesse sentido vem colaborar para a solução definitiva da lide. Vejamos o que diz sua ementa:

EMENTA:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

O próprio Poder Judiciário tem aplicado **imediatamente** o entendimento do STF, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543B DO CPC/1973. RE 574.796/PR. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão recorrido, em observância ao entendimento consolidado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito do Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida RE nº 574.796/PR.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.796/PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

3. Efetuado o juízo de retratação, nos termos do artigo 543B, § 3º, do CPC/1973, para dar provimento à apelação da impetrante. (TRF 3, Apel. 002047195.1993.4.03.6100, DJ 21/12/2017)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LITISPENDÊNCIA NÃO COFIGURADA. SENTENÇA ANULADA. JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 1013, § 3º, DO NCPC. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO INDEVIDA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. (1).

1. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, existindo entre elas identidade de partes, causa de pedir e pedido. Não identificada a tríplice identidade, porque diferentes os pedidos, a litispendência não pode ser invocada como justa causa para extinção do feito sem resolução do mérito.

2. Anulada a sentença e encontrando-se a relação processual devidamente formada, inexistindo necessidade de produção de outras provas e não vislumbrando qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa de qualquer das partes, é possível a apreciação do mérito, nesta instância recursal, nos termos do disposto no art. 1013, § 3º, do CPC/2015.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 574.706 pela sistemática da repercussão geral, firmou a tese de "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". (RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017).

4. Especificamente em relação à Lei 12.973/2014 se encontra consolidado o entendimento no sentido de a ampliação do conceito do faturamento não alterou o conceito de base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS, tanto mais diante da consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes.

5. Apelação provida, para anular a sentença e, prosseguindo no julgamento, nos termos do art. 1013, § 3º, do CPC/2015, julgar procedente o pedido. (TRF 1, Apel. 001138906.2017.4.01.3400/DF, DJ 01/12/2017).

E o STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.713 – SC, DJ 24/08/2017 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. ICMS. INTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplicasse o Código de Processo Civil de 2015.

II – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 674.706/PR, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria em exame, concluiu 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 do PIS e da COFINS.

III – Esta Corte realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS. IV – A Agravante não apresenta argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V – Agravo Interno improvido. AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em RESp 430.921 – SP, DJ 07/11/2017

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL 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 Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando 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.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido. AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, DJ 24/08/2017

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 2.12.2016, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543C DO CPC. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR) EM SENTIDO CONTRÁRIO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA PROVIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora a 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.

3. O REsp. 1.144.469/PR tratou, ainda, da incidência do ICMS no PIS/COFINS repassados a terceiro, verificasse que neste ponto não há divergência quanto à matéria (item 12 da ementa REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1a. Seção, DJe 2.12.2016). Assim, não assiste razão à parte agravante quanto a este ponto.

E recentemente, o STJ se manifestou no sentido da obrigatoriedade da aplicação do *decisum*, independentemente do trânsito em julgado (AgInt n Agravo em Recurso Especial nº 282.685 – CE, DJ 27/02/2018):

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 AgREDED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RSAgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

Diante disto, entendo que independentemente do ônus da prova do Contribuinte, como a matéria de fundo é a inclusão/exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado. O que vincula o julgamento administrativo no âmbito do CARF, conforme previsão regimental específica (art. 62, § 2º, do atual RICARF), este órgão julgador deverá seguir:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).

Em suma, entendo que a aplicação do RE nº 574.706 é obrigatória, motivo pelo qual entendo que se deve reconhecer o crédito do Contribuinte.

Por fim, entendo, que apesar do formalismo a que se ateu o julgamento de primeiro grau, entendo que são razoáveis e pertinentes os argumentos trazidos pelo Contribuinte e a DARF trazida aos autos, comprova que teve um pagamento a maior.

Assim, apesar do Contribuinte não ter apresentado provas (livros fiscais), ele deixou a disposição seus documentos, pois, caso fosse aceita sua tese e de acordo com as decisões do STF, a Receita Federal poderia intimá-lo a apresentá-las.

Aqui não há mais discussão, pois é de uma evidência profunda que ele tem direito ao crédito, pois foi realizado o pagamento com a inclusão do ICMS na base de cálculo, caso não tivesse feito tal inclusão ele seria autuado pela Receita pelo recolhimento a menor, o que não ocorreu.

Assim, entendo que uma análise por meio de uma diligência seja essencial para a decisão a ser proferida no processo.

Verifica-se que há uma afirmativa do Recorrente de que possui um direito de restituição e uma negativa do fisco, informando que o Recorrente não comprovou a direito creditório.

Entendo que a autoridade administrativa poderia ter requerido diligência e informações do Contribuinte, ou solicitar outras provas que julgasse imprescindível, para apurar a liquidez e a certeza do crédito pleiteado, em busca da verdade material e forma sua convicção. O que não ocorreu no presente caso.

Ademais, o procedimento de homologação do pedido de restituição/compensação consiste fundamentalmente em atestar a regularidade do crédito, sendo dever da Autoridade Fiscal, ao analisar os valores informados para fins de decisão de homologação ou não da compensação, investigar a exatidão do crédito apurado pelo Sujeito Passivo.

Nessa linha relacional, caberá à Autoridade Administrativa quando da análise do pedido de compensação averiguar a certeza e a liquidez do crédito tributário a partir dos documentos juntados à declaração pelo sujeito passivo ou mediante intimação solicitando a apresentação dos mesmos pelo sujeito passivo.

Ademais, a decisão do STF acrescida da comprovação do recolhimento por meio da juntada das guias DARF, constituem elementos bastantes para se configurar a liquidez

e certeza do crédito exigidos para a compensação. O Contribuinte provou ter suportado o ônus do tributo, requisito único exigido pelo art. 166 do Código Tributário Nacional.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso para reconhecer o direito ao crédito pleiteado pelo contribuinte em virtude da decisão do STF e o retorno dos autos para que se efetue a diligência para verificar o valores pleiteados.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Redator designado

Respeitosamente, divirjo da i. relatora quanto ao provimento do recurso especial de divergência da contribuinte.

Tendo em vista que o recurso especial foi conhecido apenas em razão do acórdão paradigma que abordava a necessidade de diligência fiscal e da obrigatoriedade de apreciação de novas provas das alegações do contribuinte, em face do princípio da verdade material, me fixarei nesse tema.

O referido paradigma, de nº 3302-002.225, traz o entendimento de que nos autos não constava nenhuma comprovação do direito creditório alegado, decorrente de pagamento indevido ou maior, e por isso o contribuinte requereu diligência a fim de que se apurasse o crédito pleiteado em sua PER/DCOMP. Pelo princípio da verdade material, considerou-se que a autoridade fiscal teria a obrigação de realizar a análise dos fatos alegados pela contribuinte solicitando inclusive a realização de diligências e apresentação de novas provas das alegações da contribuinte.

Contudo, não entendo que essa seja a melhor interpretação da legislação aplicável. O caput do artigo 170 do CTN, ao tratar da extinção do crédito tributário pela compensação, estipula:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

(Grifei.)

Já na Lei nº 9.430/1996, em seu art. 74, está determinado:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação.

(Grifei.)

A então SRF, cumprindo a disposição legal, editou a IN SRF nº 600 de 28/12/2005, na qual estipulava:

COMPENSAÇÃO

COMPENSAÇÃO EFETUADA PELO SUJEITO PASSIVO

Art. 26. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela SRF.

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada pelo sujeito passivo mediante apresentação à SRF da Declaração de Compensação gerada a partir do Programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante a apresentação à SRF do formulário Declaração de Compensação constante do Anexo IV, ao qual deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório.

(Grifei.)

Além de reproduzir o ditame legal em seu *caput*, o art. 26 no § 1º já indicava a necessidade de documentos comprobatórios a serem anexados de imediato, nos casos em que a compensação fosse realizada através de formulários em papel.

A contribuinte realizou seu PER/DCOMP, solicitando crédito no montante originário de R\$ 44.025,53 e, em face do despacho decisório à e-fl. 05, pelo qual os créditos do DARF que suportavam seu pedido, de R\$ 226.212,51, estariam totalmente alocados; restringiu-se à discussão jurídica sobre restituição de indébitos de ICMS, sem apontar como concluiu pelos valor pleiteado, ou qualquer documento que indicasse tais valores de ICMS.

Solicitou também a realização de diligência para apuração do crédito, contudo, pela legislação transcrita, há de se observar que a compensação é ato de iniciativa do contribuinte, em face de suposta existência de créditos por ele alegada, devendo esses créditos serem líquidos e certos **e por ele apurados**. Uma vez que alega a existência de um direito

frente à administração, todo **o ônus probatório sobre ele recai e deve providenciar as comprovação do que apurou**, diferentemente dos casos em que há lançamento de ofício, quando o ônus de apurar o valor do crédito exigido é do fisco. Caberia à autoridade fiscal, em face das provas juntadas pela contribuinte, aferir a liquidez e certeza do crédito requerido.

Adicionalmente, no voto condutor do acórdão de manifestação de inconformidade nº 14-41.381, da 6ª Turma da DRJ/RPO, se encontra:

Mas, para tanto, a alegação deveria vir acompanhada da documentação comprobatória da existência do pagamento a maior, mesmo porque, nesse caso, o ônus da comprovação do direito creditório é do contribuinte, pois se trata de uma solicitação de restituição, de seu exclusivo interesse.

Nesse contexto, não se pode olvidar que nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, ao autor incumbe o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito. Conseqüentemente, as PER/DCOMP devem estar, necessariamente, instruídas com as devidas provas do indébito tributário no qual se fundamentam, sob pena de indeferimento.

(Negritei.)

Mesmo assim, em sede de recurso voluntário a contribuinte volta a requerer diligência, sem indicar qualquer prova relativamente à apuração do valor do crédito pleiteado. Por isso penso que andou bem o acórdão *a quo* ao negar provimento ao recurso voluntário em face da ausência de comprovação do direito creditório.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do recurso especial de divergência da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos