



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.689616/2009-58
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3003-001.712 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 30 de março de 2021
Recorrente COMERCIAL E IMPORTADORA CENTER SPORT LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/12/2004 a 31/12/2004

PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. As alegações de verdade material devem ser acompanhadas dos respectivos elementos de prova. O ônus de prova é de quem alega. A busca da verdade material não se presta a suprir a inércia do contribuinte que tenha deixado de apresentar, no momento processual apropriado, as provas necessárias à comprovação do crédito alegado. A busca pela verdade material não representa remédio processual destinado a suprir injustificada omissão probatória daquele sobre o qual recai o ônus da prova, nem pode se dar às custas de regras jurídicas que servem, em última instância, à concretização de princípios importantes do sistema jurídico”.

ÔNUS DA PROVA DO CRÉDITO RECAI SOBRE O CONTRIBUINTE.

Como se pacificou a jurisprudência neste Tribunal Administrativo, o ônus da prova é devido àquele que pleiteia seu direito. Portanto, para fato constitutivo do direito de crédito o contribuinte deve demonstrar de forma robusta ser detentor do crédito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencido o Conselheiro Müller Nonato Cavalcanti Silva que sobrestava o julgamento do processo até que seja julgado, em definitivo, o RE 574.706/PR pelo STF. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Ariene d'Arc Diniz e Amaral.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Müller Nonato Cavalcanti Silva – Relator

(documento assinado digitalmente)

Ariene d'Arc Diniz e Amaral – Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Antônio Borges (presidente da turma), Müller Nonato Cavalcanti Silva e Ariene D'Arc Diniz e Amaral.

Relatório

Por bem retratar os fatos, adoto o relatório elaborado pela instância *a quo*:

Cuidam os autos de Declaração de Compensação - Dcomp, crédito decorrente de Pagamento Indevido ou a Maior, arrecadado em 13/01/2006, referente ao período de apuração de 31/12/2005, código de receita 5856, no valor de R\$ 56.113,84, com débito(s) próprio(s) da contribuinte.

Irresignada com a não-homologação da compensação, a interessada oferece manifestação de inconformidade alegando que:

É cristalino que o valor de ICMS destacado na nota fiscal é para simples registro contábil fiscal, em hipótese alguma deve ser incluído na base de cálculo da Cofins.

Por isso, consoante a melhor doutrina Pátria e o STF, não resta qualquer dúvida que faz jus à restituição da Cofins incidente sobre o ICMS.

Pelo exposto, requer seja reformado o despacho decisório e suspensa a exigibilidade dos valores compensados.

A DRJ manteve o entendimento do despacho decisório sob o fundamento da ausência de comprovação do direito creditório bem como por considerar que *“a lei que rege a apuração do valor devido de PIS e Cofins não prevê a exclusão do ICMS incidente na venda, pois aquele valor faz parte do preço da mercadoria vendida”*.

Em recurso voluntário a Recorrente alegando o direito de crédito decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, o prazo de 10 anos para apresentar o pedido de restituição antes da edição da LC 118/2005, possibilidade do tribunal administrativo afastar norma inconstitucional.

Em primeiro julgamento nesta Turma, o colegiado entendeu por bem baixar o processo em diligência para que fossem sanados vícios referentes a representação processual do contribuinte.

Realizada a diligência foram apresentados pelo patrono cópia de documento bem como recurso voluntário com assinatura digital.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Müller Nonato Cavalcanti Silva, Relator.

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos formais de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

O presente caso tem como questão de fundo a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

É de amplo conhecimento que o mérito dessa discussão foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2017, no RE 574.706/PR (Tema 69), culminando em precedente vinculante a favor do pleito dos contribuintes. Nessa oportunidade, confirmando seu próprio entendimento proferido em 2014 no RE 240.785 - por decisão Plenária, mas ainda não afetada por repercussão geral-, os Ministros decidiram pela não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. As razões utilizadas na decisão podem ser sintetizadas em três pontos:

(i) o imposto não guarda relação com a definição constitucional de faturamento, pois o destinatário dos valores advindos do ICMS é o Poder Público, e não o contribuinte;

(ii) sua inclusão representaria afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e

(iii) haveria lesão ao previsto no art. 154-I da Constituição.

Pelo fato de a Procuradoria da Fazenda Nacional ter oposto embargos de declaração contra o Acórdão proferido pelo Supremo no RE 574.706/PR, em de 02/10/2017, sendo que este recurso encontra-se ainda pendente de julgamento.

Por força do artigo 62, §2º do RICARF somente vinculam o CARF as decisões de mérito exaradas pelos Tribunais Superiores, seja na sistemática dos recursos repetitivos, seja na forma de repercussão geral:

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. 543-B e 543-C 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. – gn.*

O trânsito em julgado é o marco que determina a formação da coisa julgada e, por via de consequência, dá parâmetros para que este Tribunal Administrativo possa observar o que fora decidido em definitivo pelas Cortes Superiores.

Igualmente há de recordar que os embargos de declaração pendentes de julgamento no STF não tem o condão de alterar o mérito do acórdão prolatado pelo plenário. Contudo, permanecem incertezas sobre o *quantum* de ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições PIS/Cofins (destacado ou recolhido), e até mesmo possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, que poderia não alcançar processos administrativos em litígio, tal qual o que se coloca à julgamento.

Ante ao cenário que se instaurou, vislumbro como alternativa que melhor se amolda ao princípio da segurança jurídica a aplicação do art. 1.035, §5º do Código de Processo Civil, que assim versa:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Entendo que se impõe a necessidade de se aguardar o julgamento definitivo do STF no RE 574.706/PR, sobrestando esse processo administrativo pela aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo fiscal. Esta regra encontra amparo no próprio CPC, em seu art. 15, que lhe outorga a possibilidade de integração de legislação processual quando ausente dispositivo expresso no texto legal específico:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Por fim, destaco que este tem sido o entendimento deste Conselho, que ilustro pelas resoluções de n. 3401-001.380, 3401-001.387 e 3401-001.931.

Pelo exposto, voto por sobrestar o julgamento do processo até que seja julgado, em definitivo, o RE 574.706/PR pelo STF.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Müller Nonato Cavalcanti Silva

Voto Vencedor

Conselheira Ariene d'Arc Diniz e Amaral, Redatora designada.

A controvérsia dos autos cinge-se sobre a existência de crédito de COFINS suficiente para a homologação de pedido de compensação.

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos formais de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

1 Retorno da diligência

Inicialmente cumpre registrar que os vícios de representação processual foram devidamente sanados na diligência, tendo sido apresentado documento do patrono bem como tendo sido apresentado o recurso com assinatura digital.

2 Preliminar: sobrestamento do processo administrativo

Como destacado pelo I. Relator o caso tem como questão de fundo a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, matéria que em seu entendimento, estaria pendente de decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a oposição de embargos de declaração contra o acórdão proferido no RE 574.706/PR, ainda não apreciado.

Com a devida vênia ao entendimento do relator, entendo em sentido diverso, considerado que o processo está apto a julgamento, devendo, pois ser analisada a prova do direito creditório pleiteado.

3 Princípio da verdade material

O princípio da verdade material é máxime do processo administrativo fiscal e deve prevalecer sempre que o contribuinte conseguir fundamentar direito alegado em documentação hábil, escrituração contábil e fiscal, amparada pelos respectivos documentos que lhe dão suporte, ainda que apenas no recurso voluntário. O princípio, entretanto, não serve para substituir a ação necessária do contribuinte. Neste sentido é larga jurisprudência deste CARF, a exemplo do acórdão abaixo:

“Acórdão nº 3003-000.647

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Período de apuração: 01/10/2004 a 31/10/2004 DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA. Instaurado o contencioso administrativo, em razão da não homologação de compensação de débitos com crédito de suposto pagamento indevido ou a maior, é do contribuinte o ônus de comprovar nos autos, tempestivamente, a certeza e liquidez do crédito pretendido compensar. Não há como reconhecer crédito cuja certeza e liquidez não restou comprovada no curso do processo administrativo. DCTF. ERRO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A alegação de erro na DCTF, a fim de reduzir valores originalmente declarados, sem a apresentação de documentação suficiente e necessária para embasá-la, não tem o condão de afastar despacho decisório. DCTF. CONFISSÃO DE DÍVIDA. RETIFICAÇÃO. A DCTF é instrumento formal de confissão de dívida, e sua retificação, posteriormente a procedimento fiscal, exige comprovação material. VERDADE MATERIAL. ÔNUS DA PROVA. As alegações de verdade material devem ser acompanhadas dos respectivos

elementos de prova. O ônus de prova é de quem alega. A busca da verdade material não se presta a suprir a inércia do contribuinte que tenha deixado de apresentar, no momento processual apropriado, as provas necessárias à comprovação do crédito alegado. A busca pela verdade material não representa remédio processual destinado a suprir injustificada omissão probatória daquele sobre o qual recai o ônus da prova, nem pode se dar às custas de regras jurídicas que servem, em última instância, à concretização de princípios importantes do sistema jurídico”.

4 Comprovação do crédito a compensar

O instituto da compensação está previsto no artigo 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002:

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.

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Tratando-se de compensação tributária, modalidade de extinção do crédito tributário, aceita sob determinadas condições, tem-se em síntese que (i) pressupõe a existência de créditos e débitos do contribuinte; (ii) a compensação deve ser realizada com créditos líquidos e certos; (iii) o ônus da prova incumbe ao contribuinte, consoante a regra basilar extraída do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), artigo 373, inciso I, ‘ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito’.

No caso em análise, verifica-se que o contribuinte não trouxe aos autos elementos suficientes para infirmar as conclusões da fiscalização e da decisão recorrida. Conforme depreende-se da análise probatória dos autos, os despachos decisórios não homologaram o crédito pleiteado em razão de não ter sido localizado o DARF em referência nos sistemas da RFB.

A Recorrente não só falha ao demonstrar seu direito creditório como também não comprova sequer o pagamento da contribuição COFINS no PA dezembro/2004.

A documentação acostada aos autos não está apta a comprovação da certeza e liquidez do crédito, indispensáveis para a compensação pleiteada, nos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Isto posto, voto no sentido de conhecer integralmente do recurso e no mérito negar provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Ariene d'Arc Diniz e Amaral – Redatora designada