



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.908396/2012-72
Recurso Voluntário
Resolução nº 3402-003.076 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2021
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente SO TURBO COMERCIO E RECUPERAÇÃO DE TURBINAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da relatora. Vencido o conselheiro Marcos Antônio Borges (suplente convocado) que rejeitava a diligência.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thais De Laurentiis Galkowicz - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lazaro Antonio Souza Soares, Maysa de Sa Pittondo Deligne, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Cynthia Elena de Campos, Marcos Antonio Borges (suplente convocado), Renata da Silveira Bilhim, Thais de Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo (Presidente). Ausente o conselheiro Jorge Luis Cabral, substituído pelo conselheiro Marcos Antonio Borges.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (“DRJ”) de Belo Horizonte no Acórdão **02-60.644**, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Contribuinte.

Por bem consolidar os fatos ocorridos até a decisão da DRJ, com riqueza de detalhes, colaciono o relatório do Acórdão recorrido *in verbis*:

DESPACHO DECISÓRIO

O presente processo trata de Manifestação de Inconformidade contra o Despacho Decisório nº rastreamento 19157739 emitido eletronicamente em 01/03/2012, referente ao PER/DCOMP nº 13362.39807.161009.1.3.04-0004.

A Declaração de Compensação gerada pelo programa PER/DCOMP foi transmitida com o objetivo de compensar o(s) débito(s) discriminado(s) no referido PER/DCOMP com crédito de COFINS, Código de Receita 5856, no valor original na data de

Fl. 2 da Resolução n.º 3402-003.076 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10880.908396/2012-72

transmissão de R\$497,40, decorrente de recolhimento com Darf efetuado em 13/01/2006.

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 compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Assim, diante da inexistência de crédito, a compensação declarada NÃO FOI HOMOLOGADA.

Como enquadramento legal citou-se: arts. 165 e 170, da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificado do Despacho Decisório em 19/03/2012, o interessado apresentou a manifestação de inconformidade em 18/04/2012, cujo resumo se passa a explicitar.

Argumenta que a cobrança das contribuições ao PIS e à COFINS, incluindo-se na respectiva base de cálculo os valores relativos ao ICMS discriminados nas notas fiscais, é flagrantemente inconstitucional e ilegal, tendo feito referência a julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Passa então a discorrer sobre a violação ao direito líquido e certo do requerente, ressaltando os dispositivos legais ora combatidos. Tece considerações sobre o direito à compensação tributária de débitos fiscais e destaca aspectos acerca da ilegalidade da Instrução Normativa SRF nº 600/05. Em seguida, faz menção aos requisitos necessários para a autorização de compensação: o *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Requer o manifestante:

a) seja determinada a compensação, para resguardar o direito líquido e certo do Requerente, previsto nos artigos 145, §1º, 149, 195 inciso I alínea "b", da Constituição Federal de 1988 e artigo 110 do Código Tributário Nacional, para o fim de ser determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente das compensações e contribuições do PIS e da COFINS indevidamente incidentes sobre valores relativos ao ICMS, em relação as suas operações futuras, na forma do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, abstendo-se a D. Autoridade Requerida da tomada de qualquer medida violadora desse direito, a saber: (i) inscrição em dívida ativa e cobrança executiva fiscal dos valores questionados; e (ii) outros atos, tais como indevida inscrição do nome do Requerente no CADIN, indeferimento do pedido de expedição de certidão negativa de débito (CND), tendo em vista as inconstitucionalidades e ilegalidades apontadas, afastando-se a aplicação das Leis nº 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 nesse aspecto;

b) deverá ser julgado inteiramente procedente o pedido para reconhecer o direito líquido e certo de se afastar qualquer ato no sentido da cobrança das contribuições do PIS e da COFINS do Requerente, no que se refere à inclusão dos valores de ICMS na sua base de cálculo, conforme fundamentação exposta, assegurando-lhe o direito do requerente, sendo afastada a aplicação das Lei nº 9718/98, 10.637/02 e 10.833/03 nesse aspecto;

c) deverá ser deferido ao Requerente o seu direito de compensação tributária dos indevidos pagamentos realizados de PIS e CONFINS sobre os valores de ICMS incluídos na sua base de cálculos, nos termos das Leis nº 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03, no período relativo aos últimos cinco anos retroativos à data do ajuizamento da presente ação, com outros débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal, na forma da Lei nº 9.460/96, nos artigos 73 e 74 cujo crédito deverá ser devidamente atualizado com a aplicação da taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95, afastando-se expressamente a aplicação da Instrução Normativa nº 600/05 da Secretaria da Receita Federal ou outra que substitua referida norma com os mesmos vícios, tendo em vista a sua ilegalidade.

Fl. 3 da Resolução n.º 3402-003.076 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10880.908396/2012-72

Ao final, requer ainda que seja acolhida a manifestação de inconformidade e que as publicações sejam realizadas em nome de advogado especificado.

Sobreveio então o citado Acórdão da DRJ/BHE, negando provimento à manifestação de inconformidade da Contribuinte, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE
SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/12/2005

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.
CRÉDITO NÃO COMPROVADO.

Não se admite a compensação se o contribuinte não comprovar a existência de crédito líquido e certo.

Irresignada com a decisão, a Contribuinte recorre a este Conselho, repetindo os argumentos expostos em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz, Relatora.

Como se verifica do relato acima, o recurso voluntário é tempestivo, bem como preenche os demais requisitos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento.

O presente caso tem como ponto fulcral 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 (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.

A Procuradoria da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração contra o Acórdão proferido pelo Supremo no RE 574.706, em 02/10/2017, os quais foram parcialmente acolhidos, mediante a seguinte decisão proferida em 13/05/2021, publicada com o seguinte texto:

O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, **para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento**, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo

Fl. 4 da Resolução n.º 3402-003.076 - 3ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10880.908396/2012-72

das contribuições PIS-COFINS, **prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado**, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

No presente caso, o pedido foi anterior à 15/03/2017, de modo que que é, em tese, cabível o pedido de restituição de valores indevidamente recolhidos a título de PIS/COFINS. Ocorre que aqui versamos sobre pedido de restituição, formulado via PER/DCOMP. Ou seja, trata-se de processo de iniciativa do Contribuinte, sendo dele o ônus de demonstrar o direito creditório pleiteado (artigo 373, inciso I do CPC) decorrente do indébito tributário (artigo 165, inciso I do CTN), o qual deve ser líquido e certo (artigo 170 do CTN).

Não há prova nos autos a respeito do alegado pagamento indevido a título de PIS/COFINS, o que levaria à negativa do direito pretendido pela Recorrente.

Contudo, entendo que o deslinde do presente caso merece um temperamento: no despacho decisório eletrônico que não homologou o PER/DCOMP, nada constou a respeito da falta de prova do crédito alegado. Tampouco a DRJ decidiu com base na questão probatória. Com efeito, o Acórdão recorrido cinge-se à analisar a tese a respeito da abrangência do PIS/COFINS sobre o ICMS.

Por isso, nesse momento processual, negar o pleito do contribuinte por falta de provas significaria nunca ter lhe dado dada a real oportunidade de trazê-las aos autos, para a análise no âmbito do contencioso administrativo.

É nesse sentido que, com base no princípio da verdade material o no artigo 18 do Decreto 70.235/72, entendo que o presente processo seja convertido em diligência, para que a autoridade fiscal de origem tome as seguintes providências:

- i) Intimar a recorrente a fazer prova cabal do crédito alegado (pagamento indevido da Contribuição ao PIS e da COFINS sobre o ICMS destacado na nota fiscal) mediante a documentação pertinente (livros contábeis, notas fiscais, planilhas demonstrativas, etc);
- ii) Com base na documentação apresentada, elaborar parecer conclusivo a respeito do direito creditório em questão, com base nas diretrizes traçadas no RE 574.706.

Uma vez finalizadas tais providência, seja o Contribuinte intimado para, caso entenda necessário, apresentar manifestação a respeito do parecer conclusivo da Fiscalização. Ato contínuo, retornem os autos para julgamento deste Colegiado.

É a resolução.

(documento assinado digitalmente)

Thais De Laurentiis Galkowicz