



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

Processo nº 10980.920372/2012-63
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3302-000.967 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 27 de março de 2019
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FAMIGLIA ZANLORENZI S/A (SUCESSORA DE VINÍCOLA CAPO LARGO S/A)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência para que a unidade administrativa de origem verifique a autenticidade dos documentos acostados aos autos no momento de interposição do recurso voluntário, analise a existência do indébito tributário pleiteado e, caso exista, se foi utilizado em outro pedido de restituição ou de compensação.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède
Presidente

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho
Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), Gilson Macedo Rosenberg Filho, Walker Araújo, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Muller Nonato Cavalcanti Silva (Suplente Convocado) e Corinto Oliveira Machado.

RELATÓRIO

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata o processo de contestação contra o Despacho Decisório (rastreamento nº 040946857) emitido pela DRF Curitiba, em 05/12/2012, que indeferiu a restituição pleiteada no PER nº 06121.45378.200808.1.2.04-3540, devido à inexistência de crédito pleiteado de R\$ 7.653,41, uma vez que o pagamento de COFINS (Código 2172), do período de 31/08/2003, efetuado em 15/09/2003, no valor de R\$ 71.069,04, tido como origem do crédito, estava integralmente utilizado para quitação de débitos da contribuinte.

Cientificada em 18/12/2012, a interessada, por intermédio de seu representante legal, apresentou Manifestação de Inconformidade, tecendo comentários acerca da legislação de regência do PIS e da Cofins, sobre o conceito de receita, faturamento e renda, e enfatizando que o ICMS está embutido no preço das mercadorias, integrando a base de cálculo do imposto o próprio imposto e por isso constitui ônus fiscal e não faturamento. Sendo assim, não se pode aceitar a incidência do PIS e da Cofins sobre outro imposto, no caso o ICMS, o que torna-se alheio ao que deve ser o faturamento.

A 3ª Turma da DRJ Curitiba (RS) julgou a manifestação de inconformidade improcedente, nos termos do Acórdão nº 06-58.879, de 26 de abril de 2017, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 15/09/2003

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE.

Em matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo STF, em sede de julgamento de processos nos quais foi admitida a repercussão geral, as unidades da RFB devem reproduzir o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito somente após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

PAGAMENTO A MAIOR. NECESSIDADE DE PROVAS.

A mera alegação do direito desacompanhada da escrituração contábil/fiscal do período não é suficiente para comprovar a existência de pagamento indevido ou a maior.

Irresignado com a decisão da primeira instância administrativa, o recorrente interpôs recurso voluntário ao CARF, no qual argumenta que:

a) Pela leitura da *ratio decidendi* do acórdão recorrido, o direito creditório não foi reconhecido, por inexistir pronunciamento definitivo da PGFN sobre a matéria que autorize as DRJ's a aplicarem entendimento já consolidado pelo Poder Judiciário. Todavia, em sede de recurso voluntário, é imprescindível assinalar a determinação expressa do artigo 62, §1º, II, 'b' e do § 2º do Regimento Interno do CARF, prevê a possibilidade de ser afastada lei sob o fundamento de inconstitucionalidade por turmas daquele Órgão, desde que a matéria tenha sido tratada de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal. Foi o que ocorreu no julgamento do RE nº 574.576, onde ficou decidido que o ICMS não integra a base de cálculo para incidência da contribuições ao PIS e à Cofins;

b) Diante do princípio da verdade material, requer a juntada dos documentos que comprovarão a existência de créditos no período correspondente a PER/Dcomp apresentada, oriunda da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins.

É o breve relatório.

VOTO

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise do mérito.

ICMS na Base de Cálculo das Contribuições.

Conforme relatado, a matéria posta em debate cinge-se ao cabimento da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins.

A discussão se encontra superada no âmbito do CARF, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão acerca desta matéria, em sede de recurso com repercussão geral reconhecida, na sistemática prevista no art. 1.036 da Lei nº 13.105/2015.

Importante ressaltar que a decisão ainda não transitou em julgado, pois está pendente a análise de embargos opostos para decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída. Contudo, a decisão proferida pela Suprema Corte se tornou definitiva quanto ao direito do contribuinte de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

No RE nº 574706 - Tema 069 - ficou consignado que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

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.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

Para fins de clarear a posição da RFB sobre o tema, trago à baila a Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI),

transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.715, de 1998, art. 2o; Lei no 9.718, de 1998, arts. 2o e 3o; Lei no 10.637, de 2002, arts. 1o, 2o e 8o; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI),

transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.718, de 1998, arts. 2o e 3o; Lei no 10.833, de 2003, arts. 1o, 2o e 10; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

Diante da obrigação de observar decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática prevista no art. 1.036 da Lei nº 13.105/2015, me curvo ao entendimento de que o ICMS recolhido deve ser excluído da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Provas do Indébito Tributário.

A instância *a quo*, utilizou, também, como razão de decidir a falta de provas do direito creditório, de acordo com trecho do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*:

Não bastasse isso, é oportuno observar que não há nos autos prova do direito afirmado. Em outros termos, não basta indicar os argumentos jurídicos que seriam o fundamento legal do pagamento indevido, mas deve a interessada, adicionalmente, demonstrar contabilmente que o valor pleiteado corresponde ao valor da contribuição que foi paga sobre o ICMS que teria feito parte de sua base de cálculo.

Isso porque, o direito deve ser demonstrado em documentos fiscais e contábeis. Por isso, ainda que houvesse a manifestação da Procuradoria acerca de julgado do STF declarando a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, mesmo assim não seria possível lhe conceder o direito creditório postulado. Afinal, é obrigação da manifestante trazer aos autos o direito em que se fundamenta e as provas que possuir. É o que determina o art. 16, do inc. III, do Decreto-lei nº 70.235/72.

Há que se destacar, ainda, que o Despacho Decisório foi emitido pela autoridade fiscal com fundamento nas informações prestadas em DCTF pela Manifestante, ou seja, em declaração válida a produzir efeitos na data da emissão do referido documento. Por tal motivo, o débito encontra-se validamente constituído exatamente nos termos do Despacho Decisório proferido. Isso porque, a DCTF é instrumento de confissão de dívida e constituição definitiva do crédito tributário, conforme legislação de regência (art. 5º do Decreto-lei nº 2.124/84 e Instruções Normativas da RFB que dispõem sobre a DCTF).

Sobre esta questão, importante destacar que o art. 147, § 1º, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966, não permite que depois de iniciado qualquer procedimento fiscal seja apresentada declaração retificadora quando esta vise a reduzir ou a excluir tributo, sendo apenas admissível mediante comprovação do erro em que se funde.

Enfim, não basta a mera alegação do direito. Ele deve ser demonstrado em documentos fiscais e contábeis, na linha do que determina o art. 923 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

O recorrente, em sede de recurso voluntário, apresentou alguns documentos para provar seu direito, quais sejam: memória de cálculo de apuração da COFINS e do consequente crédito pleiteado, a DIPJ referente ao período discutido, o comprovante do recolhimento da Cofins e o resumo de apuração do ICMS. Requer que esse Colegiado defira a juntada dos documentos, os analise e se posicione acerca de seu direito creditório.

A questão que surge é se houve preclusão do direito à apresentação de provas, conforme prevê os artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235/72 ou se o recorrente tem o direito a apresentar documentos em qualquer momento processual em nome da verdade material.

Posta assim a questão, passo a análise.

Trata-se de processo de restituição em que o contribuinte teve seu pedido de indébito negado por despacho decisório eletrônico, sob o fundamento de que o crédito financeiro alegado como pagamento indevido foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição.

Na manifestação de inconformidade, o recorrente alega que o pedido de restituição se refere a créditos decorrentes de pagamentos a maior de Cofins, em razão da inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo.

A DRJ de Curitiba julgou improcedente a manifestação de inconformidade sob os seguintes fundamentos: o ICMS deve compor a base de cálculo da exação e que o sujeito passivo não apresentou provas do direito alegado.

Em sede de recurso voluntário, o sujeito passivo pleiteou a observância do RE nº 574706 e apresentou documentos que lastreariam o direito requerido.

No procedimento de despacho eletrônico de pedido de restituição, o sujeito passivo não é intimado pela unidade preparadora para prestar informações jurídicas acerca do crédito requisitado. O primeiro momento que tem para se pronunciar sobre questões de direito é na manifestação de inconformidade.

No caso em análise, é bem verdade que o sujeito passivo não apresentou documentos que comprovassem que houve recolhimento da Cofins tendo o ICMS em sua base de cálculo. Ocorre que, como mencionado, ao interpor o presente recurso voluntário, foram acostados aos autos a memória de cálculo de apuração da COFINS e do consequente crédito pleiteado, a DIPJ referente ao período discutido, o comprovante do recolhimento da Cofins e o resumo de apuração do ICMS. Esse documentos, caso autênticos, podem sugerir que houve a inclusão na base de cálculo da Cofins o valor do ICMS recolhido, gerando um indébito tributário.

Não posso deixar de admitir que os fatos produzidos extemporaneamente geraram grande dúvida, o que impossibilita meu julgamento nesta assentada.

Consoante noção cediça, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias, é a literalidade do art. 29 do Decreto nº 70.235/72.

Assim, entendo que as alegações produzidas pelo recorrente devem ser analisadas com mais profundidade, para que possa afastar a fumaça que tomou conta de minha convicção, pois vejo verossimilhança nos fundamentos jurídicos acostados aos autos.

Pelo exposto, voto por converter o julgamento em diligência para que o órgão de origem verifique a autenticidade dos documentos acostados aos autos no momento de interposição do recurso voluntário, analise a existência do indébito tributário pleiteado e, caso exista, se foi utilizado em outro pedido de restituição ou de compensação.

Após sanadas essas dúvidas, que seja elaborado relatório fiscal, facultando à recorrente o prazo de trinta dias para se pronunciar sobre os resultados obtidos, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto nº 7.574/2011.

Posteriormente aos procedimentos, que sejam devolvidos os autos ao CARF para prosseguimento do rito processual.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Gilson Macedo Rosenberg Filho