



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13811.003620/2008-63
ACÓRDÃO	3001-002.649 – 3ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de julho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	DOW BRASIL SUDESTE INDUSTRIAL LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 23/05/2008

**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. NÃO CONSTITUIÇÃO DO POSSÍVEL CRÉDITO.
ÔNUS DE PROVAR A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.**

Nos processos derivados de compensação/ressarcimento, a comprovação do direito creditório incumbe ao requerente a obrigação de municiar os autos todos os elementos de prova inerentes ao alegado, não sendo nula a decisão que nega o direito perquirido em razão de ausência de fundamentação probante. Também, no mesmo sentido, em razão do ônus da prova, não é nulo o despacho decisório que deixa de investigar a origem do crédito perseguido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala de Sessões, em 16 de julho de 2024.

Assinado Digitalmente

Wilson Antonio de Souza Correa – Relator

Assinado Digitalmente

Francisca Elizabeth Barreto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Luiz Felipe de Rezende Martins Sardinha, Celso Jose Ferreira de Oliveira (suplente convocado(a)), Wilson Antonio de Souza Correa, Larissa Cassia Favaro Boldrin, Daniel Moreno Castillo, Francisca Elizabeth Barreto (Presidente).

RELATÓRIO

Por bem relatado, adoto o Relatório elaborado pela unidade de origem, até seu julgamento, onde ele nos informa:

Relatório

Trata o presente processo de PEDIDO DE RESTITUIÇÃO em formulário, relativo à COFINS, entregue em 23/05/2008, no valor de R\$ 45.210,24, referente ao PA maio/2003, no qual a contribuinte pretende crédito da inclusão indevida na base de cálculo da Cofins do ICMS, porque imposto não configura faturamento.

A matéria foi objeto de decisão proferida por intermédio do Despacho Decisório, no qual a Delegacia de origem sumariamente indeferiu o pedido de restituição, porque esse somente poderia ser efetuado mediante formulário aprovado se comprovada a impossibilidade ou a ocorrência de falha na utilização do programa, ressalvado ainda que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins não tem amparo legal.

Negado o pedido e sendo cientificado o requerente, foi apresentada manifestação de inconformidade onde se alega, em resumo, que:

1) o crédito a ser restituído decorre do recolhimento da contribuição com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo. Na base de cálculo das contribuições (PIS/Cofins), no regime não-cumulativo, não se inclui o ICMS por ela pago. O valor do imposto não possui natureza de faturamento, sendo mera despesa. Desta forma, a lei não poderia chamar de receita aquilo que não é. Ressalta a posição do STF sobre a matéria;

2) Discorre sobre busca da verdade material e enriquecimento ilícito do Estado, afirmando que o motivo pelo qual não apresentou seu pedido através do programa PER/DCOMP está cabalmente comprovado, qual seja: o programa em referência exige a vinculação a um DARF pago, porém o crédito solicitado decorre de crédito a maior por meio de Declaração de Compensação realizada em formulário, provada a ocorrência de motivos objetivos de não utilização do programa eletrônico.

É o relatório.

Em 08/02/2017, a 2ª Turma da DRJ/JFA realizou sessão, onde foi pautado o processo em testilha, sendo que através do Acórdão sob nº 09-61.757 exarou sua decisão, por unanimidade, reconheceu em parte a manifestação de inconformidade, considerando o formulado pedido em papel e não reconheceu o direito creditório pleiteado, por inexistente.

Por meio do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem a Recorrente, em 27/03/2017 teve ciência do acórdão supramencionado, pela abertura dos arquivos digitais correspondentes no link Processo Digital, no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC), através da opção Consulta Comunicados/Intimações ou Consulta Processos.

Em 26/04/2017 aviou o presente remédio recursivo, em síntese, alegando:

- Tempestividade
- Fatos
- Da preliminar:
- Da decisão definitiva proferida pelo stf no julgamento do RE nº 574.706 com repercussão geral reconhecida;
- MÉRITO:
- Da vinculação do per/dcomp à processo administrativo fiscal nº 13502.000427/00-36;
- Da atividade exercida pela recorrente e o regime de recolhimento das contribuições para o pis e a COFINS;
- A não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;
- Dos princípios que devem reger o processo administrativo fiscal dos princípios que devem reger o processo administrativo fiscal;
- Do enriquecimento ilícito do estado;
- Pedido de reconhecimento do seu direito creditório.

Chegando ao CARF o processo foi sorteado eletronicamente, sendo a mim distribuído.

Eis, em síntese apertada o relato dos fatos.

Passo ao julgamento.

VOTO

Conselheiro Wilson Antonio de Souza Correa, Relator.

1. Da competência para julgamento do feito

Em virtude da norma contida no artigo 65 do Anexo da Portaria MF nº 1634, de 21 de dezembro de 2023, a qual aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, este colegiado é competente para apreciar este feito.

2. Do conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos formais de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento. Posto isso, passo à análise das razões recursais.

3. DA DECISÃO DA DRJ

Reconheceu a unidade de origem que o programa de PER/COMP da RFB não oferece opção para restituição de pagamento indevido ou a maior cujo crédito seja proveniente de compensação em formulário, onde ele (programa) exige a vinculação a um DARF pago.

Por essa razão, reconheceu a forma escrita elaborada pela Recorrente para pleitear o direito creditório.

Entretanto, a compensação que extinguiria o débito de COFINS do PA 05/2003, onde estaria incluída parcela paga a maior, em função da inclusão na base de cálculo da contribuição do ICMS, não foi homologada em consequência da decisão definitiva no âmbito administrativo, através do Acórdão nº 9303-00.626, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Sessão de 02/02/2010, que deu provimento ao Recurso Especial do Procurador da PGFN, proferido no processo administrativo fiscal 13502.000427/00-36.

Nessa razão, concluiu que, inexistindo a extinção por compensação do débito da COFINS do PA 05/2003, não há pagamento indevido ou maior que pudesse gerar o direito creditório pretendido pela contribuinte.

Eis, a razão do presente remédio recursivo.

4. PRELIMINAR

4.1. Da decisão definitiva proferida pelo STF no julgamento do re nº 574.706 com repercussão geral reconhecida.

No desenvolver de sua tese defensiva tenta, por via oblíqua, reabrir a discussão nos autos do PAT sob nº 13502.000427/00-36, o que impossível, haja vista que aqui não é o caminho processual adequado.

Traz à baila a decisão do STF no RE nº 574.706, onde se declarou que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS/COFINS, e seu efeito vinculante por ser questão de repercussão geral.

Ora, ineficaz é a tese nesse momento, pois o que se trata no presente é o pedido de compensação, mas, não se pode der o que se persegue, pois EM UM OUTRO PAF não foi reconhecido o crédito que se perquiri.

O momento de reconhecer o crédito foi no PAT sob nº 13502.000427/00-36. Com lá não o reconheceu, não há o que compensar.

Rejeito a preliminar.

5. MÉRITO.

5.1. Da vinculação do per/dcomp à processo administrativo fiscal nº 13502.000427/00-36.

Para justificar a possível vinculação entre os processos administrativos em destaque, alega que a compensação é modalidade de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, principalmente, por ser a DCOMP confissão irretratável de dívida.

Diz ainda que, em que pese ser discutido em processo autônomo a certeza e liquidez dos créditos para compensar, esse mesmo crédito não pode ser glosado nos autos do processo que se julga agora.

Entretanto, não se pode olvidar que os processos são autônomos, embora o presente necessite de resultado daquele para se reconhecer o direito a compensação, mas se torna impossível quando não se tem naquele o reconhecimento da liquidez e da certeza do crédito a compensar.

O que se pretende no presente caso é a compensação mediante o aproveitamento de tributo, daquilo que não tem definição definitiva. Exatamente, o que não permite o CTN. Confira:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Em que pese o fato de o caso e tela se pretende o reconhecimento a liquidez e a certeza do crédito em PAF, o que a Recorrente pretende é exatamente isso, a compensação de um crédito inexistente.

Sem razão a Recorrente.

5.2. Da atividade exercida pela Recorrente e do regime de recolhimento das contribuições para o PIS e a COFINS

Apresenta o objeto social da Recorrente, onde, segundo ela, poder-se-á concluir que o resultado do exercício de suas atividades (seja o seu faturamento, seja a sua receita) está sujeito a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que, após a vigência das Leis nº. 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, em 01/12/2002 e 01/02/2004, ela passou a apurar o PIS, e depois a COFINS, sob o regime não-cumulativo.

Diz que o acórdão guerreado se apropria de fundamento de que o crédito em questão se refere ao recolhimento de PIS/COFINS sob o regime cumulativo. Entretanto, isso não se observa.

Diz que independe se o regime é cumulativo ou não, pois em ambos os casos pretende a inclusão do ICMS na base de cálculo.

Alega que recolheu as contribuições em tela incluindo-as nas suas bases de cálculo a parcela do ICMS incidente nas operações que se traduziram nas suas receitas. Que recolheu PIS e COFINS a maior em razão da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prossegue seus argumentos, alegando ser inconstitucional a inserção na “base de cálculo” do PIS e da COFINS do valor relativo ao ICMS incidente sobre as atividades. Entendimento do STF no julga do RE nº 574.706, acarretando, o direito da Recorrente de ter o seu crédito restituído.

5.3. Da não inclusão do ICMS na base de cálculo do PI e da COFINS; Do enriquecimento ilícito do estado.

Com perfulgente argumento jurídico doutrinário ou jurisprudencial desenvolveu sua tese, onde justifica o requerido, mas que não há de ser reconhecido por carecer de provas que demonstrem a ocorrência dos fatos que substanciaria seu pleito.

Não se pode olvidar que nos processos derivados de pedidos de compensação / ressarcimento, a comprovação do direito creditório incumbe ao postulante, que deve carrear aos autos os elementos probatórios correspondentes, não sendo passível de nulidade as decisões que não homologuem a compensação.

Assim, majoritariamente pensa a Corte. Confira algumas ementas:

Número do processo: 10865.901297/2014-10

Turma: Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção

Câmara: Quarta Câmara

Seção: Terceira Seção De Julgamento

Data da sessão: Mon Jun 17 00:00:00 UTC 2019

Data da publicação: Wed Jul 24 00:00:00 UTC 2019

Ementa: Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/10/2010 a 31/10/2010 PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Nos processos derivados de pedidos de compensação/ressarcimento, a comprovação do direito creditório incumbe ao postulante, que deve carrear aos autos os elementos probatórios correspondentes, não sendo nulo, por ausência de fundamentação, o despacho decisório que deixar de homologar a compensação por não haver investigado a origem do crédito pleiteado.

Número da decisão: 3401-006.270

Decisão: Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. (assinado digitalmente) Rosaldo Trevisan - Presidente e Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Lázaro Antonio Souza Soares, Fernanda

Vieira Kotzias, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco e Rosaldo Trevisan.

Nome do relator: ROSALDO TREVISAN

Número do processo: 10865.902855/2015-45

Turma: Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção

Câmara: Quarta Câmara

Seção: Terceira Seção De Julgamento

Data da sessão: Mon Jun 17 00:00:00 UTC 2019

Data da publicação: Wed Jul 24 00:00:00 UTC 2019

Ementa: Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep Período de apuração: 01/03/2011 a 31/03/2011 PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Nos processos derivados de pedidos de compensação/ressarcimento, a comprovação do direito creditório incumbe ao postulante, que deve carrear aos autos os elementos probatórios correspondentes, não sendo nulo, por ausência de fundamentação, o despacho decisório que deixar de homologar a compensação por não haver investigado a origem do crédito pleiteado.

Número da decisão: 3401-006.280

Decisão: Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. (assinado digitalmente) Rosaldo Trevisan - Presidente e Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Lázaro Antonio Souza Soares, Fernanda Vieira Kotzias, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco e Rosaldo Trevisan.

Nome do relator: ROSALDO TREVISAN

Número do processo: 12448.928177/2011-63

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Terceira Seção

Câmara: Segunda Câmara

Seção: Terceira Seção De Julgamento

Data da sessão: Thu Sep 23 00:00:00 UTC 2021

Data da publicação: Fri Oct 22 00:00:00 UTC 2021

Ementa: ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2006 PEDIDO DE RESSARCIMENTO. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Inexiste norma legal que preveja a homologação tácita do Pedido de Ressarcimento no prazo de 5 anos. O artigo 74, § 5º da Lei nº

9.430/1996 cuida de prazo para homologação de declaração de compensação, não podendo ser aplicável por analogia para a apreciação de pedido de restituição ou ressarcimento por ausência de semelhança entre os institutos. RESSARCIMENTO DE CRÉDITOS. COMPROVAÇÃO DA LEGITIMIDADE. Não apresentada, à fiscalização, a documentação hábil e idônea e os demais elementos necessários à verificação da legitimidade do direito creditório alegado é de se indeferir o pleito de ressarcimento. RESSARCIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. O direito à restituição/ressarcimento/compensação deve ser comprovado pelo contribuinte, porque é seu o ônus. Na ausência da prova, em vista dos requisitos de certeza e liquidez, conforme art. 170 do CTN, o pedido deve ser negado. DECADÊNCIA. DIREITO DE EFETUAR A GLOSA DE CRÉDITOS. O prazo decadencial do direito de lançar tributo não rege os institutos da compensação e do ressarcimento e não é apto a obstaculizar o direito de averiguar a liquidez e a certeza do crédito do sujeito passivo e a obstruir a glosa de créditos indevidos tomados pela contribuinte.

Número da decisão: 3201-009.279

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. (documento assinado digitalmente) Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente (documento assinado digitalmente) Leonardo Vinicius Toledo de Andrade - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Hécio Lafeté Reis, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Mara Cristina Sifuentes, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Arnaldo Diefenthaler Dornelles, Laércio Cruz Uliana Junior, Márcio Robson Costa, Paulo Roberto Duarte Moreira (Presidente).

Nome do relator: LEONARDO VINICIUS TOLEDO DE ANDRADE

Número do processo: 10882.904108/2012-91

Turma: Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Terceira Seção

Câmara: Terceira Câmara

Seção: Terceira Seção De Julgamento

Data da sessão: Wed Feb 24 00:00:00 UTC 2021

Data da publicação: Wed Mar 17 00:00:00 UTC 2021

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI) Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007 PER/DCOMP. DIREITO CREDITÓRIO. AUSÊNCIA DE SALDO. Detalha a composição do saldo de períodos anteriores apurada pelo sistema, que não há qualquer valor disponível em janeiro/2008 para futuras deduções de débitos (coluna SCAN - Saldo Credor de Período Anterior Não-Ressarcível), decorrente dos vários lançamentos a débito e a crédito de períodos anteriores. PER/DCOMP. DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA. LIQUIDEZ E CERTEZA. Os valores recolhidos a maior ou indevidamente somente são passíveis de (restituição/compensação caso os indébitos reúnam as

características de liquidez e certeza. Em se tratando de pedido de compensação, o contribuinte possui o ônus de prova do seu direito aos créditos pleiteados. PER/DCOMP. DIREITO CREDITÓRIO. QUALIDADE DA PROVA. A finalidade da prova é a formação da convicção do julgador quanto à existência dos fatos. É relevante que os fatos estejam provados a fim de que o julgador possa estar convencido da sua ocorrência. PER/DCOMP. DIREITO CREDITÓRIO. VERDADE MATERIAL.

Número da decisão: 3302-010.511

Decisão: Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhes aplicado o decidido no Acórdão nº 3302-010.505, de 24 de fevereiro de 2021, prolatado no julgamento do processo 10882.900829/2013-11, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado. (assinado digitalmente) Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente Redator Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Vinicius Guimaraes, Walker Araújo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Carlos Alberto da Silva Esteves (suplente convocado), Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green, Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Nome do relator: GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Demonstração da certeza e liquidez do crédito tributário.

A comprovação da existência de direito creditório líquido e certo é inerente à certificação da legítima e correta compensação, conforme se depreende do art. 170 da Lei nº 5.172, de 26 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN):

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.

O CTN dá à lei ordinária e, nos casos em que ela atribuir à autoridade administrativa, a prerrogativa de estabelecer condições para que as compensações possam realizarem-se.

Desta forma, o inciso VII, §3º do art. 74 da Lei 9.430/1996:

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.

(...)

§ 3o Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1o:

(...)

VII - o crédito objeto de pedido de restituição ou ressarcimento e o crédito informado em declaração de compensação cuja confirmação de liquidez e certeza esteja sob procedimento fiscal;

Portanto, como dizem os latinos, 'na clareza da lei cessa sua interpretação'. Assim, regra para compensação de créditos tributários por apresentação de Declaração de Compensação (DCOMP), HÁ IMPERIOSA NECESSIDADE de demonstração da certeza e liquidez.

Assim, seguindo essa seara, no caso em testilha, a demonstração da certeza e liquidez do crédito tributário que se almeja compensar é condição 'sine qua non' para que a Autoridade Fiscal possa apurar a existência do crédito, sua extensão e, por óbvio, a certeza e liquidez que o torna exigível.

E, no caso carece de elementos probatórios que evidenciem o direito pleiteado pela Recorrente, não há outro caminho que não seja o seu não reconhecimento

5.4. Dos princípios que devem reger o processo administrativo fiscal.

Traz em sua peça recursiva diversos princípios que orientam o processo administrativo tributário, para o fim de estabelecer diretriz de atuação segura, transparente e motivada que deve delinear o PAF.

Nessa seara, requer a observância de todos eles para reformar o Acórdão sob nº 09-61.737 da unidade de origem.

Entretanto, não vejo razão, pois se houvesse a reforma do supramencionado acórdão estar-se-ia agredindo o princípio da legalidade, pois, como alhures dito, com fulcro no CTN, não se pode ressarcir/compensar um crédito onde não se tem a certeza e a liquidez.

5.5. Enriquecimento ilícito do estado

Todo o recurso tem como matéria de fundo a compensação de um crédito não reconhecido por força de decisão em processo administrativo, que não esse. Entretanto, a Recorrente quer o reconhecimento de restituição.

A seara eleita nesse momento é indevida, pois se na via adequada não houve o reconhecimento da certeza e liquidez do crédito, respeitando a autonomia dos processos, não pode esse reconhecer aquilo que foi negado naquele, sob pena de afronta de, se não todos, mas pelo menos quase todos os princípios constitucionais.

Não desconsiderando toda tese levantada pela Recorrente, mas o que é enriquecimento ilícito, se não a constituição de auferir vantagens de forma ilegal?

No presente caso o estado não está auferindo vantagens de forma ilegal, pois houve um processo administrativo, com observância de todos os princípios, onde não se reconheceu a liquidez e certeza de um crédito pleiteado.

Todavia, nessa seara é que não se pode ressarcir aquilo que não foi conhecido como direito da Recorrente.

Portanto, não houve enriquecimento ilícito da Fazenda Nacional, porque não houve reconhecimento de crédito ressarcível NUM OUTRO PROCESSO.

Carece de direito a Recorrente.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso aviado, rejeitando a preliminar suscitada e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Wilson Antonio de Souza Correa