



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

Processo n° 13888.901091/2014-10
Recurso n° 1 Voluntário
Acórdão n° 1402-003.053 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria COMPENSAÇÃO
Recorrente AÇOVIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESTRUTURAS METÁLICAS E PRÉ-MOLDADOS DE CONCRETO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e 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, rejeitar a preliminar de nulidade do Acórdão a quo e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edgar Bragança Bazhuni, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (presidente).

Relatório

A origem do litígio aqui presente remonta ao Despacho Decisório exarado em relação ao pedido original da contribuinte expresso em PER/DCOMP apresentado perante a Autoridade Tributária de sua jurisdição e no qual buscou ver reconhecido seu direito creditório e consequente compensação com débitos de sua responsabilidade.

O requerido foi indeferido sob entendimento do DD de que *"a partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos relacionados, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP"*.

Irresignada, a contribuinte interpôs manifestação de inconformidade que, apreciada em 1ª Instância pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (fls. nos autos), foi julgada improcedente, não reconhecendo o direito creditório pleiteado.

Discordando do r. *decisum*, a contribuinte interpôs recurso voluntário tempestivo no qual reafirma a correção de seu procedimento e requer a reforma da decisão de 1º Piso de forma a reconhecer o direito creditório buscado e homologar a compensação requerida, aduzindo, em síntese, os seguintes argumentos:

PRELIMINARMENTE

1. que, *"a r. decisão primitiva sequer detalhou ou especificou por quais razões o contribuinte ora recorrente não possuiria o crédito que alega possuir, eis que haviam vários outros elementos que poderiam, e deveriam, ser analisados, e se os fossem, certamente permitiriam inferir-se de modo diverso, análise esta que era condição sine qua non para alicerçar as razões de decidir do despacho decisório"*;
2. que, *"em outras palavras, foi dificultado ao recorrente repelir, amplamente, a decisão do julgador de primeiro grau, o que é direito constitucionalmente assegurado. A falta destes elementos concretos, fundamentos embasados na legislação, e de dados que pudessem permitir ao contribuinte contra razoar o r. despacho rescisório implicam na anulação do mesmo, pois ao não garantir o amplo direito de defesa à recorrente, o r. despacho decisório avilta também, conseqüentemente, o princípio do devido processo legal"*;
3. que, *"na falta de elementos que confirmam ao contribuinte chance de defender-se amplamente da r. decisão do órgão fiscal originário, o presente processo administrativo não terá seu deslinde normal, razão pela contrariou-se o consagrado devido processo legal"*;
4. que, *"ante à ausência de fundamentos legais imprescindíveis, desde o momento em que foi exarado o r. despacho decisório o curso deste processo administrativo foi atingido por uma nulidade, o que somente poderá ser sanada"*

através da integral anulação do processo administrativo desde o início, inclusive do V. Acórdão recorrido que manteve o despacho decisório”;

5. que, *“requer-se que estes Ínclitos Julgadores em sede prelibatória anulem este processo administrativo desde o r. despacho decisório de origem, determinando o retorno dos autos à origem para que seja preferida decisão compatível com os princípios que norteiam os processos administrativos”.*

NO MÉRITO

Depois de fazer breve histórico da COFINS e do PIS, aponta para decisão prolatada pelo STF acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo naquelas contribuições.

Literalmente:

“Recentemente a matéria foi definitivamente arraigada pelo C. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785-2 MG, onde o contribuinte se consagrou vencedor e foi definitivamente julgada a questão no sentido de que se deve excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Oportuno ressaltar os ensinamentos do Min. Marco Aurélio que nos autos do aludido julgamento cravou:

(...)

Assim, somente se pode concluir que o valor do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS e do PIS, por não ser incluído no conceito de "faturamento", mas mero "ingresso" na escrituração contábil das empresas, razão pela qual por todas as razões aqui expendidas, bem assim pelo quanto retro sustentado, é que se faz de solar clareza a necessidade de reformar a r. decisão guerreada e homologar as compensações levadas a termo através das PERDCOMPs cotejadas.

Reitere-se, porque se cuida de decisão recente e nova no mundo tributário, posto que o Supremo Tribunal Federal decidiu definitivamente que o ICMS não entra na base de cálculo da Cofins e do PIS (Recurso Extraordinário nº 240.785-2 MG), de modo que a inclusão do ICMS na base de cálculo das Contribuições ao PIS e à Cofins é ilegítima e inconstitucional, pois fere o princípio da estrita legalidade previsto no artigo 150, I da CF/88 e 97 do CTN, o artigo 195, I, “b” da CF/88 e o art. 110 do CTN, porque receita e faturamento são conceitos de direito privado que não podem ser alterados, pois a Constituição Federal os utilizou expressamente para definir competência tributária, pelo que resta evidente o crédito da Recorrente e se requer a reforma do V. Acórdão neste particular para que sejam definitivamente homologadas as compensações levadas a termo pelo contribuinte recorrente”.

DO DIREITO DO CONTRIBUINTE À COMPENSAÇÃO

Prossegue argumentando ter direito à compensação em face da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS e que, por este motivo, *“caberia à Autoridade recorrida verificar o crédito do Recorrente, para aferir pela sua procedência ou não, sendo certo que se assim o fizesse a autoridade administrativa singular, certamente homologaria a compensação em*

apreço, sendo que de tudo quanto exposto, somente se pode inferir que o V. Acórdão em questão deve mesmo ser reformado, o que se requer adiante”.

DO PEDIDO

E conclui requerendo “*o regular processamento, ulterior apreciação, concessão de efeito suspensivo e **PROVIMENTO TOTAL** ao presente **RECURSO VOLUNTÁRIO**, para o fim de reformar o V. Acórdão exarado pela instância a quo, para que, preliminarmente, seja reformado o V. Acórdão recorrido para que seja anulado o vertente processo administrativo, nos moldes da fundamentação supra, tendo em vista a ofensa ao princípio do contraditório e do devido processo legal, e para que, no seu mérito, seja reformado o V. Acórdão recorrido para que sejam homologadas as almejadas compensações e finalmente reconhecido o crédito da Recorrente”.*

É o relatório do essencial, em apertada síntese.

Voto

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º, 2º e 3º, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido no **Acórdão nº 1402-003.018, de 11/04/2018**, proferido no julgamento do **Processo nº 13888.901078/2014-61**, paradigma ao qual o presente processo fica vinculado.

Transcreve-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (**Acórdão nº 1402-003.018**):

"O Recurso Voluntário é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que o recebo e dele conheço.

Afasto, de plano, a preliminar de nulidade do acórdão a quo, tendo em vista não presentes quaisquer fatos que pudessem levar a esta decisão.

De fato, o que se observa é a irrisignação da recorrente em razão da decisão de 1º Piso lhe ter sido desfavorável e não porque tenha o aresto qualquer ponto ou item que afronte a legislação ou atos processuais e possa levar à sua anulação.

Diga-se, o acórdão foi prolatado em estrita obediência às normas legais e regimentais, foram apreciadas todas as provas e

documentos acostados aos autos e analisada a manifestação da contribuinte.

Se o decidido lhe foi desfavorável não significa nulidade. Só entendimento da Turma Julgadora.

Preliminar rejeitada.

Passo ao mérito.

Sabidamente, o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito (Código do Processo Civil – CPC/1973, art. 333, I; atual CPC, artigo 373, I).

No caso de pedidos de ressarcimento ou restituição, o interessado deve trazer provas de que possui direito líquido e certo contra a Fazenda Pública e assim deve ser repetido tributariamente para recompor o patrimônio subtraído por pagamento de um tributo de forma indevida.

Não o fazendo, suas alegações ficam meramente neste terreno e seu direito se perde.

Em outro dizer, a existência de crédito líquido e certo é requisito legal para a concessão da compensação (CTN, art. 170). Pelo princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e pela vinculação da função pública, é inadmissível que a RFB aceite a extinção do tributo por compensação com crédito que não seja comprovadamente certo nem possa ser quantificado.

Concretamente, se o DARF indicado como crédito foi utilizado para pagamento de um tributo declarado pelo próprio contribuinte, a decisão da RFB de indeferir o pedido de restituição ou de não homologar a compensação está correta. No caso, o DARF foi utilizado para pagamento do tributo confessado na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), informação da lavra da própria contribuinte.

É certo que este quadro pode ser alterado.

*Mas isso exige **prova concreta** por parte da contribuinte, afinal é ela a autora e para modificar o ato administrativo cabe-lhe demonstrar onde está o erro no valor declarado ou nos cálculos efetuados pela RFB.*

Não o fazendo – como não o fez -, o indeferimento permanece.

Acresça-se que, concretamente, a contribuinte não acostou um documento sequer, nem escrituração contábil ou fiscal que possa mostrar o direito que alega ter.

Sua linha de argumento limita-se em afirmar que a Suprema Corte (em decisão ainda sem efeito erga omnes) teria decidido pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais (PIS e COFINS), sem sequer quantificar o reflexo disso em seus demonstrativos contábeis.

Ou seja, meras alegações sem que tenham vindo aos autos quaisquer provas, cálculos ou decisão que lhe aproveitasse.

Sabidamente, a base de cálculo das Contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS é o faturamento. E que só pode ser mudado por via legislativa ou decisão judicial, esta que aproveite individualmente a recorrente ou que seja prolatada com efeito erga omnes.

Não há, no caso, nem um nem outro.

Desse modo, especificamente quanto ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, somente podem ser excluídos da receita (base de cálculo do PIS e da COFINS) o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, no regime cumulativo, e a receita decorrente da transferência onerosa a outros contribuintes do ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação em ambos os regimes.

Admitir qualquer outra exclusão equivaleria a afastar a aplicação da lei, o que é vedado na esfera administrativa. Portanto, essa discussão é estéril em sede de julgamento administrativo.

Finalmente, como bem observado pela decisão de 1º Piso, a recorrente transmitiu inúmeras declarações de compensação informando como crédito passível de compensação um único DARF e nos pedidos de compensação formalizados pela recorrente, os débitos que intenta compensar ultrapassam – e muito - o valor desse suposto crédito.

Por fim, não se olvide, só se permite compensação com a utilização de créditos dotados de liquidez e certeza (art. 170, do 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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

E valores incomprovados não possuem estes requisitos.

A jurisprudência administrativa é pacífica em torno do tema:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

A prova do indébito tributário, fato jurídico a dar fundamento ao direito de repetição ou à compensação, compete ao sujeito passivo que teria efetuado o

Processo n.º 13888.901091/2014-10
Acórdão n.º **1402-003.053**

S1-C4T2
Fl. 8

pagamento indevido ou maior que o devido. (Acórdão n.º 103-23579, sessão de 18/09/2008)

*Por todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida.'*

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 47, do Anexo II, do RICARF, rejeito a preliminar de nulidade do Acórdão *a quo* e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário mantendo a decisão recorrida.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone