



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

Processo nº 16095.000705/2009-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-005.661 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de janeiro de 2019
Matéria PIS/Pasep
Recorrente TRANSPORTADORA TEGON VALENTI S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/03/2004

PIS/PASEP. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. EMPRESAS OPTANTES PELO REGIME DE LUCRO REAL. APURAÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Por ser a recorrente optante do Lucro Real, deveria ela ter demonstrado e documentado a apuração do valor dos créditos oriundos da não cumulatividade da Contribuição ao PIS/PASEP, utilizados ou não, efetivado a proporcionalização de tais créditos com o valor do ICMS, para chegar ao valor da restituição pleiteada.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA DE OFÍCIO.

Correta a formalização de ofício, mediante auto de infração e com a penalidade específica de 75%, de tributo não espontaneamente confessado e não recolhido.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Marco Antônio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen que davam provimento ao recurso voluntário. Designado para o voto vencedor o Conselheiro Ari Vendramini.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Valcir Gassen - Relator.

Ari Vendramini - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Winderley Moraes Pereira, Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior, Marco Antonio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 175 a 183) interposto pelo Contribuinte, em 5 de maio de 2010, contra decisão consubstanciada no Acórdão nº 05-28.354 (fls. 160 a 169), de 15 de março de 2010, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas (SP) – DRJ/CPS – que decidiu, por unanimidade de votos julgar procedente em parte a Impugnação (fls. 58 a 76) apresentada pelo Contribuinte.

Visando a elucidação do caso e a economia processual adoto e cito o relatório do referido Acórdão:

Trata-se de impugnação ao auto de infração de fls. 45/48 relativo a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), lavrado contra a contribuinte acima citada, formalizando crédito tributário no montante de R\$ 889.785,55, incluídos principal, juros de mora calculados até 30/11/2009 e multa de ofício no percentual de 150%.

No TERMO DE VERIFICAÇÃO E CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES de fls. 42/44, a autoridade autuante assim contextualiza os fatos que motivaram o lançamento:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, durante o procedimento de Revisão de Declaração de Informações Econômico Fiscais das Pessoas Jurídicas (DIPJ), relativo ao ano-calendário 2004, exercício 2005, foram constatadas as seguintes irregularidades:

Matéria Tributável - PIS:

1) Dos Fatos

Por meio do Termo de Intimação Fiscal, lavrado em 01/12/2008, do qual o Contribuinte tomou ciência em 02/12/2008, solicitou-se esclarecimentos acerca dos valores informados em DIPJ, ano-calendário 2004, exercício 2005, referentes ao PIS, os quais estavam em montantes superiores aos informados em DCTF.

Tendo o contribuinte apresentado o Livro Razão, e tendo sido feitas as pesquisas nos sistemas da RFB, verificou-se que a empresa apresentou, inicialmente, em 14/05/2004, para o 1º trimestre/2004, a DCTF com recibo nº 01.65.87. 85.15-85, apontando os valores dos débitos apurados corretamente; valores estes declarados também na DIPJ e na DACT.

Porém, em 04/06/2006, o contribuinte apresentou uma DCTF Retificadora, com recibo nº 37.52.56.92.23-7, zerando os débitos apurados para o PIS do 1º trimestre/2004.

Verificou-se, também, que não houve recolhimento destes valores.

Diante dos fatos foi elaborada o Demonstrativo de Apuração - PIS, em anexo ao presente Termo.

Com base no presente Demonstrativo, observa-se que houve falta de declaração/recolhimento do PIS, nos meses de janeiro a março de 2004 no montante apresentado no quadro 1 abaixo, esquivando-se, assim, o contribuinte, de saldar sua dívida para com o fisco.

Quadro I

<i>Período</i>	<i>Pis Não -Cumulativo</i>
<i>Janeiro/2004</i>	<i>R\$ 92.549,38</i>
<i>Fevereiro/2004</i>	<i>R\$ 74.458,85</i>
<i>Março/2004</i>	<i>R\$ 106.817,35</i>
<i>TOTAL</i>	<i>R\$ 273.825,58</i>

2) DO DIREITO E ENQUADRAMENTO LEGAL

Insuficiência de declaração/pagamento.

Dispõem sobre esta matéria os seguintes dispositivos: artigos 1º, 2º, 4º e 10º da Lei nº 10.637/2002.

3) DA MULTA QUALIFICADA

A multa foi qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, inciso I, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/1996, com nova redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007, conforme abaixo: (...)

4) CONCLUSÃO

Pelo exposto, estamos nesta data cobrando o PIS e a COFINS devidos, em virtude dos fatos anteriormente apresentados, conforme Demonstrativo de Falta de Declaração/Recolhimento em anexo. (...)

Cientificada da autuação em 05/01/2010 (fl. 50), a autuada protocolou a impugnação em 03/02/2010 (fls. 52/70), e documentação nas folhas seguintes, alegando em síntese e fundamentalmente que:

DO DIREITO - Da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS

O auto de infração não pode lograr êxito, uma vez que foram inconstitucionalmente incluídos na base de cálculo do PIS lançados os valores percebidos pela empresa que se classificam como recuperação de ICMS decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços que não podem ser confundidos com faturamento ou receita bruta da empresa, o que fulmina a liquidez e certeza do débito lançado. (...)

Ora, como bem decidiu o Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, em decisão de lavra do Eminentíssimo julgador e jurista Leandro Paulsen “nem tudo o que contabilmente é considerado receita pode sê-lo para fins de tributação. Isso porque a receita, na forma concessiva de competência tributária, denota uma revelação de riqueza. É preciso considerar a receita sob a perspectiva do princípio da capacidade contributiva”. (...)

Pelo exposto, resta clara a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS referente às vendas de mercadorias e aos serviços prestados pela empresa na base de cálculo do PIS, o que macula o Auto de Infração ora impugnado, tendo em vista que, na apuração dos valores cobrados, foram incluídos na base de cálculo do PIS os valores relativos ao ICMS.

Tal fato se dá em razão da inexistência de legislação que preveja a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, de modo que, enquanto não houver um pronunciamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal, a contribuinte não pode agir de forma diversa.

INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA EM FACE DO EQUÍVOCO NO PREENCHIMENTO DA DCTF RETIFICADORA - Ausência de dolo. Crédito tributário efetivamente declarado. (..)

A penalidade imposta, todavia, não encontra amparo legal, porquanto a conduta do contribuinte não se amolda à conduta típica que autorizaria a aplicação da sanção em questão, uma vez que a multa agravada prevista no art. 44, I, parágrafo 1º, aplicável às condutas tipificadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, reclama para a sua incidência o agir DOLOSO do contribuinte, o que não se configura presente na situação fática que originou a lavratura do AI ora impugnado. (..)

A contribuinte se viu na necessidade de retificar a DCTF original (..), em razão de que os códigos da Receita dos DARF que quitariam alguns débitos de PIS, informados na DCTF original (...) não correspondiam aos Códigos de Receita efetivamente constantes dos DARF pagos. (..)

Na DCTF original constava que os débitos de PIS haviam sido quitados pelos pagamentos dos DARF com Códigos da Receita de nº 59 79, quando, na verdade, os DARF que quitaram os referidos débitos possuíam os Códigos da Receita nº 5952. (..)

No entanto, quando do manuseio do sistema que emite as DCTF da empresa, equivocadamente foram zerados os valores dos créditos tributários de PIS efetivamente devidos pela empresa - competências de janeiro, fevereiro e março de 2004. (..)

Ora, fosse a intenção da Recorrente sonegar tributos não estaria ela a declarar regularmente os seus tributos, como o fez inclusive com o PIS do 1º Trimestre/2 004.

Assim, (...) não decorreu de conduta dolosa ou de agir livre e consciente do contribuinte destinado a sonegar ou fraudar tributo.

AUSÊNCIA DE DOLO QUE FUNDAMENTE A CARACTERIZAÇÃO DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE - INAPLICABILIDADE DO ART. 44, I, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 9.430/1996 (...)

A par de não ter sido produzida qualquer prova do dolo, o que por si só nulifica e afasta a penalidade aplicada, os elementos constantes do Termo de Verificação lavrado pela fiscalização permitem concluir que o dolo referido nos dispositivos da Lei nº 4.502/1964 não está presente na conduta da empresa, não havendo razão para ser caracterizado seu ato como sonegação ou fraude perante a Fazenda Pública. (..)

Aliás, sequer de sonegação se poderia falar, uma vez que a despeito do equívoco involuntário cometido na DCTF Retificadora, o tributo em questão restou declarado ao fisco na DIPJ e na DACTON (..).

Ora, não é razoável supor que se o agir da Recorrente fosse doloso teria ela deixado de modificar os valores declarados via DIPJ e DACON/

INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA EM RAZÃO DA INDISCUTÍVEL IMPOSSIBILIDADE DE OCULTAR O CREDITO TRIBUTARIO DEVIDO (...)

Tal equívoco involuntária, todavia, consoante já se demonstrou, não produziu situação que possa ser equiparada ao ato de não declarar o tributo que restou zerado (...)

Dessa forma, é imperiosa a desconstituição do auto de infração aqui impugnado, na medida em que o agir da recorrente, culposos é verdade, não se enquadra em nenhuma das hipóteses que autorizariam a aplicação da penalidade isolada prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, com redação que lhe deu a Lei nº 11.488/2007.

Ao final, a contribuinte pediu que fosse recebida a impugnação e declarado nulo o auto de infração pelos fundamentos de fato e de direito acima expostos.

Assim, com a decisão da DRJ, o Contribuinte apresentou recurso com o intuito de reformar o referido Acórdão.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valcir Gassen - Relator

O Recurso Voluntário interposto em face da decisão consubstanciada no Acórdão nº 05-28.354 é tempestivo e atende os pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

O ora analisado Recurso Voluntário visa reformar decisão que possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/03/2004

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA.

O controle da constitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que fundamenta o lançamento. O julgamento administrativo é atividade que se limita a examinar a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

MULTA QUALIFICADA. CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DA AUTORIDADE LANÇADORA.

Incabível o lançamento de multa qualificada sem a demonstração das condutas típicas previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

LANÇAMENTOQ DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO E CONFISSÃO.
MULTA DE OFÍCIO.

Correta a formalização de ofício, mediante auto de infração e com a penalidade específica de 75%, de tributo não espontaneamente confessado e não recolhido.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A decisão ora recorrida firmou entendimento de que não cabe na esfera administrativa decidir sobre a) a alegada inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS; b) pela aplicabilidade da multa de ofício na porcentagem de 75% de acordo com o art. 44, I da Lei nº 9.430/96 (com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e, c) pela inaplicabilidade da multa qualificada em face do equívoco no preenchimento da DCTF retificadora, visto que a autoridade administrativa não demonstrou nos autos condutas típicas previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Em relação a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS, o Contribuinte reforça em seu recurso os argumentos já expostos quando da Impugnação acerca da inconstitucionalidade (fls. 178 e seguintes):

Em sede de Julgamento Administrativo, excetuando-se a questão da multa isolada, a Nobre Turma deixou de apreciar os demais argumentos apresentados pela Recorrente, sob a alegação de que *"O controle de constitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original reconhecer alegada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que fundamenta o lançamento."* (...).

Contudo, *data máxima vênia*, o referido entendimento apresenta-se equivocado, pois, quando da Impugnação Administrativa, em nenhum momento foi requerida a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais, tais inconsistências foram apontadas apenas a título de fundamento com a exclusiva finalidade de desconstituição do presente Auto de Infração.

(...)

Portanto, demonstrada a necessidade/possibilidade de apreciação do argumento de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, apresentado pela Recorrente em sede de impugnação, requer-se que este seja levado em consideração neste julgamento e, ao final, seja determinada a desconstituição do presente Auto de Infração.

Percebe-se que o Contribuinte afirma que não fundamentou a sua impugnação em inconstitucionalidade de normas, mas logo em seguida, de forma literal afirma que é necessário e possível a apreciação do argumento de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS.

Independentemente da questão da inconstitucionalidade, entendo correto a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS diante da decisão, em repercussão geral, do STF RE 574.706.

Neste sentido voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Valcir Gassen

Voto Vencedor

Ari Vendramini – Redator designado

Com o devido respeito ao bem elaborado e claro texto do Ilustre Relator Conselheiro Valcir Gassen, peço vênia para discordar em apenas um aspecto.

No meu entender, o fato de a empresa ter como regime de apuração o Lucro Real, como demonstra a DIPJ/2005, às fls. 16/21 dos autos digitais, traz como consequência uma particularidade quanto ao reconhecimento do direito creditório pleiteado.

Utilizo e repito os argumentos de minha lavra no Acórdão de nº 3301-005.000, onde me manifestei sobre o mesmo tema, para aqui os transcrever :

Em sede de repercussão geral, o STF assim ementou o RE Nº 574.706PR

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 do 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 o ICMS h'q de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a 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, par. 2º, inc. I, in fine, da LEI Nº 9.718/1998 excluiu da base de cálculo aquelas 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.

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Embargos de Declaração contra tal Acórdão. alegando, entre outras razões, a necessidade de que se defina a modulação dos efeitos da decisão, para que se estabeleça o momento em que tal decisão passou a produzir efeitos, se retroativamente ou apenas a partir de sua publicação.

Até o presente momento, não há julgamento desses Embargos, mas há que se

destacar que tais Embargos foram recebidos no efeito devolutivo e não suspensivo, o que significa que a decisão do STF tem aplicação imediata.

Diante desse quadro jurídico, deve a Administração Tributária reconhecer que os pagamentos da Contribuição ao PIS e a COFINS feitos com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo são considerados pagamentos indevidos e devem ser restituídos aos contribuintes.

Entretanto, para as empresas optantes pelo regime de tributação denominado

Lucro Real, como integrantes compulsórias da sistemática de não cumulatividade, surge a exceção a tal regra.

Como tal, estas empresa estão sujeitas ao sistema de apuração de créditos, calculados sobre o valor dos insumos adquiridos necessários para a obtenção da receita da atividade exercida pela empresa.

Tais créditos, em função da atipicidade da não cumulatividade estabelecida para as citadas contribuições, pois difere da não cumulatividade adotada para o IPI e para o ICMS, nesta se adota a sistemática de abatimento do imposto cobrado na aquisição dos insumos do valor dos impostos devidos nas saídas dos produtos/mercadorias, naquela se adota a instituição de créditos, criados por lei, calculados por alíquotas fixadas sobre o valor dos insumos e outras despesas consideradas necessárias, para serem abatidos dos valores das contribuições devidas sobre a receita total gerada por tais insumos.

Muitos doutrinadores têm se debruçado sobre a matéria para explicar, de forma didática tal sistema de não cumulatividade adotado para as contribuições. Por sua forma clara, citamos a definição trazida por FABIANA DEL PADRE TOMÉ :

" As Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 introduziram no ordenamento brasileiro um novo regime de apuração da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS, sendo denominado, pelo legislador ordinário como "não cumulativo". Esses veículos normativos autorizam que sejam descontados da base de cálculo, créditos calculados em relação a bens de revenda, insumos, energia elétrica, aluguéis, despesas financeiras, ativo imobilizado, edificações e devoluções de bens, especificando, no caso da COFINS, a possibilidade de creditamento relativo a despesas com armazenagem e frete de mercadoria na operação de venda dos bens para revenda e insumos, quando o ônus for suportado pelo vendedor. Ao disciplinar a forma pela qual o crédito será calculado, estipula técnica diversa daquela aplicada ao IPI e ao ICMS. Não prescreve a compensação dos valores incidentes nas etapas anteriores com aqueles devidos nas operações subsequentes. Diferentemente, determina que o

contribuinte, após apurar o valor da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS, aplicando alíquotas de 1,65% e de 7,6%, respectivamente, desconte, do montante obtido, crédito correspondente à aplicação das mesmas alíquotas sobre o valor de determinados bens, serviços e despesas adquiridos e incorridos no mês.

.....
A não cumulatividade objetiva que cada agente da cadeia de industrialização ou serviço somente recolha o tributo sobre o valor que a ela adicionou. A técnica de apuração da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS, imposta pelas Lei nº 10.637/02 e 10.833/03, nada tem de não cumulativa, pois em virtude das limitações ao crédito prevê, parte do tributo devido incidirá "em cascata". Tem-se, portanto, regra instituidora de abatimento ou regra de direito ao crédito, porém que não se identifica com a figura da não

cumulatividade. A forma de cálculo dos créditos relativos à contribuição ao PIS/PASEP e COFINS também é diversa daquela prescrita constitucionalmente à apuração dos créditos de IPI e ICMS. Enquanto nesses impostos há determinados, pelo Texto Maior, de que seja compensado com o quantum do tributo devido o montante incidente nas operações anteriores.

(modalidade de compensação "imposto sobre imposto"), a sistemática da creditamento das citadas contribuições não exige a identificação do tributo cobrado na etapa precedente. Determina que seja o crédito aferido mediante o emprego de uma alíquota previamente fixada, aplicada sobre o valor do bem, serviço ou despesa geradora do crédito. A sistemática de abatimento adotada e a do chamado "crédito financeiro", posto que não vincula o direito ao crédito à saída da mercadoria ou serviço no exercício da atividade do contribuinte. Ao contrário, as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 autorizam, expressamente, a dedução de créditos relativos a despesas consideradas custos indiretos, tais como aquelas decorrentes de empréstimos, financiamentos, aluguéis, dentre outros.

(Tome', Fabiana del Padre, Natureza Jurídica da "Não Cumulatividade" da Contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS :Consequencias e Aplicabilidade, in PISCOFINS QUESTÕES ATUAIS E POLÊMICAS, PAGS. 544/554)

Nesse diapasão, deve-se ter em conta, quando se trata de empresas optantes do Lucro Real, duas particularidades para que se possa reconhecer o direito creditório em questão : a primeira e mais importante é a questão da utilização dos créditos gerados pelos insumos adquiridos e os serviços e despesas incorridas para a geração

da receita da qual vai se abater o valor do ICMS, ou seja, o valor do ICMS, por estar destacado nas Notas Fiscais de aquisição de tais insumos ou pagamento de serviços e despesas, é de fácil apuração e mensuração, ao contrário das contribuições ao PIS/PASEP e a COFINS que, além de não serem destacados na Notas Fiscais de aquisição, geram créditos que podem ser abatidos das contribuições devidas.

Portanto, ao se deduzir o ICMS somado nas Notas Fiscais de aquisição, deve-se efetuar uma operação de apuração dos créditos gerados e utilizados, de forma proporcional ao valor do ICMS excluído, para, ao final, poder se demonstrar que, ao excluir o ICMS também foram excluídos, na forma de estorno, de forma proporcional, os créditos gerados pelas aquisições, sob pena de se pleitear a restituição de valor pago indevidamente e a manutenção, na escrituração da empresa, os créditos gerados, que poderão ser utilizados nas formas permitidas pela legislação, de outro lado, se os créditos foram utilizados, nas formas permitidas pela legislação (ressarcimento ou compensação com tributos devidos), deve o contribuinte comprovar o quantum utilizado, demonstrar que excluiu esses créditos do seu cálculo, para aí então estornar, de forma proporcional, os créditos porventura ainda remanescentes em sua escrituração.

A segunda particularidade é dependente da decisão do STF sobre a modulação dos efeitos do decidido em sede de repercussão geral. Se houver tal modulação, pode ocorrer a aquisição de insumos onde o ICMS não poderá ser excluído, produzindo efeitos sobre o cálculo dos créditos e do valor a ser excluído da base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS.

Diante das razões expostas, por ser a recorrente optante do Lucro Real, deveria ela ter demonstrado tais cálculos, documentado a apuração do valor dos créditos utilizados ou não, efetivado a proporcionalização dos créditos com o valor da ICMS, para chegar ao valor da restituição pleiteada.

Mantendo os mesmos argumentos, voto por negar provimento ao recurso e não reconhecer o direito creditório pleiteado.

(assinado digitalmente)

Ari Vendramini