



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

**Processo n°** 10380.012956/2006-84  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 3401-005.687 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 27 de novembro de 2018  
**Matéria** AUTO DE INFRAÇÃO - COFINS  
**Embargante** ENEL BRASIL  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO AO IRPJ, BASEADO NO MESMO MPF E ELEMENTOS DE PROVA. PORTARIA MF 256/2009. PORTARIA MF 343/2015. ARTIGO 59, INCISO II, DECRETO 70.235/1972.

Todos os elementos de prova do auto de infração e o Mandado de Procedimento Fiscal que ensejou o lançamento são os mesmo que originaram lançamento de IRPJ/CSLL, cabendo a apreciação de recurso pela Primeira Seção. Os atos processuais praticados pela Terceira Seção devem ser anulados vis-a-vis a previsão do artigo 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos, com efeitos infringentes, para anular o acórdão de recurso voluntário e de ofício, e declinar da competência de julgamento à Primeira Seção do CARF.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente

(assinado digitalmente)

Tiago Guerra Machado - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Carlos Alberto da Silva Esteves (suplente convocado, em substituição à conselheira Mara Cristina Sifuentes, ausente, justificadamente), Tiago Guerra Machado, Lazaro Antônio Souza Soares, André Henrique Lemos, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Cássio Schappo, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, e Rosaldo Trevisan (Presidente)

## **Relatório**

Cuida-se de Recurso Voluntário (fls. 563 e seguintes) contra decisão da 4ª Turma da DRJ/FOR, , que considerou improcedente as razões da Recorrente sobre a nulidade de Auto de Infração referente à COFINS, *relativamente aos seguintes períodos mensais de apuração: (i) Regime de Incidência Cumulativa: janeiro a abril e junho a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, e janeiro de 2004; (ii) Regime de Incidência Não-Cumulativa: fevereiro a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005.*

### **Do Lançamento**

Naquela ocasião, a D. Fiscalização lançou crédito tributário (fls. 04 e seguintes) de R\$10.422.489,63 (dez milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e sessenta e três centavos), mais consectários de mora, totalizando a exigência em R\$21.415.741,16 (vinte e um milhões, quatrocentos e quinze mil, setecentos e quarenta e um reais e dezesseis centavos).

Em síntese, o lançamento de ofício *decorreu de procedimento de verificações obrigatórias, tendo sido constatadas diferenças entre os valores escriturados e os declarados e/ou recolhidos da contribuição, conforme demonstrativo às fls 19/22, relativamente aos seguintes períodos mensais de apuração: (i) Regime de Incidência Cumulativa: janeiro a abril e junho a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, e janeiro de 2004; (ii) Regime de Incidência Não-Cumulativa: fevereiro a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005.*

3. A infração foi fundamentada no art. 149 da Lei nº 5.172, de 1966; no art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991, combinado com os arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações das Medidas Provisórias (MPs) nº 1.807, de 1999, e 1.858, de 1999, e reedições; nos arts. 2º, caput, inc. II, e parágrafo único. 3º, 10, 22 e 51, todos do Decreto nº 4.524, de 2002. (fls 541 e seguintes)

### **Da Impugnação**

A Contribuinte apresentou impugnação, em 22.01.2007 (fls. 63 e seguintes), alegando, em síntese, o seguinte:

#### Em preliminar

- Nulidade do procedimento fiscal, por ofensa às formalidades necessárias à constituição do crédito tributário, previstas nos arts. 10 e 11, do Decreto nº 70.235, de 1972, em razão de não terem sido indicadas a data e a hora da lavratura do AI, nem constar a indicação do cargo do autor do feito;

### No mérito

- Alega a existência de inconsistências e incertezas nos valores apurados pela Fiscalização, a qual não demonstrou nem comprovou as bases de cálculo arroladas na autuação; tampouco motivou a desconsideração dos valores informados pela contribuinte, conforme planilha comparativa que elabora; discorre sobre o ônus da prova da autoridade lançadora no procedimento fiscal, cujo descumprimento leva à insubsistência do feito;
- Ressalta que, mesmo depois da vigência do Decreto nº 5.164, de 2004, que reduziu a zero, a partir de agosto daquele ano, a alíquota do PIS e da Cofins incidente sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não-cumulativo, o autor do feito continuou a levantar bases de Cálculo das exações, em desconformidade com a escrituração da contribuinte e mesmo com a legislação;
- Em seguida, esclarece que sua atividade fundamental é a participação em outras empresas, conforme seu estatuto social e, nessa condição, recebeu das sociedades investidas valores pagos a título de dividendos, operações de resgate de ações, juros sobre capital próprio e rendimentos financeiros, os quais não se enquadram no conceito de faturamento (receita bruta da venda de mercadorias e serviços), conforme recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento dos recursos extraordinários que menciona; por via de consequência, não se pode querer incidir a contribuição social exigida nos autos sobre valores de outra natureza;
- Passa a discorrer sobre as inconstitucionalidades contidas no art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 (citado na fundamentação da exigência), que pretendeu alargar o conceito de faturamento quanto às bases de cálculo do PIS e da Cofins, vícios reconhecidos pelo Excelso Pretório; assevera que a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, não tem o condão de validar as disposições da referida lei que alteraram as bases de cálculo das contribuições, concluindo, ao final, que, "os valores levantados pela fiscalização, por possuírem natureza de receita financeira, decorrentes de rendimentos de aplicação financeira, do pagamento de juros sobre capital próprio, de dividendos e de resgate de ações, jamais poderiam ter sido objeto de autuação pelos AFRF, nos termos da jurisprudência do STF. ";

- 
- Sem especificar o período de apuração em que o pretense lato teria ocorrido, a contribuinte reclama contra a inclusão do valor de R\$ 21.399.610,69, na base de cálculo da exação, o qual corresponde à amortização de ágio da sociedade controlada Coelce, através do procedimento contábil de "desdobramento e resgate de ações", cuja não incidência tributária de PIS e Cofins procura demonstrar, em razão de seu caráter de dividendos e/ou valores destinados a restabelecer o patrimônio investido pela ora impugnante naquela sociedade, por meio da operação denominada resgate de ações pelo valor patrimonial;
  - A impugnante historia a operação que deu azo ao recebimento da cilada quantia, bem como a legislação que ampara a tese esposada, a qual foi acatada pela Administração Tributária, conforme solução de consulta formulada pela Coelce, nos termos do PAF nº 10380.100554/200474; nesse sentido, arremata a defesa que: "(••) afigura-se absolutamente desprovida de base legal a pretensão da D. Autoridade Argentaria de tributar peia contribuição ao PIS/PASEP os valores recebidos pela Impugnante, que têm inequivocamente a natureza jurídica de (1) dividendos e/ou (2) de valores com o jilo de restabelecer o patrimônio investido pela Impugnante naquela controlada (resgate de ações pelo valor patrimonial)." "O fato é que em razão de sua natureza jurídica, estão expressamente excluídos da tributação pela contribuição ao PIS, também por força de norma legal expressa. " (grifo nosso);
  - A defesa se insurge, ainda, contra a tributação dos juros sobre o capital próprio pelas contribuições sociais aqui tratadas, argumentado que esses têm a natureza de dividendos, expressamente excluídos das correspondentes bases de cálculo, a teor do que dispõe O inc. II do §2º do ai't. 3o da Lei nº 9.718, de 1998; em longo arrazoado, ilustrado por textos doutrinários, a impugnante faz um histórico do instituto criado na esteira da Lei nº 9.249 de 1995 (art. 9o), correlacionando-o com a distribuição de resultados disciplinada pelas leis comercial e fiscal; ressalta a impropriedade da denominação a ele dada pelo legislador, assim como, o tratamento contábil determinado pela Comissão de Valores Mobiliários a ser seguido pelas companhias abertas, para concluir que: "Nessas condições, data máxima vénia, afigura-se absolutamente desprovida de base legal a pretensão da autuante de tributar pelas contribuições ao PIS os valores recebidos pela Impugnante a título de juros sobre o capital próprio, que têm inequivocamente a natureza jurídica de dividendos, sob pena de violação não só às normas legais indicadas, mas também ao princípio da legalidade (arts. 5", II, e 150, I, da Constituição Federal art 97do CTN)";
  - Para demonstrar que não obtém faturamento - entendido como o produto da venda de mercadorias e/ou de serviços - cm decorrência da atividade por cia exercida, a autuada assevera que não houve a

ocorrência de fatos geradores a justificar a exigência de tributos a serem recolhidos, sendo incorreta a imputação fiscal ora guerreada;

- No máximo, caberia a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de entrega de DCTF, ressalvando-se que, caso venham a ser ultrapassadas todas as ilicitudes indicadas, a impugnante detém vultoso "crédito tributário" (mais de R\$ 23 milhões), suficiente para quitação de qualquer pretensão débito, por intermédio do procedimento de compensação, não obstante a ausência de formalização das competentes PER/DCOMPs.

### **Da Primeira Conversão em Diligência (Resolução DRJ/FOR nº 910)**

A DRJ converteu o julgamento em diligência, para que a unidade de origem:

- (i) elaborasse demonstrativo das bases de cálculo da Cofins, indicando as respectivas rubricas que a compõem, por período de apuração, e esclarecendo as diferenças apuradas em relação aos valores informados nas planilhas fornecidas pela contribuinte durante a ação fiscal;
- (ii) informasse se o valor de R\$ 21.399.610,69, recebido pela atuada de sua sociedade ligada Coelce, compôs a base de cálculo de algum dos períodos de apuração arrolados no auto de infração, como alegado na impugnação.

### **Da Segunda Conversão em Diligência (Resolução DRJ/FOR nº 1.666)**

Novamente, os autos foram remetidos para diligência no sentido de:

- (i) juntar aos autos prova documental dos seguintes valores que integraram a base de cálculo da contribuição:
  - a. Valores referentes à conta "Rendas a Receber" (112.21.1) do ano de 2002;
  - b. Valores referentes à conta "Outras Despesas Financeiras" (635.04.1.9) do ano de 2002; e
  - c. Valores referentes à conta "Outras Despesas Financeiras" (635.04.1.9) do ano de 2003;
- (ii) informar a data da eletiva realização (pagamento do principal, dos juros e de dividendos) da variação cambial que integrou a base de cálculo da contribuição (conta nº 631.04.1.3), tendo em vista que, por força da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e da IN SRF 247/2002, as variações monetárias ativas em função da taxa de câmbio devem ser tributadas quando da liquidação da correspondente operação.

Por fim, em pronunciamento quando da segunda diligência, a Recorrente informou, às fls 284 e seguintes, que houve trânsito em julgado no Mandado de Segurança 2003.81.00.009248-1 (às fls 460 e seguintes), em que obteve a declaração de inexigibilidade da Contribuição com base no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

### **Da Decisão de 1ª Instância**

Sobreveio Acórdão 08-20.775 (fls. 540 e seguintes), exarado pela 4a Turma da DRJ/FOR, em 03.05.2011, do qual a Contribuinte tomou conhecimento em 14.07.2011 (fl.644), através do qual foi considerado procedente em parte o crédito tributário lançado nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

COFINS CUMULATIVA E NÃO CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO. PESSOA JURÍDICA. OBJETO SOCIAL. PARTICIPAÇÃO EM OUTRAS SOCIEDADES.

A pessoa jurídica que tem por objeto social a participação, como cotista ou acionista, em outras sociedades auferir receita decorrente de sua atividade empresarial típica, quando obtém juros sobre o capital próprio, resgata ações ou recebe dividendos em função de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, de modo que o valor de tais operações integra a base de cálculo da Cofins.

COFINS CUMULATIVA E NÃO CUMULATIVA. VARIAÇÃO CAMBIAL.

As variações cambiais ativas dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte integram a base de cálculo da Cofins, quando da liquidação da correspondente operação, a não ser que o contribuinte tenha optado pela sua tributação de acordo com o regime de competência, o que se verifica no pagamento realizado.

COFINS NÃO CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO.

A partir de fevereiro de 2004, a base de cálculo da contribuição é o faturamento, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

COFINS NÃO CUMULATIVA. RECEITAS FINANCEIRAS. DECRETO Nº 5.164/2004. ALÍQUOTA ZERO.

A partir de agosto de 2004, estão sujeitas à alíquota zero as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas submetidas ao regime não-cumulativo, não se aplicando, todavia, àquelas oriundas de juros sobre capital próprio e as decorrentes de operações de hedge.

Impugnação Procedente em Parte

---

Crédito Tributário Mantido em Parte

### **Do Recurso Voluntário**

Irresignado, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, que veio a repetir os argumentos apresentados na impugnação, acrescentando tão-somente a informação do transito em julgado de ação judicial que vinha discutindo o alargamento da base de cálculo das contribuições sociais no regime cumulativo.

### **Do Recurso de Ofício**

Em vista da anulação parcial dos lançamentos promovidos na ação fiscal superarem o limite de alçada, houve interposição de recurso de ofício, cujas razões da Fazenda Nacional constam às fls. 727.

### **Do Primeiro Julgamento pelo CARF**

Em primeiro julgamento (fls 742 e seguintes), o recurso do contribuinte foi considerado intempestivo; ao passo que o recurso de ofício não foi objeto de acórdão, o que levou à oposição de embargos da Fazenda Nacional. Esses embargos foram conhecidos, porém o recurso de ofício foi negado (fls 751 e seguintes).

### **Dos Embargos contra a intempestividade e da desistência parcial**

Por outro lado, a Recorrente restou inconformada com o não conhecimento por intempestividade, razão pela qual veio a opor Embargos (fls. 770 e seguintes) alegando que o prazo final para apresentação de recurso era feriado municipal. Entrementes, a Recorrente veio a incluir parte dos débitos litigiosos em programa de parcelamento (fls. 796), em 25.08.2014.

Após diligência provocada em razão dos embargos apresentados pelo contribuinte, foi verificado que, de fato, houvera feriado naquela data e que, em razão disso, não ocorrera expediente na Receita Federal.

Com o despacho de admissibilidade concluído no sentido favorável ao contribuinte, os autos foram encaminhados ao ex-conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida, que, em despacho de saneamento (fls. 861), que reproduzo na íntegra:

Trata-se de embargos de declaração, interpostos pelo sujeito passivo, ao amparo do art. 65, do RICARF/15, em face do Acórdão nº 3401-001.838, de 26/06/2012 (fls1 742/744), que não conheceu do recurso voluntário (fls. 563/606), por intempestividade, revista por meio da INFORMAÇÃO FISCAL de fl. 855.

Às fls. 796/798, PEDIDO DE DESISTÊNCIA PARCIAL, de 25/08/2014.

Acontece que à fl. 832, despacho de encaminhamento da unidade de preparo, responsável atual, propondo o retorno deste processo ao CARF para apreciação dos embargos, porém, sem manifestação expressa, nem mesmo **Extrato do Processo** atualizado, sobre quais valores e matérias ainda permanecem em litígio, levando-se em conta o decidido sobre: a Impugnação, no Acórdão nº 08-20.775 - 4ª Turma da DRJ/FOR, de 03/05/2011 (fls. 540/553); o Recurso de Ofício, no Acórdão nº 3401-002.234 – 4ª CAM/1ª TO/3ª SEJUL do CARF, de 25/04/2013 (fls. 751/759); e a supracitada desistência parcial.

Nesse sentido, diante dos inúmeros equívocos ocorridos no tramite processual e visando uma maior segurança do julgamento, proponho que se baixe o presente à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niteroi/RJ, para que a autoridade preparadora formalize informação, em documento que ateste quais valores e matérias ainda permanecem em litígio, após a desistência parcial acatada, inclusive, anexando **Extrato do Processo** atualizado, confirmando, s.m.j., se apenas a rubrica contábil/tributos, abaixo, permanecem 'Devedor'.

		fev/03	mai/03	jun/03	jul/03	ago/03	set/03	dez/03	
631.04.1.9	Outras Receitas Financeiras	2.065,15	30,42	19.806.400,96	8,01	4.673,09	1.578,58	10.186.924,31	30.001.680,52
	COFINS	61,95	0,91	594.192,03	0,24	140,19	47,36	305.607,73	900.050,42

Os termos do despacho acima forma cumpridos às fls. 684 e seguintes, confirmando o saldo acima destacado: Após, os embargos novamente foram encaminhados ao CARF, e a mim distribuídos em maio de 2018.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Tiago Guerra Machado - Relator

Os Embargos são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento. Tem razão a Embargante ao arguir, nos termos exarados na resposta à diligência, que o Recurso Voluntário é tempestivo em vista a confirmação da existência de feriado municipal.

Por essa razão, dever-se-ia passar à sua apreciação, caso não houvesse uma questão de ordem prejudicial ao seu julgamento. Explico a seguir.

Verificou-se, da análise dos autos, que todos os elementos de prova de auto de infração formalizado por ocasião do Mandado de Procedimento Fiscal nº 03.1.01.00-2006-00061-0, tanto é que o Termo de Verificação Fiscal só é encontrado em documento anexo à impugnação da Recorrente, às fls 141 e seguintes, vinculado ao mesmo MPF, cuja abordagem trata exclusivamente do IRPJ/CSLL.

Esse pormenor é absolutamente relevante, uma vez que, desde a época do julgamento do Recurso Voluntário, e conseqüentes embargos que ensejaram a apreciação (e desprovimento) do Recurso de Ofício e atos processuais seguintes, já era prevista a competência da 1ª Seção para apreciar o recurso.

Vejamos o que dispunha o Regimento Interno do CARF, consignado na Portaria MF 256/2009, em seu Anexo II, vigente à época:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de: (...)

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ;

Da mesma forma, essa é a atual redação do artigo 2º, do Anexo II, do RICARF, nos termos da Portaria MF Nº 343/2015:

Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a: (...)

IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova;

Nessa linha, resta claro nunca coube a essa Seção julgar a matéria dos presentes autos, por ser de competência exclusiva da Primeira Seção.

Dito isso, como primeira consequência, todos os atos processuais, inclusive sobre a decisão definitiva sobre o Recurso de Ofício, devem ser anulados, por vício previsto no artigo 59, inciso I, do Decreto 70.235/1972.

Como segunda decorrência, o presente processo deve ser encaminhado à Primeira Seção de Julgamento, para apreciação do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício.

Pelo exposto, acolho os embargos, com efeitos infringentes, para anular o acórdão de recurso voluntário e de ofício, e, de ofício, declinar da competência para seu julgamento à Primeira Seção do CARF.

Processo nº 10380.012956/2006-84  
Acórdão n.º **3401-005.687**

**S3-C4T1**  
Fl. 889

---

(assinado digitalmente)

Tiago Guerra Machado

Processo nº 10380.012956/2006-84  
Acórdão n.º **3401-005.687**

**S3-C4T1**  
Fl. 890

---