ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10480.723821/2011-87

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

Processo nº	10480.723821/2011-87
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3302-004.900 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	25 de outubro de 2017
Matéria	AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/PASEP
Recorrente	VITÓRIA DE SANTO ANTÃO - PREFEITURA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

Ementa:

ÔNUS DA PROVA. DIREITO CREDITÓRIO

O ônus da prova do crédito tributário é do contribuinte (Artigo 373 do CPC). Não sendo produzido nos autos provas capazes de comprovar seu pretenso direito, o lançamento fiscal deve ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente o recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator.

EDITADO EM: 13/11/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (presidente da turma), José Fernandes do Nascimento, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Charles Pereira Nunes, José Renato Pereira de Deus, Lenisa Rodrigues Prado e Walker Araujo.

Relatório

Por bem retratar a realidade dos fatos, adoto e transcrevo o relatório da decisão de piso de fls. 1.695-1.701:

> Trata-se de auto de infração lavrado contra a contribuinte em epígrafe, referente aos períodos de apuração janeiro/2009 a dezembro/2010, relativo à falta/insuficiência de recolhimento da contribuição para o PIS/Pasep (fls. 1640/1646), no montante total de R$ 1.583.177,41.
>
> No Relatório Fiscal (fls. 1650/1657), o auditor fiscal fundamenta o valor apurado e lançado de ofício nos seguintes termos:
>
> *4. DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO*
>
> *Para a apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS/Pasep, foram confrontados os dados constantes dos Balancetes Mensais de Receitas do ano-calendário de 2009 e 2010 apresentados pelo sujeito passivo com as informações contidas nos sítios na* internet *do Banco do Brasil (http://www.bb.gov.br), Controladoria Geral da União (http://www.cgu.gov.br/convenios), Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (http://fnde.gov.br) e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS/INFOSUAS (http://aplicações.mds.gov.br/infosuas).*
>
> *As comparações acima aludidas conferiram consistência aos valores constantes dos Balancetes Mensais de Receitas apresentados pelo sujeito passivo que foram tomados como referência para definição das bases de cálculo.*
>
> *5. DA APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS*
>
> *Sobre a base de cálculo determinada, na forma descrita no item 4, foi apurado, mediante a aplicação da alíquota de 1%, prevista no art. 8º, inciso III, da Lei nº 9.715, de 1998, o valor total devido pelo município, a título de contribuição ao PIS/Pasep.*
>
> *O total devido foi reduzido dos valores retidos a título de contribuição ao PIS/Pasep, quando das transferências efetuadas pela União (valores das retenções obtidas mediante consulta ao sítio do Banco do Brasil na* Internet*).*
>
> *Verificou-se nos sistemas informatizados na Receita Federal do Brasil que para os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo (DARF código 3703) foram declarados os débitos correspondentes na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF referente ao período fiscalizado.*
>
> *O contribuinte apresentou DCOMP referente ao período de 07/2009 a 05/2010, sendo que nas competências de 01/2010 a 05/2010 as mesmas foram apresentadas em formulário e nas demais competências foram apresentadas eletronicamente. Nas demais competências foi omissa quanto à apresentação de qualquer DCOMP.*

Através do despacho decisório no processo nº 19647.006534/2010-52, o SEORT – Serviço de Orientação Tributária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Recife – considerou não declaradas as DCOMP apresentadas em formulário.

O resultado da apuração está detalhado no Anexo II, onde são discriminados os montantes a pagar, os quais foram constituídos por meio desse Auto de Infração, acrescidos de juros de mora previstos na legislação de regência (art. 9º da Lei nº 9.715, de 1998; art. 161 do CTN; art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996) e de multa de ofício.

Cientificada do auto de infração em 17/06/2011 (fl. 1659), a contribuinte apresentou impugnação em 18/07/2011 (fls. 1660/1666), na qual alega que:

• o auto de infração não condiz com a realidade dos fatos, uma vez que para o período de junho a dezembro de 2010 foram enviados PER/Dcomps eletrônicas;

• protocolou pedido de restituição e compensação objeto do processo administrativo nº 13407.000300/2009-12, não tendo sido até o momento notificada de nenhuma decisão. Ademais, eventual decisão contrária à pretensão da autora ainda não é definitiva, pois cabíveis recursos administrativos. Assim, não estando definitivamente julgado o pedido de restituição, está suspensa a exigibilidade de eventuais débitos, como prevê o art. 151, inciso III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, sendo impossível a exigência e a imposição de multa e juros moratórios;

• *o STF, no RE nº 357950, de que foi Relator o Min. Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que havia alterado a base de cálculo da Cofins, de faturamento bruto, para a receita bruta. Essa decisão da Corte Suprema acarreta consequências imediatas para frente e para trás, ou seja, para as pessoas jurídicas não enquadradas no regime de tributação não-cumulativo (as que ficaram sob a regência da lei anterior à Lei nº 9.718/98) cessa* ipso fato *a obrigatoriedade de recolhimento da Cofins sobre a receita bruta, ao mesmo tempo em que permite a repetição do que foi pago a maior, respeitado o prazo prescricional. A declaração de inconstitucionalidade da base de cálculo da Cofins atinge igualmente a base de cálculo do PIS/Pasep, que também sofreu a modificação, de faturamento bruto, para receita bruta, conforme Lei nº 9.715/98, anterior à EC nº 20/98. A distinção entre faturamento bruto e a receita bruta é fundamental para a abordagem do tema sob exame. O conceito de receita bruta é mais amplo do que o de faturamento bruto. Aquele abrange qualquer espécie de receitas, ao passo que, este último, só abarca as receitas provenientes de vendas de mercadorias e de serviços, com exclusão das receitas de capital. Em relação ao PASEP, os Tribunais Pátrios têm determinado a exclusão das transferências correntes da base de cálculos da exação (...).*

A autuada encerra sua defesa nos seguintes termos:

Por todo o exposto, utiliza-se a peticionante do presente para demonstrar que corretamente compensou créditos de PASEP, e que a apuração da base de cálculos do PASEP está de acordo com a Constituição Federal, devendo assim ser anulado o presente auto de infração.

Em 18 de fevereiro de 2016, houve por bem a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ/RJO), por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP - Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados

COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. A compensação considerada não declarada implica a constituição dos créditos tributários que ainda não tenham sido lançados de ofício nem confessados.

ALEGAÇÃO. COMPROVAÇÃO. As alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios, quando esse for o meio pelo qual sejam provados os fatos alegados, não têm valor.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Não cabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, pois tal competência é exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário.

Intimada da decisão de piso em 20.02.2015 (fls.1.710), a Recorrente interpôs recurso voluntário em 23.03.2015 (fls.1.713-1.719), alegando, em síntese, o quanto segue:

(i) O Recorrente protocolou pedido de restituição e compensação em 2009 sob nº 13407.000300/2009-12, no qual até o momento não foi notificada de nenhuma decisão, de modo que eventual decisão contrária à pretensão da autora ainda não é definitiva, pois cabíveis recursos administrativos;

(ii) Não estando definitivamente julgado o pedido de restituição, está suspensa a exigibilidade de eventuais débitos, nos termos do inciso III, do artigo 151, do CTN; e

(iii) Há inconstitucionalidade da legislação que fundamenta a exigência do PIS/Pasep, no caso a Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo - Relator

I - Tempestividade

A Recorrente foi intimada da decisão de piso em 20.02.2015 (fls.1.710) e protocolou Recurso Voluntário em 23.03.2015 (fls.1.713-1.719) dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33, do Decreto 70.235/72[1].

Desta forma, considerando que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

[1] Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

II - Questões de mérito

II.1 - O pedido de restituição/compensação

O Recorrente informou que protocolou pedido de restituição e compensação em 2009 sob nº 13407.000300/2009-12 e, que até a data interposição do recurso voluntário, não havia sido notificada de nenhuma decisão, de modo que eventual decisão contrária à sua pretensão ainda não é definitiva, pois cabíveis recursos administrativos. Requereu, assim, a suspensão do processo nos termos do inciso III, do artigo 151, do CTN e, ao final, pleiteou a anulação do débito questionado, considerando que os mesmos foram devidamente compensados.

Pois bem.

Ao contrário do que explicitou o Recorrente, consta às fls. 1.680-1.685 decisão relativa aos processos 13407.000300/2009-12 e 19647.006534/2010-52, indeferindo o pedido de restituição e não homologando os pedidos de compensações protocolados pelo contribuinte, sendo que sua ciência acerca do despacho ocorreu em 14.07.2011.

Não bastasse isso, não há nos autos nenhum documento que comprove interposição de recurso contra decisão anteriormente citada e/ou qualquer outro documento que demonstre existir pendência de julgamento do referido processo administrativo, contrariando, assim, a alegação do Recorrente no sentido de inexistir decisão definitiva no processo 13407.000300/2009-12.

Vale ressaltar, que o ônus da prova do crédito tributário é do contribuinte (Artigo 373 do CPC[2]). Não sendo produzido nos autos provas capazes de comprovar seu pretenso direito, o indeferindo do crédito é medida que se impõe. Nesse sentido:

> *"Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 31/07/2009 a 30/09/2009 - VERDADE MATERIAL. INVESTIGAÇÃO. COLABORAÇÃO. A verdade material é composta pelo dever de investigação da Administração somado ao dever de colaboração por parte do particular, unidos na finalidade de propiciar a aproximação da atividade formalizadora com a realidade dos acontecimentos. PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. DILIGÊNCIA/PERÍCIA.* ***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 se presta a diligência, ou perícia, a suprir deficiência probatória, seja do contribuinte ou do fisco****. (...)" (Processo n.º 11516.721501/2014-43. Sessão 23/02/2016. Relator Rosaldo Trevisan. Acórdão n.º 3401-003.096 - grifei)*

Pertinente destacar a lição do professor Hugo de Brito Machado, a respeito da divisão do ônus da prova:

---

[2] Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

> No processo tributário fiscal para apuração e exigência do crédito tributário, ou procedimento administrativo de lançamento tributário, autor é o Fisco. A ele, portanto, incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que serve de suporte à exigência do crédito que está a constituir. Na linguagem do Código de Processo Civil, ao autor incumbe o ônus do fato constitutivo de seu direito (Código de Processo Civil, art.333, I). Se o contribuinte, ao impugnar a exigência, em vez de negar o fato gerador do tributo, alega ser imune, ou isento, ou haver sido, no todo ou em parte, desconstituída a situação de fato geradora da obrigação tributária, ou ainda, já haver pago o tributo, é seu ônus de provar o que alegou. A imunidade, como isenção, impedem o nascimento da obrigação tributária. São, na linguagem do Código de Processo Civil, fatos impeditivos do direito do Fisco. **A desconstituição, parcial ou total, do fato gerador do tributo, é fato modificativo ou extintivo, e o pagamento é fato extintivo do direito do Fisco. Deve ser comprovado, portanto, pelo contribuinte, que assume no processo administrativo de determinação e exigência do tributo posição equivalente a do réu no processo civil**". (original não destacado)[3]

Neste cenário, considerando inexistir comprovação (i) de que os débitos exigidos nestes autos foram pagos mediante compensação; e (ii) de que o processo nº 13407.000300/2009-12 aguarda decisão definitiva; o lançamento fiscal deve ser mantido por seus fundamentos.

II.2 - Inconstitucionalidade da incidência na base de cálculo do Pasep das transferências constitucionais.

Neste ponto, destaca-se o teor da Súmula CARF nº 02: *"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"*. Nestes termos, resta prejudica a análise das matérias concernentes a inconstitucionalidade da Lei 9.715/98.

III - Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator

[3] Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 3. ed., São Paulo: Dialética, 1998, p.252.