ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11020.912608/2012-17

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

Processo nº	11020.912608/2012-17
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3302-006.791 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	24 de abril de 2019
Matéria	Declaração de Compensação
Recorrente	MECANICA INDUSTRIAL COLAR LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/07/2008

PROVAS. COMPENSAÇÃO

De acordo com a legislação, a manifestação de inconformidade mencionará, dentre outros, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. A mera alegação sem a devida produção de provas não é suficiente para conferir o direito creditório ao sujeito passivo.

TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 04.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

MULTA DE MORA. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 02.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Paulo Guilherme Déroulède - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), Walker Araújo, Jose Renato Pereira de Deus, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Muller Nonato Cavalcanti Silva (Suplente Convocado) e Corintho Oliveira Machado.

Relatório

Trata o presente de Declaração de Compensação transmitida com o objetivo de compensar o(s) débito(s) discriminado(s) no referido PER/DCOMP com crédito de COFINS, decorrente de recolhimento indevido ou a maior que o devido.

De acordo com o Despacho Decisório, a partir das características do DARF descrito no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Assim, diante da inexistência de crédito, a compensação declarada NÃO FOI HOMOLOGADA.

Cientificado do Despacho Decisório, o interessado apresentou a manifestação de inconformidade, tendo feito inicialmente um resumo dos fatos.

Em preliminar, discorre acerca da nulidade do Despacho Decisório, enfatizando a ausência de fundamentação, o desvio de finalidade e o prejuízo ao contraditório administrativo, à ampla defesa e ao devido processo legal, tendo destacado que deve ser possibilitado ao manifestante a posterior juntada de documentos que comprovem as alegações trazidas na manifestação de inconformidade, em respeito ao princípio administrativo da verdade material.

Sustenta ainda a inaplicabilidade da multa aplicada em face do princípio constitucional do não confisco e dos princípios administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade e tece considerações acerca da inaplicabilidade da Taxa Selic aos supostos débitos como juros de mora e sobre a limitação dos juros de mora dada pelo Código Tributário Nacional (CTN).

Ao final, requer seja acolhida a alegação de nulidade do Despacho Decisório em comento, com todos os seus consectários, inclusive cancelamento de qualquer cobrança que possa advir do citado despacho..

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente pelo colegiado *a quo*, nos termos do Acórdão nº 02-055.320.

Inconformado com a decisão da DRJ, apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual repisa os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède, Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido na Acórdão nº **3302-006.789**, de 24 de abril de 2019, proferido no julgamento do processo 11020.912606/2012-10, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcrevem-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, os entendimentos que prevaleceram naquela decisão (Acórdão nº **3302-006.789**):

> *"O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise do mérito.*
>
> ***Nulidade do despacho decisório.***
>
> *O recorrente reproduziu a preliminar de nulidade apresentada na manifestação de inconformidade, alegando vícios no despacho decisório capazes de macular sua existência e determinar sua nulidade.*
>
> *Como não há elemento novo sobre o tema no recurso voluntário, e me filio à decisão proferida pela instância* a quo*, peço vênia para utilizar a* ratio decidendi *da DRJ como se minha fosse, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999,* in verbis*:*
>
> > O contribuinte tece considerações acerca da nulidade do despacho decisório pelos motivos circunstanciados na manifestação de inconformidade.
> >
> > Primeiramente cumpre observar que, de acordo com o § 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a manifestação de inconformidade e o recurso obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.
> >
> > O Decreto nº 70.235, de 1972, prevê as hipóteses de nulidade no processo administrativo:
> >
> > Art. 59 São nulos:
> >
> > I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
> >
> > II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.
> >
> > [...]
> >
> > O despacho contestado não é nulo, pois não se configura nenhuma das hipóteses do inciso II do art. 59 acima

> transcrito. O ato foi lavrado por autoridade competente – Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil titular da unidade de jurisdição do sujeito passivo – e não houve preterição do direito de defesa – é no processo administrativo que esse direito é exercido. Também não há exigência legal de intimação do contribuinte previamente à expedição do Despacho Decisório.
>
> É importante ressaltar que no referido despacho foi anotado que a fundamentação para o indeferimento do pedido de compensação reside no fato de o valor correspondente ao Darf indicado ter sido integralmente utilizado para quitação de débito do contribuinte conforme consta do quadro – "utilização dos pagamentos encontrados para o Darf discriminado no PER/DCOMP".
>
> O enquadramento legal também foi devidamente especificado, contendo as normas do Código Tributário Nacional (CTN) e da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, pertinentes às regras de restituição e compensação de tributos.
>
> Portanto, estando presentes os elementos que fundamentam o Despacho Decisório, não há que se cogitar de cerceamento do seu direito de defesa, devendo ser rejeitada a preliminar de nulidade.

Diante do quadro exposto, resta claro que o despacho decisório não contém vícios que possam ensejar sua nulidade. Tampouco, pode-se falar em cerceamento ao direito de defesa, pois os motivos determinantes que levaram ao indeferimento foram bem definidos, de tal forma que o próprio recorrente foi capaz de se insurgir contra eles.

Sendo assim, nego provimento ao capítulo referente à nulidade do despacho decisório.

Nulidade da decisão recorrida.

O recorrente alega que a decisão recorrida carece de fundamentação, pois resumiu-se a negar provimentos à manifestação de inconformidade em virtude de falta de comprovação pelo sujeito passivo de seu direito creditório.

Pela alegação feita no recurso voluntário, resta evidente que houve a ratio decidendi *no acórdão recorrido, qual seja: a falta de provas do direito creditório, pois o* onus probandi*, nos casos de pedido de restituição, é do sujeito passivo.*

Neste norte, não vejo motivos para que seja declarada a nulidade da decisão, pois a fundamentação foi clara e objetiva, de forma que afasto a nulidade suscitada.

Restituição/Compensação. Ônus da prova.

Alega o recorrente que utilizou créditos de Cofins, oriundo de pagamentos indevidos que resultaram em sobra de valores,

referente ao período de apuração 30/11/2007. Afirma, outrossim, que o ônus da prova cabe ao fisco e não ao sujeito passivo, uma vez que o processo administrativo pauta-se pela verdade material.

A Autoridade Fiscal afirma que os créditos utilizados na compensação pretendida pelo recorrente já havia extinguido outro débito tributário, não restando saldo para utilização.

Portanto, duas são as questões a serem enfrentadas: a quem cabe o ônus da prova em processos administrativos cujo objeto é pedido de restituição; se existem provas suficientes ou no mínimo que dê verossimilhança às alegações do recorrente, de que o crédito por ele utilizado na compensação não havia sido aproveitado para extinguir outro débito tributário.

Sabemos que o momento apropriado para apresentação das provas que comprovem suas alegações é na propositura da impugnação. Temos conhecimento, também, que a regra fundamental do sistema processual adotado pelo Legislador Nacional, quanto ao ônus da prova, encontra-se cravada no art. 373 do Código de Processo Civil, in verbis*:*

> 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.
>
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
>
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
>
> I - recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
>
> § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Tal dispositivo é a tradução do princípio de que o ônus da prova cabe a quem dela se aproveita. E esta formulação também foi, com as devidas adaptações, trazida para o processo

administrativo fiscal, posto que a obrigação de provar está expressamente atribuída para a autoridade Fiscal quando realiza o lançamento tributário, para o sujeito passivo, quando formula pedido de repetição de indébito/ressarcimento.

Definida a regra que direciona o onus probandi *no âmbito do processo administrativo fiscal, resta estabelecer o conceito de prova, sua finalidade e seu objeto.*

O conceito de prova retirado dos ensinamentos de Moacir Amaral Santos:

> No sentido objetivo, como os meios destinados a fornecer ao julgador o conhecimento da verdade dos fatos. Mas a prova no sentido subjetivo é aquela que se forma no espírito do julgador, seu principal destinatário, quanto à verdade desse fatos. A prova, então, consiste na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do julgador quanto à existência ou inexistência dos fatos.
>
> Compreendida como um todo, reunindo seus dois caracteres, objetivo e subjetivo, que se completam e não podem ser tomados separadamente, apreciada como fato e como indução lógica, ou como meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando e com a própria certeza dessa existência.
>
> *Para Carnelutti:*
>
> As provas são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou inexistência de um fato passado. A certeza resolve-se, a rigor, em uma máxima probabilidade.
>
> *Dinamarco define o objeto da prova:*
>
> ....conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo. Fazem parte dela as alegações relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmos. Sabido que o vocábulo prova vem do adjetivo latino probus, que significa bom, correto, verdadeiro, segue-se que provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos mendazes. As legações, sim, é que podes ser verazes ou mentirosas - e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Já a finalidade da prova é a formação da convicção do julgador quanto à existência dos fatos. Em outras linhas, um dos principais objetivos do direito é fazer prevalecer a justiça. Para que uma decisão seja justa, é relevante que os fatos estejam

provados a fim de que o julgador possa estar convencido da sua ocorrência

Em virtude dessas considerações, é importante relembrar alguns preceitos que norteiam a busca da verdade real por meio de provas materiais.

Dinamarco afirma:

> Todo o direito opera em torno de certezas, probabilidades e riscos, sendo que as próprias certezas não passam de probabilidades muito qualificadas e jamais são absolutas porque o espírito humano não é capaz de captar com fidelidade e segurança todos os aspectos das realidades que o circulam.

Para entender melhor o instituto "probabilidade" mencionado professor Dinamarco, aduzo importante distinção feita por Calamandrei entre verossimilhança e probabilidade:

> É verossimil algo que se assemelha a uma realidade já conhecida, que tem a aparência de ser verdadeiro. A verossimilhança indica o grau de capacidade representativa de uma descrição acerca da realidade. A verossimilhança não tem nenhuma relação com a veracidade da asserção, não surge como resultante do esforço probatório, mas sim com referência à ordem normal das coisas.
>
> A probabilidade está relacionada à existência de elementos que justifiquem a crença na veracidade da asserção. A definição do provável vincula-se ao seu grau de fundamentação, de credibilidade e aceitabilidade, com base nos elementos de prova disponíveis em um contexto dado., resulta da consideração dos elementos postos à disposição do julgador para a formação de um juízo sobre a veracidade da asserção.

Desse modo, a certeza vai se formando através dos elementos da ocorrência do fato que são colocados pelas partes interessadas na solução da lide. Mas não basta ter certeza, o julgador tem que estar convencido para que sua visão do fato esteja a mais próxima possível da verdade.

Como o julgador sempre tem que decidir, ele deve ter bom senso na busca pela verdade, evitando a obsessão que pode prejudicar a justiça célere. Mas a impossibilidade de conhecer a verdade absoluta não significa que ela deixe de ser perseguida como um relevante objetivo da atividade probatória.

Quanto ao exame da prova, defende Dinamarco:

> (...) o exame da prova é atividade intelectual consistente em buscar, nos elementos probatórios resultantes da instrução processual, pontos que permitam tirar conclusões sobre os fatos de interesse para o julgamento.

Já Francesco Carnelutti compara a atividade de julgar com a atividade de um historiador:

> (...) o historiador indaga no passado para saber como as coisas ocorreram. O juízo que pronuncia é reflexo da realidade ou mais exatamente juízo de existência. Já o julgador encontra-se ante uma hipótese e quando decide converte a hipótese em tese, adquirindo a certeza de que tenha ocorrido ou não o fato. Estar certo de um fato quer dizer conhecê-lo como se houvesse visto.

No mesmo sentido, o professor Moacir Amaral Santos afirma que a prova dos fatos faz-se por meios adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios, ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica, ou sua representação.

Assim sendo, a verdade encontra-se ligada à prova, pois é por meio desta que se torna possível afirmar idéias verdadeiras, adquirir a evidência da verdade, ou certificar-se de sua exatidão jurídica. Ao direito somente é possível conhecer a verdade por meio das provas.

Posto isto, concluímos que a finalidade imediata da prova é reconstruir os fatos relevantes para o processo e a mediata é formar a convicção do julgador. Os fatos não vêm simplesmente prontos, tendo que ser construídos no processo, pelas partes e pelo julgador. Após a montagem desse quebra-cabeça, a decisão se dará com base na valoração das provas que permitirá o convencimento da autoridade julgadora. Assim, a importância da prova para uma decisão justa vem do fato dela dar probabilidade às circunstâncias a ponto de formar a convicção do julgador.

Regressando aos autos, o recorrente não apresentou um único documento, seja planilha, livros fiscais, que comprovasse ou, como dito, levantasse uma fumaça do bom direito. Não foi por falta de oportunidade, pois tanto no despacho decisório como na manifestação de inconformidade foi identificado que o crédito que estava sendo utilizado na compensação por ele pretendida já havia sido aproveitado na extinção de outro tributo. Cabia ao contribuinte demonstrar que essa afirmativa não refletia a realidade. Não obstante, sua atitude foi de fazer alegações gerais, sem demonstrar as questões de direito que embasavam seu indébito. Também não se preocupou em participar da instrução processual, pois não apresentou nenhum documento probatório.

Diante dos fatos, cabe a esse Colegiado apreciar o pedido de restituição/ compensação com as provas contidas nos autos. No caso, nenhuma.

Pelas assertivas feitas, afluem razões jurídicas para manter a decisão de piso sobre o tema.

Multa de Mora.

Afirma o recorrente que o percentual da multa de mora não é razoável, sendo flagrantemente confiscatório.

Ocorre que a multa de mora está prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96. Não consta na jurisprudência que o artigo tenha sido declarado inconstitucional pelo STF, nem que tenha sido revogado. Portanto, ele subsiste. Para afastar a aplicação do cânone legal citado, deve esse Colegiado declarar a inconstitucionalidade do artigo, algo vedado no nosso ordenamento jurídico.

Consoante noção cediça, os Órgãos judicantes do Poder Executivo não têm competência para apreciar a conformidade de lei, validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente previsto, com preceitos emanados da própria Constituição Federal ou mesmo de outras leis, a ponto de declarar-lhe a nulidade ou inaplicabilidade ao caso expressamente previsto, haja vista tratar-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário.

Compete a esses órgãos tão-somente o controle de legalidade dos atos administrativos, consistente em examinar a adequação dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, zelando, assim, pelo seu fiel cumprimento.

Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da inconstitucionalidade e/ou invalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O Órgão Administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal, passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

Noutro giro, não se pode olvidar que esta matéria já foi pacificada no âmbito do CARF, com a aprovação do enunciado de súmula CARF nº 02:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Na linha do entendimento exposto, nego provimento ao recurso quanto à possibilidade de afastar o art. 61 da Lei nº 9430/96, sob o fundamento de inconstitucionalidade.

Taxa SELIC. Multa de Mora

O recorrente alega que a correção do crédito tributário pela taxa SELIC é ilegal.

Essa matéria já foi pacificada com a aprovação do enunciado de Súmula CARF nº 04, publicada no DOU de 22/12/2009:

> Súmula CARF nº 4
>
> A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.
>
> *Com base no enunciado de Súmula CARF nº 4, nego provimento a esse capítulo recursal.*
>
> *Por todo exposto, voto em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário."*

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do Anexo II do RICARF, o colegiado decidiu por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède