



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.720372/2010-06
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-007.081 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de novembro de 2019
Recorrente PWS ADMINISTRAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2001, 2002, 2004

ÔNUS DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. DESINCUMBÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

Ao contribuinte incumbe o ônus de prova dos fatos constitutivos de seus direitos. Inexiste comprovação de que houve recolhimento de PIS e COFINS na base de cálculo alargada (artigo 3º, §1º da Lei 9.718/98) julgada inconstitucional supervenientemente pelo Supremo Tribunal Federal.

Recurso Voluntário Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Mara Cristina Sifuentes – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros, Mara Cristina Sifuentes (presidente em exercício), Lázaro Antônio Souza Soares, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente), Luis Felipe de Barros Reche (suplente convocado), Fernanda Vieira Kotzias, João Paulo Mendes Neto. Ausente justificadamente o conselheiro Rosaldo Trevisan.

Relatório

Com a finalidade de relatar toda relação processual administrativa estabelecida até então entre a parte recorrente e o fisco, reproduz-se a integralidade do relatório elaborado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba/PA (3ª Turma) no momento do julgamento da Manifestação de Inconformidade:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra o Despacho Decisório SEORT/DRF/NHO, de 15/09/2010, do Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Novo Hamburgo – RS, que indeferiu os Pedidos Eletrônicos de Restituição, relativos a créditos de créditos de PIS e de Cofins, formulados pela contribuinte, no valor total de R\$ 189.119,60.

Em referido ato administrativo, a autoridade administrativa relata que os pedidos da interessada dizem respeito à inconstitucionalidade dos art. 2º e 3º da Lei 9.718, de 1998 (alargamento da base de cálculo das contribuições), com discussão somente na esfera administrativa, e que os pagamentos objetos das restituições encontravam-se totalmente alocados à débitos declarados (confessados em DCTF). Ainda, segundo a autoridade a quo, os pedidos de restituição foram indeferidos em face de os órgãos administrativos não poderem negar aplicação aos dispositivos de lei contestados, que, ao tempo da análise, encontravam-se em pleno vigor.

A contribuinte foi cientificada do citado despacho decisório, por meio da Intimação no 774/10, em 05/10/2010, e apresentou, em 21/10/2010, a Manifestação de Inconformidade por meio da qual repisa a existência de recolhimentos indevidos das contribuições (PIS e Cofins), em face da inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º da Lei no 9.718, de 1998. Defende, também, que a administração tributária deve adotar as decisões do STF, acerca de inconstitucionalidades da lei tributária, e que a entrada em vigor do art 79 da Lei 11.941, de 2009 (revogação do alargamento da base de cálculo das contribuições), deve ter efeito interpretativo, de modo a coroar as decisões da suprema corte e a conceder o suporte necessário aos seus pedidos de restituição.

Em seguida, por unanimidade a DRJ mencionada julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade com base no fato de inexistir nos autos qualquer comprovação de que a sociedade empresária inconformada teria recolhido os tributos de PIS e COFINS por meio da base de cálculo que posteriormente veio a ser julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não convencida, a pessoa jurídica interpôs Recurso Voluntário com fundamento no fato de que teria oferecido a integralidade dos documentos solicitados pela Receita Federal quando da intimação DRF/NHO/SEORT nº 679/2010 e que a autoridade administrativa não teria solicitado nenhum documento complementar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Paulo Mendes Neto, Relator.

Em que pese ter sido mencionado na folha de rosto a interposição do recurso, bem como das razões recursais a data de 16 de Julho de 2015 (quando o referido seria intempestivo), em virtude de constar carimbo da DRF em Novo Hamburgo/RS indicando a juntada em 18 de junho de 2015, considerar-se-á tempestivo o recurso. Além disso, em virtude de seguir os demais requisitos formais de admissibilidade, conhece-se do mesmo.

Do ônus probandi

É lição comezinha de direito processual que a distribuição do ônus de prova *ope legis* atribui a parte autora a comprovação dos fatos que dão origem ao direito pleiteado, isto é, a parte autora precisa provar ao órgão julgador os fatos constitutivos de seu direito. Nesse sentido merece destaque o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015:

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.

A partir da mesma lógica que, frisa-se, é clássica dentro da doutrina que estuda a relação jurídica processual em geral (inclusive em âmbito administrativo), merece destaque o Decreto 70.235 de 1972, que em seu artigo 16, §4º indica que a prova deve ser trazida pelo contribuinte no momento da impugnação, senão vejamos:

Art. 16. A impugnação mencionará:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

A Lei que rege o processo administrativo federal também impõe dispositivo que advoga neste sentido, vide:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Em que pese todos esses dispositivos, o contribuinte não se desincumbiu de seu ônus *probandi*, pois para que seja possível que a autoridade administrativa realize a verificação de pagamento a maior, é necessário que seja apresentada escrituração contábil pormenorizada capaz de indicar que se incluiu na base de cálculo valores que não deveriam constar na mesma.

Todo conjunto probatório colacionado até então se mostra insuficiente para amparar o que pleiteia a parte recorrente. Além de, até então, inexistir prova robusta, idônea e

hábil a provar que a pessoa jurídica recorrente se valeu de base de cálculo que tenha incluído valores indevidos, não há qualquer discriminação do que efetivamente deveria ter sido retirado da base de cálculo.

Como é sabido, depois da Lei 11.941/2009, a apuração da base de cálculo para o PIS e COFINS passou a corresponder a receita bruta auferida pela pessoa jurídica, ou seja, as receitas decorrentes do exercício do objeto social constante no contrato social da pessoa jurídica tributada, ou ainda àquelas advindas de seu objeto econômico ou de atividades habitualmente exercidas no contexto de sua organização.

Mesmo que tivesse força *probandi* o documento de fl. 327 desses autos (como já foi decidido pela DRJ, não o possui para as finalidades que se pretendia a Manifestação de Inconformidade e que se pretende este Recurso Voluntário), o que se indica como componentes da base de cálculo tão somente as receitas de "Aluguéis", "Vendas de Terrenos", "Rendas Financeiras" e "Outras Receitas".

Excetuando-se o último componente, os demais estão inseridos dentro do objeto social do exercício empresarial da sociedade empresária recorrente, conforme se pode identificar na "cláusula quarta" do contrato social (fl. 318 do processo digital), o que atrai a regularidade de incluí-las para fins de composição da base de cálculo.

Essa última afirmação pode ser extraída a partir da análise conjunta de dois diplomas legais: a Lei 9.715/98 e o Decreto 9.580/2018, senão vejamos:

Lei 9.715/98

Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente: I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Decreto 9.580/2018

Art. 290. Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11, § 2º).

Ora, enquanto o dispositivo da primeira legislação mencionada abre para instrumentalização de conceito próprio da legislação do imposto de renda, o segundo dispositivo trazido preenche de conteúdo o primeiro, na medida em que prevê como lucro bruto o resultado da atividade de bens e serviços que constitua objeto da pessoa jurídica. Por essa razão, as referidas receitas mencionadas anteriormente deveriam compor a base de cálculo do recolhimento supostamente realizado a maior.

Com relação ao que consta como "outras receitas" vale o argumento até então frisado pela DRJ e repisado por esta decisão: não há elementos probatórios capazes de ensejar a

conclusão de que houve recolhimento que se valeu de base de cálculo julgada inconstitucional posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.

Por todo o exposto, é forçosa a conclusão de que não houve desincumbência probatória da parte recorrente em apresentar os documentos necessários e suficientes para provar fato constitutivo de seu direito, qual seja o alegado recolhimento com base de cálculo prevista em legislação julgada inconstitucional em sede de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral: RE 585235 QO-RG - É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98).

Conclusão

Com base em todas as razões anteriormente expostas, voto pelo **CONHECIMENTO** do recurso e, no mérito, pela sua **TOTAL IMPROCEDÊNCIA**.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto