



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

Processo n° 11080.919647/2011-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3803-005.244 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 29 de janeiro de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - COFIN
Recorrente CÁPSULA CINEMATOGRAFICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/07/2005

LOCAÇÃO DE FONOGRAMAS. ATIVIDADE OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL.

O conceito de receita bruta sujeita à contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso a locação de fonogramas, que compõe o objeto social da pessoa jurídica.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/03/2004 a 31/04/2004

PROVA. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA RECORRENTE.

O ônus da prova é de quem alega o direito ou o fato que o modifica. A mera alegação do direito ao crédito desacompanhada de elementos de prova da sua liquidez é inapta para fazer anular ou reformar a decisão administrativa que considerou improcedente a manifestação de inconformidade.

AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DECISÕES DEFINITIVAS DO STF. APLICAÇÃO PELO CARF.

No julgamento dos recursos no âmbito do CARF devem ser reproduzidas pelos Conselheiros as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática prevista pelo artigo 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, em conformidade com o que estabelece o Regimento Interno (RE 346.084).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida e, no mérito, em negar provimento ao recurso. O

conselheiro Jorge Victor Rodrigues votou pelas conclusões. Fez sustentação oral pela recorrente o advogado Gustavo Rafael Fagundes Verch, OAB-RS 90645.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Belchior Melo de Sousa - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Corintho Oliveira Machado, Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafetá Reis, João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

Trata-se de processo de DComp eletrônica que utiliza crédito de pagamento a maior ou indevido de Cofins no valor de R\$ 10.833,07, do total pago em DARF de R\$ 15.524,24, referente ao mês de julho de 2005, compensando diversos tributos.

A DRF de origem emitiu Despacho Decisório não homologando a DComp sob a alegação de que o valor já teria sido integralmente utilizado para quitar débitos do contribuinte, não restando saldo de crédito disponível.

Em manifestação de inconformidade apresentada, a empresa, em síntese, alegou que o débito de Cofins relativo ao período de apuração não corresponde ao valor efetivamente devido e recolhido, por ter incluído na base de cálculo da contribuição receitas de locação de fonogramas, que estariam desvinculadas da sua prestação de serviço devido à alteração promovida pela Lei nº 9.718/98.

Comentou que a exigência de Cofins sobre as receitas aludidas no § 1º, art. 3º, da Lei nº 9.718/98, teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Em seguida, discorreu sobre o conceito de faturamento. Argumentou que o direito creditório independe dos valores informados em declarações (DCTF e DIPJ).

Em julgamento da lide a DRJ/Porto Alegre não acolheu os argumentos da Defesa, sustentando que são operacionais as receitas da atividade de locação de bens móveis, enquadrando-se no conceito de faturamento, mesmo a despeito da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, pelo STF. Apontou, ainda, para a falta de comprovação do crédito em sua escrituração, tendo anotado que o ônus de provar é de quem alega o direito.

A decisão foi ementada como segue:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO
DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS*

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/07/2005

*DCTF, DIPJ E DARF. CONCORDÂNCIA COM O
DESPACHO DECISÓRIO.*

A mera alegação da existência do crédito, desacompanhada de elementos de prova certeza e liquidez, não é suficiente para reformar a decisão de compensação. Ainda mais quando as declarações apresentadas DCTF e DIPJ, e o recolhimento em DARF, estão de acordo com o valor considerado pela DRF jurisdicionante.

LOCAÇÃO DE FONOGRAMAS.

Estando dentro do objeto social da empresa a locação de fonogramas, essa receita se encontra inserida dentro da base de cálculo da COFINS.

Cientificada da decisão em 29 de abril de 2013, sexta-feira, irresignada, apresentou recurso voluntário em 29 de maio de 2013, em que:

a) reclama pela nulidade da decisão recorrida por não ter o Colegiado promovido a instrução do processo mediante solicitação/intimação à Manifestante para apresentação dos documentos contábeis/fiscais que comprovassem o montante das receitas que haveriam de lhe conferir o direito ao crédito utilizado na DComp;

b) no mérito, reitera o mesmo argumento trazido na manifestação de inconformidade, com o amparo de doutrina e decisões do CARF, pretendendo a reprodução no presente julgamento da decisão do STF quanto à inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, com fulcro no art. 62-A do RI/CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Belchior Melo de Sousa - Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Preliminar de Nulidade

A falta de comprovação do alegado crédito constitui-se, no acórdão combatido, em fundamento subsidiário, que teve como prejudicial o fundamento erigido na questão principal contrário ao interesse da Manifestante: o direito de não incluir na base de cálculo das contribuições as receitas decorrentes de cessão temporária de direitos de veiculação de fonogramas.

No voto condutor o Julgador *a quo* mencionou de forma expressa a necessidade de anexação dos elementos de verificação e mensuração do reclamado direito, consubstanciados na escrita contábil e fiscal.

De fato, a decisão proferida por meio de despacho decisório eletrônico suprime a manifestação esclarecedora prévia do contribuinte. O art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72 elucida todas as providências que o contribuinte inconformado com o despacho

decisório deve tomar na feitura da sua defesa, inclusive determinando a anexação das provas que possuir. Nesse formato de decisão administrativa, a manifestação de inconformidade é o primeiro esclarecimento que o contribuinte presta. Há situações em que os elementos de prova colacionados nessa defesa são insuficientes ao juízo do julgador de primeira instância, que, com base no dispositivo acima, não tem permitido a complementação das provas por meio de diligência, vindo a julgar pela improcedência das razões do contribuinte.

Por essa razão - e com arrimo no princípio da verdade material que deve informar o processo administrativo fiscal - , não se tratando de processo de determinação e exigência de crédito tributário, penso que o julgador não deve levar a extremo o princípio da preclusão da prova. Contudo, para afastá-lo é imperioso que o recorrente preencha a lacuna da sua defesa, conforme apontado pela decisão de primeira instância, suprimindo o recurso voluntário com as provas que possuir e, de preferência, se necessário, de acordo com a conformação da causa, aparelhando-o com demonstração gráfica do direito em disputa.

A decisão de primeiro grau já lhe dá esse norte, de modo a poder o recorrente apurar a sua defesa. Somente diante de provas cabais com que instrumentalizado o recurso *poderia* o julgador de segunda instância propugnar: (i) pelo seu provimento, se abraçasse tese distinta da decisão recorrida ou diante de causa madura, na hipótese de mérito não apreciado na primeira instância; (ii) pela anulação da decisão de primeiro grau para apreciação do mérito, caso não o tenha sido.

Não é o que se dá neste processo, em que o recurso voluntário novamente não se fez acompanhar das provas do direito alegado.

É dever do inconformado com decisão administrativa de juntar à sua defesa as provas que possuir, segundo o ditame da norma que regula, em específico, o processo administrativo fiscal, segundo disposição do art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

Esta norma mandamental não é ofuscada pela norma genérica do art. 29 da Lei nº 9.784/99^{1]} (que regula a atividade de instrução da Administração, para tomada de decisões, seja de ofício ou por impulsão do órgão responsável pelo processo), que não possui um comando para a Administração, sobretudo quando a decisão em meio eletrônico se dá sobre as informações anteriormente prestadas pelo contribuinte.

Não resta, pois, violado o direito à ampla defesa, que daria ensejo à nulidade da decisão.

De mais a mais, restaria ineficaz a decretação de nulidade de decisão de piso, vez que a questão da prova é prejudicada pelo direcionamento dado à presente decisão.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

Mérito

¹ Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

A disputa nestes autos cinge-se à (in)existência do crédito de pagamento indevido de Cofins utilizado na DComp sob análise que teria sido originado de receitas de cessão de uso de fonogramas, que por sua natureza não deveriam ter sido incluídas na base de cálculo da contribuição. Os valores pagos circunscrevem-se ao regime cumulativo, regido pela Lei nº 9.718/98.

A decisão recorrida equacionou a lide em três questões:

i) o fato de o pagamento refletir os dados constantes das declarações prestadas pela própria Contribuinte em DCTF e DIPJ, ante o que o tratamento eletrônico dos dados da DComp que resultou no despacho decisório eletrônico fez-se escoreito;

ii) a falta de prévia retificação das declarações reclama a apresentação, na defesa, dos elementos que sustentem a alegação de existência do crédito e comprovem a sua medida; e

iii) as receitas provenientes da locação de fonogramas, por comporem o objeto social da empresa é operacional e, como tal, compõem a base de cálculo da contribuição.

O deslinde da matéria - receitas decorrentes da locação de fonogramas -, transita por se identificar o alcance da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, ao ter fixado o STF que o faturamento é composto exclusivamente das receitas decorrentes da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, a teor do art. 195, I, da CF/88.

Segundo a Recorrente, o cerne da discussão na primeira instância não reside na hipótese de as citadas receitas não fazerem parte da atividade operacional da empresa, mas no que toca à sua natureza, quanto a ser ou não uma prestação de serviço, que nos termos da lei civil subentende não uma obrigação de fazer, mas uma obrigação de dar. Assim, no seu entendimento estaria fora do alcance determinado pela decisão do STF quando delimitou o conteúdo do termo faturamento.

Registre-se que após o trânsito em julgado daquela decisão inúmeras contestações transitaram pela Corte Suprema inúmeras em sede de Agravo Regimental questionando exatamente o contorno que fora dado a esta grandeza - faturamento - enquanto base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

O Tribunal tem se manifestado na forma como abaixo explicitado, definindo que o conceito de receita bruta sujeita às aludidas contribuições *“envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”*.

03/10/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 371.258-6 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
AGRAVANTE(S) : FORMISA PARTICIPAÇÕES E
 EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA.
ADVOGADO(A/S) : ADRIANA ZANNI FERREIRA
AGRAVADO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : PFN - AFONSO GRISI NETO

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

Esta delimitação vem sendo observada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais regionais federais^[2]

Com efeito, as receitas com a cessão de direitos de autor consta do objeto social da Recorrente, constituindo-se como uma das suas atividades típicas, empresariais, e, assim, alcançadas pela definição de faturamento, nos termos das reiteradas decisões do STF que esclarecem o seu conteúdo ao ser declarada a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Segundo a disposição do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, veiculado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009^[3], a decisão do STF deve ser observada pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Pelo que, não se há de admitir a exclusão da base de cálculo das receitas com a locação de fonogramas.

Ainda que superada esta questão, reitero o que já pontuado pela decisão recorrida quanto à falta dos elementos de prova do direito alegado. Demarcada a necessidade desse ato processual da então Manifestante, pela decisão de primeiro grau, conforme transcrito abaixo, a Recorrente nada junta aos seus argumentos, no recurso voluntário:

Por outro lado, é de se destacar que a empresa ao interpor essa manifestação de inconformidade, não apresentou nenhum documento contábil que pudesse comprovar o suposto erro de fato que teria cometido quando do preenchimento da DCTF, da DIPJ e do recolhimento do DARF.

Ora, é da essência da relação processual que as alegações sejam devidamente instruídas com as respectivas provas. Tal princípio encontra-se inscrito no art. 36 da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no

² Resp 776.775/RJ; EDcl no Resp nº 929.521/SP; AC AMS 35.023-74.2007.4.03.6100 [TRF-3].

³ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

âmbito da Administração Pública Federal, assim como no art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal:

Lei nº 9.784/99

“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.” — O destaque é meu.

Decreto nº 70.235/72

Art. 16. A impugnação mencionará:

...

III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e **provas que possuir**. (g.n)

De mais a mais, o próprio Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que se aplica em caráter subsidiário aos processos administrativos — inclusive aos tributários — não é menos incisivo ao atribuir a quem alega um direito a prova de seu fato constitutivo:

Lei nº 5.869/73

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;[...]”

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das sessões, 29 de janeiro de 2014

(assinado digitalmente)

Belchior Melo de Sousa