



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13888.916067/2011-32
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-006.169 – 3ª Turma
Sessão de 13 de dezembro de 2017
Matéria DCOMP. PAGAMENTO INDEVIDO. COMPROVAÇÃO.
Recorrente FÊNIX EMPREENDIMENTOS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do Fato Gerador: 28/02/2002

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE.

A admissibilidade do recurso especial de divergência está condicionada à demonstração de que outro Colegiado do CARF ou dos extintos Conselhos de Contribuintes, julgando matéria similar, tenha interpretado a mesma legislação de maneira diversa da assentada no acórdão recorrido.

Conseqüentemente, não há que se falar divergência jurisprudencial, quando estão em confronto situações diversas, que atraem incidências específicas, cada qual regida por legislação própria.

Da mesma forma, se os acórdãos apontados como paradigma só demonstram divergência com relação a um dos fundamentos assentados no acórdão recorrido e o outro fundamento, por si só, é suficiente para a manutenção do *decisum*, não há como se considerar demonstrada a necessária divergência de interpretação.

Recurso Especial do Contribuinte não Conhecido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza (suplente convocado), Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire (suplente convocado), Valcir Gassen (suplente convocado), Vanessa Marini Ceconello, Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Contribuinte com fundamento nos artigos 64, inciso II, 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, contra ao Acórdão nº **3802-002.835**, que possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do Fato Gerador: 28/02/2002

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718, DE 1998, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Inadmissível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, não poderão integrar a base de cálculo da contribuição as receitas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional no 20, de 1998.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do Fato Gerador: 28/02/2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DIREITO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Realidade em que o sujeito passivo, embora abrigado, em tese, pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, não demonstrou nos autos o alegado recolhimento indevido, requisito indispensável ao gozo do direito à restituição previsto no inciso I do artigo 165 do Código Tributário Nacional. A não comprovação, portanto, do indébito, impede seja reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Recurso a que se nega provimento".

Não conformada com tal decisão a Contribuinte interpôs o presente recurso. Visando comprovar o dissenso jurisprudencial apontou como paradigmas os Acórdãos nºs 3302-002.226 e 3302-01.748.

Mediante despacho de admissibilidade do Presidente da Segunda Câmara da Terceira Seção de Julgamento do CARF foi dado seguimento ao recurso.

Devidamente cientificada, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões nas quais requer o não-conhecimento do recurso especial interposto pela Contribuinte. Alternativamente, requer, no mérito, que seja negado provimento ao recurso, mantendo-se o acórdão proferido pela eg. Turma *a quo* por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido no Acórdão 9303-006.142, de 13/12/2017, proferido no julgamento do processo 13888.916042/2011-39, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcreve-se como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (Acórdão 9303-006.142):

"O Recurso foi apresentado com observância do prazo previsto, restando contudo investigar adequadamente o atendimento aos demais pressupostos de admissibilidade, prerrogativa, em última análise, da composição plenária da Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a qual tem competência para não conhecer de recurso especiais nos quais não estejam presentes os pressupostos de admissibilidade respectivos.

Primeiramente, se faz necessário lembrar e reiterar que a interposição de Recurso Especial junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao contrário do Recurso Voluntário, é de cognição restrita, limitada à demonstração de divergência jurisprudencial, além da necessidade de atendimento a diversos outros pressupostos, estabelecidos no artigo 67 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015. Por isso mesmo, essa modalidade de apelo é chamada de Recurso Especial de Divergência e tem como objetivo a uniformização de eventual dissídio jurisprudencial, verificado entre as diversas Turmas do CARF.

Neste passo, ao julgar o Recurso Especial de Divergência, a Câmara Superior de Recursos Fiscais não constitui uma Terceira Instância, mas sim a Instância Especial, responsável pela pacificação dos conflitos interpretativos e, conseqüentemente, pela garantia da segurança jurídica dos conflitos.

Após essa breve introdução, passemos, então, ao exame de admissibilidade do Recurso Especial.

A divergência suscitada pela Contribuinte em razão do acórdão recorrido ter decidido que o Recorrente não teria demonstrado nos autos o recolhimento indevido, pois apesar de ter acostado documentos, deixou de retificar a DCTF e o DACTON, sendo que este último seria imprescindível para se confirmar a alegada inclusão indevida de receitas não tributáveis, na base de cálculo da contribuição em questão.

Verifica-se que o voto condutor da decisão recorrida, o recurso voluntário não mereceu provimento sob o fundamento de que:

"Agora, além dos documentos acima citados, a suplicante acosta aos autos cópias das folhas do Livro Razão inerentes à contabilização das receitas financeiras do período (ver fls. 80/81).

Todavia, permanece sem apresentar a DCTF retificadora, o mesmo podendo ser dito em relação à DIPJ retificadora e ao DACON retificador. Ou seja, mesmo considerando a possibilidade de retificação de ofício da DCTF por parte da autoridade administrativa - acaso demonstrada a legitimidade da correção dos valores declarados - , entendimento que esta Turma tem adotado em muitos de seus julgados, não se pode olvidar da necessidade de apresentação dos documentos comprobatórios do reclamado indébito, dentre os quais o DACON retificador, imprescindível para verificar se, na base de cálculo da contribuição, foram originalmente consideradas as receitas financeiras do sujeito passivo, fonte do direito creditório reclamado.

Sem a devida comprovação não há como afirmar que o crédito reclamado é indevido, ainda que admitidas as novas provas acostadas aos autos (Livro Razão) em homenagem ao princípio da efetividade do processo, que tem como norte um processo menos formalista, que deságua na busca pela verdade material. Mas esta há que ser harmonizada com a segurança e a celeridade exigidas nas lides administrativas, não se podendo transferir para o Fisco o ônus de comprovar o direito creditório alegado, que é do sujeito passivo, a teor do disposto no artigo 333, inciso I, do CPC".

Como se observa, a decisão recorrida, fundamentou que a Contribuinte não comprovou o direito ao crédito reclamado, se desincumbiu do ônus probatório consistente em demonstrar o seu direito creditório. Isto é, não comprovou que houve erro ou pagamento a maior hábil a gerar o indébito alegado.

Por outro lado, o acórdão paradigma nº **3302-01748**, analisou tão somente a questão relativa a necessidade de retificação da DCTF em momento anterior à apresentação da DCOMP. Além disso, naquele caso o Sujeito Passivo providenciou a retificação da DCTF, circunstância que não se verifica no presente caso. Transcrevo parte do aresto:

"Como relatado, a empresa Recorrente apurou a existência de pagamento indevido de Cofins e o utilizou para compensação de débito seu, apresentando a competente PER/DCOMP sem, contudo, efetuar a retificação da DCTF anteriormente apresentada.

Corretamente, a DRF verificou que o valor do pagamento (Darfs) informado pela Recorrente foi integralmente aproveitado no débito informado na DCTF e, por esta razão, não reconheceu a existência de crédito e não homologou a compensação declarada.

Somente após a ciência da decisão que não homologou a compensação declarada é que a Recorrente providenciou a retificação da DCTF e ingressou com manifestação de inconformidade, esta indeferida pela DRJ porque a DCTF fora apresentada após a ciência do Despacho Decisório da DRF e porque a Recorrente não apresentou a prova da existência do crédito alegado.

Por seu turno, no recurso voluntário a empresa Recorrente sustenta que o crédito efetivamente existe e está devidamente provado nos autos e que efetuou a retificação da DCTF após a ciência do despacho decisório.

Concluindo: à mingua de previsão legal, a falta de apresentação de DCTF retificadora, ou a sua apresentação após a emissão do Despacho Decisório, por si só, não se constitui em motivo para o indeferimento do pedido de restituição e, conseqüentemente, para a não homologação da compensação declarada pela Recorrente. Deve, portanto, a autoridade administrativa da RFB apurar a liquidez e a certeza do crédito pleiteado considerando

todas as provas trazidas aos autos e outras que julgar imprescindível para apurar a verdade material e formar sua convicção.”

Neste mesmo sentido, o acórdão paradigma nº 3302-002.226, trata de situação na qual foi apresentado o DICON retificador. Vejamos:

Por seu turno, no recurso voluntário a empresa Recorrente sustenta que o crédito efetivamente existe e está devidamente provado nos autos e que efetuou a retificação da DCTF após a ciência do despacho decisório.

Relatório

“Por bem retratar a matéria tratada no presente processo, transcrevo o relatório produzido pela DRJ de Brasília:

(...)

Considerado cientificado dessa decisão em 22/10/2009, bem como da cobrança dos débitos confessados na Dcomp, o sujeito passivo apresentou em 23/11/2009, manifestação de inconformidade à fl. 2 a 6, acrescida de documentação anexa.

A contribuinte alega que houve inúmeros erros na consolidação dos dados da apuração da contribuição, o que teria originado o crédito pleiteado. Retificou a Dicon do período para demonstrar o valor que seria realmente devido. Anexa cópias das declarações retificadas.

Voto

“Em síntese, a Recorrente advoga a existência de pagamentos indevidos e junta ao processo a Dicon retificadora transmitida em data anterior ao despacho decisório exarado pela DRF.”

Como se vê, as decisões paragonadas não se identifica semelhança fática, o acórdão recorrido entendeu imprescindível a apresentação dos documentos comprobatórios do indébito, dentre os quais o DICON retificador, para verificar se, na base de cálculo da contribuição, foram originalmente consideradas as receitas financeiras da Contribuinte, fonte do direito creditório guerreado.

Por outro lado, Os acórdãos indicados como paradigmas, não apresentam similitude fática, considerada relevante para o resultado do julgamento.

No que tange o acórdão nº 3302-01748, nada fala sobre a questão da apresentação do DICON retificador. Além disso, traz o fundamento com o qual concorda a Turma *a quo*, relativa à necessidade ou não de retificação da DCTF em momento anterior à emissão do despacho decisório. Se a presente controvérsia girasse apenas em torno dessa matéria, a Turma *a quo* poderia ter acatado a pretensão da Contribuinte.

A decisão recorrida encampou o fundamento de que:

“mesmo considerando a possibilidade de retificação de ofício da DCTF por parte da autoridade administrativa – acaso demonstrada a legitimidade da correção dos valores declarados –, entendimento que esta Turma tem adotado em muitos de seus julgados”.

Sem embargo, a retificação do DICON, embora, possa parecer irrelevante para o Acórdão n. 3302-002.226, o mesmo não ocorre em relação a decisão recorrida.

Entretanto, o fato é que essa retificação do DACON ocorreu no caso discutido no acórdão indicado como paradigma (Acórdão nº 3302-002.226), ao passo que o mesmo não se verificou no presente caso.

Com efeito, a situação examinada pelo Acórdão n. 3302-002.226, poderia a Turma *a quo* ter decidido de forma diversa, ou acolhendo a pretensão da contribuinte, ou determinando o retorno dos autos em diligência. O fato é que ocorreu na situação abordada pelo Acórdão n. 3302-002.226 circunstância relevante, não presente na decisão recorrida, que poderia ter alterado a convicção ou a fundamentação do colegiado *a quo*.

O contexto fático exposto nas decisões paradigmas e no acórdão recorrido, patente pela leitura das passagens acima transcritas, demanda do mesmo modo, que o recurso especial não seja conhecido em face da ausência de demonstração de que, discutindo casos similares, foi dada interpretação jurídica diversa.

Neste sentido, O Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial (versão atualizada, pg.30) estabelece que:

O RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, assim estabeleceu, em seu art. 67, § 1º, do Anexo II: "§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar de forma objetiva qual a legislação que está sendo interpretada de forma divergente."

Em 15 de fevereiro de 2016, foi publicada a Portaria MF nº 39, de 12 de fevereiro de 2016, com a seguinte redação: "§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente."

Neste sentido, não tomo conhecimento do Recurso interposto pela Contribuinte, em razão de não ter sido comprovada divergência, e similitude fática, nos termos do § 1º da Portaria MF nº 39, de 12 de fevereiro de 2016."

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do RICARF, o recurso especial do contribuinte não foi conhecido.

assinado digitalmente

Rodrigo da Costa Pôssas