



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

Processo nº 16327.901655/2006-58
Recurso nº 16.327.901655200658 Voluntário
Acórdão nº 3403-002.955 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2014
Matéria COFINS. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente BANCO ITAU S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES E PROVAS APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO. PRECLUSÃO.

Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento, os argumentos e provas não submetidos ao julgamento de primeira instância, apresentados somente na fase recursal.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2002

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS.

É vedada a compensação de débitos com créditos desvestidos dos atributos de liquidez e certeza.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, em negar provimento ao recurso voluntário da seguinte forma: 1) pelo voto de qualidade, quanto à glosa referente à conta COSIF 7.1.5.90.00-6, vencidos os Conselheiros Domingos de Sá Filho, Ivan Allegretti e Luiz Rogério Sawaya Batista; e 2) por maioria de votos, quanto às demais glosas, vencido o Conselheiro Domingos de Sá Filho (relator). Designado para a redação do voto vencedor o

Conselheiro Alexandre Kern. Esteve presente ao julgamento o Dr. Choi Jong Min, OAB/SP nº 287.957.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Domingos de Sá Filho – Relator

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern – Redator designado

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pelo Banco Itau S.A objetivando a modificar decisão de piso que negou o direito do pedido de restituição/compensação de valores referentes à COFINS apurado em dezembro de 2002 com débitos de IRPJ, CSLL e COFINS.

Consta da peça recursal que a pretensão indeferida se refere pagamento a maior relativamente ao fato gerador de dezembro de 2002, visto que, declarou em DIPJ/2003 o valor de R\$ 25.418.689,97 a título de COFINS e recolheu o montante de R\$ 30.264.975,16, fazendo gerar um crédito de R\$ 4.846.285,19. Afirma, ainda, o que está em discussão é tão-só a diferença.

Diz também que a Administração (Despacho decisório) ao refazer à base de cálculo da COFINS dectou ou suposta irregularidade nos valores apontados nas linhas 05,17e 24 da ficha 20C da DIPJ/2003, diante desse fato a DEINF apurou uma base de cálculo maior que a declarada pela Interessada, conseqüentemente indeferiu o pedido de compensação.

Sustenta decadência alegando que antes do despacho nunca houve questionamento pela fiscalização, assim, tratando-se de fato gerador de dezembro de 2002 e considerando que a notificação somente aconteceu em 06 de junho de 2009 restaria patente o decurso do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.

No mérito sustenta que a divergência apontada pela fiscalização é basicamente de critérios para exclusões de receitas da base de cálculo da COFINS, divide a defesa nos itens: “A”, “B”, “C”, “D”.

Quanto ao **item “a”**: Afirma que a questão gira em torno da Conta **Cosif 7.1.5.80.00-9 (Rendas em Op. c/Derivativos) – R\$ 279.947.009,38 – Cosif 7.1.5.90.00-6 (TVM – Ajuste Positivo ao Valor de Mercado) – R\$ 2.178.446,15 – COSIF 7.3.9.90.20-2 (Rendas em Op. c/Derivativos) – R\$ 30.281.310,91**, que à glosa deu-se ao fundamento de que a permissão não consta no Anexo I da IN nº 247/2002 e a Decisão recorrida entendeu que a recorrente não demonstrou a não alienação dos ativos.

Justifica o seu entendimento no art. 22 da IN Nº 247/02 de que os valores são passíveis de tributação quando da alienação dos respectivos ativos, sustentação que alcança também a matéria referente à conta COSIF 7.3.9.90.20-2.

Em relação ao item “b” afirma que a previsão para exclusão encontra estampado no art. 10º, § 1º da IN 247/2002, c/c o Quadro II do anexo I, que determina que se o resultado das operações sujeitas a ajuste diário for uma despesa (excesso de perdas), este valor não será deduzido da base de cálculo.

No item “c” conta Cosif Específico (Receita Prest. Serviços a PJ – Exterior) – R\$ 1.671.182,11, não se conforma com o resultado do julgamento de que não foram apresentados documentos que comprovem que a importância em questão se refere à receita de prestação de serviços a PJ do Exterior.

No item “d” – Cosif nº 8.1.9.99.00-6 de que trata do valor de R\$ 49.178.305,83. Diz tratar-se de classificação contábeis sobre as variações diárias, que esses valores foram reconhecidos somente em dezembro e não acarreta prejuízo ao fisco.

Concluiu pediu reforma do julgado, caso persiste dúvida que fosse baixado em diligência para esclarecer a verdade.

A decisão recorrida negou o pleito ao argumento de que existia irregularidades nos valores das linhas 05, 17 e 24 da Ficha C DIPJ/2003 justificando a glosa pela ausência de previsão legal pela IN 247/2002. Quanto à glosa dos valores da Linha 24 (Outras exclusões) – Receitas de Prestação de Serviços a PJ-Exterior e Reclassificação BACEN Denor 37/95, visto que, em relação a primeira não consta o número da conta COSIF no demonstrativo de apuração apresentado pelo contribuinte, ainda que o mesmo tenha afirmado em alegações (105/125), que tal valor estava incluído no total da conta 7.3..91.011-9 (Outras Rendas Operacionais Diversas), deixou de apresentar documentos das operações para provar que a importância de R\$ 1.671.182,11 se refere à Receita de Prestação de Serviços a PJ do Exterior. Em relação a segunda, também não consta o número da conta Cosif no demonstrativo de apuração apresentado, isso é referente a conta Cosif 8.1.9.99.00-6.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Domingos de Sá Filho, Relator.

Trata-se de recurso tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual impõe o conhecimento.

A discussão se refere ao direito de excluir da base de cálculo os valores consignados nas linhas 05, 17 e 24 da Ficha 20C (cálculo da COFINS) do mês de dezembro de 2002, da DIPJ/2003.

Há argumento do transcurso do prazo decadência da Fazenda rever os valores informados em razão da inexistência de questionamento até o advento do Despacho Decisório que negou o direito de pedir restituição ou compensação.

Não merece prosperar a sustentação da perda do direito da Fazenda, como restará evidente. Nos casos de restituição, ressarcimento e compensação são dever da Administração certificar da certeza e liquidez do crédito, para tanto, impõe analisar detidamente todos os elementos capaz de certificar a exatidão do que foi pedido, esse fato só

acontece com o provocamento da parte interessada, iniciando o prazo para contagem da homologação tácita.

No caso concreto não se trata de lançamento e sim de conferência de dados, portanto, consoante melhor juízo, tem-se que não pode repercutir ao caso dos autos a perda do direito da Fazenda. Assim, afasto a preliminar de decurso de prazo.

No mérito.

Restou decidido que a glosa dos valores deduzidos da base de cálculo da COFINS referentes às contas Cosif 7.1.5.80.00-9 – 7.1.5.90.00-6 e 7.3.9.90.20-2, no valor de R\$ 279.947.009,38, R\$ 2.178.446,15 e R\$ 30.281.310,91, respectivamente, pelos motivos relacionados no despacho decisório:

- a) Cosif 7.1.5.80.00-9 (rendas em Oper. Com Derivativos), em razão de inexistir permissão legal no Anexo I da IN 247/2002;
- b) Conta Cosif 7.1.5.90.00-6 (TVM – Ajuste Positivo ao Valor de Mercado) – por não constar no Anexo I da In 247/2002, como exclusão na apuração da base de cálculo da COFINS;
- c) Conta Cosif 7.3.9.90.20-2 (Rendas em Op. Com Derivativos), por ter sido deixado de ser considerado na apuração da receita bruta do mês, e, conta não constante do Anexo I da IN 247/2002, como exclusão na apuração da base de cálculo.

Os valores pertinentes as glosas inclusão estão devidamente relacionados fls. 490/491, do Despacho Decisório.

Assim estabelece a norma do art. 22 da IN nº 247/2002:

“Art. 22. A receita decorrente da avaliação de títulos e valores mobiliários, instrumentos financeiros derivativos e itens objeto de hedge, registrada pelas instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), em decorrência da valoração a preço de mercado no que exceder ao rendimento produzido até a referida data, somente será computada na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS quando da alienação dos respectivos ativos. (Revogado pela Instrução Normativa RFB nº 1.285, de 13 de agosto de 2012)”

“Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, considera-se alienação qualquer forma de transmissão da propriedade, bem assim a liquidação, o resgate e a cessão dos referidos títulos e valores mobiliários, instrumentos financeiros derivativos e itens objeto de hedge. (Revogado pela Instrução Normativa RFB nº 1.285, de 13 de agosto de 2012)”

A discussão sobre a possibilidade da exclusão da base de cálculo encontra disciplinada a nível interno da RFB e de tudo que consta nos autos se refere exclusivamente descrição da conta no Anexo I.

Extraí-se da redação do art. 22 da IN nº 247, que os ganhos contabilizados nessas contas serão incluídos à base de cálculo quando da alienação dos respectivos ativos,

consequentemente, submetidos à incidência da tributação para a COFINS Trata-se de regra simples e esclarecida ainda mais pela redação do parágrafo único do art.22 dizendo o que é considerado como alienação para os efeitos da norma.

Examina-se neste contexto se a exclusão dos valores contabilizados nas contas Cosif 7.1.5.80.00-9 (rendas em Oper. Com Derivativos) e 7.1.5.90.00-6 (TVM – Ajuste Positivo ao Valor de Mercado) encontra guarida pela IN 247. Depreende-se da leitura do dispositivo legal que o momento certo para inclusão dos valores consignados com rendas em operações com derivativos e ajustes positivos ao valor de mercado está estritamente vinculado ao fato alienação.

Um dos motivos é de que a autorização não consta do anexo I, que tenho como superado pelo texto do art. 22. O outro é de que não houve prova por parte da recorrente da não alienação dos ativos.

A recorrente cuidou de atender as exigências da fiscalização, juntando demonstrativo da composição da receita, assim como a contabilização das despesas. Consoante melhor juízo a recorrente não está obrigada a fazer prova que a toda evidência se revela negativa, cabe ao Fisco demonstrar que as aplicações em derivativos foram alienadas. Em sendo assim, há de se afastar essa motivação da fiscalização como obstáculo a autorizar a restituição e a compensação desejada.

Passamos analisar a exclusão do valor de R\$ 49.178.305,83 a título de “Reclassificação – BACEN Denor 37/95”, consignada na linha 24 da ficha 20C da DIPJ/2003, como “Outras Exclusões”.

O esclarecimento da Instituição Financeira à indagação é de que:

*1. “o valor de R\$ 49.178.305,83 (doc.2) resulta de reclassificação contábil sobre as variações diárias de taxas em moeda estrangeira, quando a natureza das contas envolvidas estiverem com saldos invertidos, conforme estabelecido na Orientação DENOR nº 37/95 do BACEN (doc. 3). Portanto, as variações cambiais de natureza devedora, classificadas contabilmente no COSIF 8.1.9.99.00-6 – “**Outras Despesas Operacionais**” - são excluídas na base de cálculo do PIS e COFINS, em consonância com a IN 247/02 – anexo I (doc.4)”*

2 – “O valor de R\$ 1.671.182,11 (doc. 5) refere-se à “Receita de Prestação de Serviços efetuada a PJ Domiciliada no Exterior”, cuja previsão encontra-se no art. 46, inciso III, da IN 247/02 (doc. 6)”;

3 – O valor de R\$ 590.145,92 (doc. 7) refere-se a “Rendas de Arrecadação de FGTS”. E é deduzido com base na resposta de consulta, vinculada ao Processo nº 10880.012.273/91-11 (doc. 8)”

Foram colecionadas à fl. 217 cópias do livro razão apontado o assento contábil da receita nos valores de R\$ 31.826.930,38 e R\$ 17.351.375,45, totalizando a importância de R\$ 49.178.305,83 a título de Variação Cambial Zux SGPS e Vcambial Ag. Grand Cayman.

De modo que, a contabilidade seguiu orientação da autoridade monetária disciplinadora, diferentemente do determinado não poderia o Banco Recorrente exercer, além disso os valores contabilizados a título de variação cambial, credores e devedores, ao longo da vigência dos contratos tornam definitivo ao fim do prazo estabelecido ou do resgate dos investimentos, por isso não são consideradas receitas definitivas.

A contabilidade faz prova favorável ao contribuinte, inexistindo prova em contrário, impõe em reconhecer a receita como sendo decorrente de prestação de serviços a pessoa jurídica domiciliada no exterior. Em sendo assim, a exclusão encontra respaldada pelo art. 45 da IN nº 247/2002.

Extraí da leitura da resposta da consulta que a isenção prevista no art. 28 da Lei nº 8.036/90, que no entendimento da recorrente alcançaria todos os resultados advindos das aplicações financeiras efetuadas pelos bancos estariam isentos de tributos federais por tratar-se de receitas geradas em contraprestação dos serviços prestados ou como remuneração pela intermediação efetuada, a resposta limitou tão-só a tarifa paga pela Caixa Econômica Federal ao agente pela arrecadação e o pagamento do FGTS..

- a) “receita obtida nas aplicações financeiras no período de dois dias entre o recebimento do depósito relativo ao FGTS e sua transferência à Caixa Econômica Federal, por se tratar de remuneração indireta pelos serviços prestados (art. 111)”;
- b) “receita proveniente da intermediação de financiamento com recursos do FGTS (art. 9º)”;
- c) receita correspondente à tarifa recebida da CEF pelo serviço de arrecadação e pagamento do FGTS (art. 12)”.

“Dentre as receitas arroladas pela consulente, apenas a tarifa recebida da CEF pelo serviço de arrecadação e pagamento do FGTS tem relação direta com as operações de que trata a Lei nº 8.036/90. Com efeito, não há como se estabelecer nexo causal entre a prática dos atos ou a realização das operações necessárias à aplicação daquela Lei e a obtenção de receitas

provenientes de aplicações financeiras ou da intermediação de financiamentos., ainda que referidas solicitações ou financiamentos utilizem recursos do FGTS.”

“De outro lado, o dispositivo invocado isenta de tributos federais os atos e operações necessárias a aplicação da Lei nº 8.036/90. Levando em conta que, nos termos do artigo 111, inciso II do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/66), interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre isenção, não cabe estender tal benefício às receitas de prática ou realização de tais atos ou operações.”

“Cabe lembrar que, exatamente por ser vedada a interpretação extensiva de dispositivo legal outorgante de isenção, determinou o legislador textualmente, através do parágrafo único do referido artigo 23 da Lei nº 8.036/90, à aplicação do benefício às importâncias devidas, nos termos da Lei, aos trabalhadores e seus dependentes ou sucessores. Ora, a se acatar o entendimento de que a isenção prevista no “caput” do artigo alcançaria receitas ou rendimentos auferidos em decorrência daqueles atos ou operações restaria inócuo e supérfluo tal parágrafo, o que, igualmente, não há de se admitir na interpretação da legislação”.

Tenho o que restou definido a favor da consulente pela consulta que a isenção alcança a tarifa recebida da CEF pelo serviço de arrecadação e pagamento do FGTS, segundo a resposta tem relação direta com as operações de que trata a Lei nº 8.036/90

Examinando o documento denominado de “Demonstração Analítica de Variações, fl. 233, o título da conta dá noção de que trata de arrecadação FGTS-GRR, em sendo assim encontra apoio que autoriza sua exclusão da base de cálculo.

Com essas considerações afastou os motivos que conduziram a fiscalização concluir pelo indeferimento, bem como, a decisão a quo.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou provimento para assegurar o direito da recorrente ser restituída e compensar os débitos até o limite do crédito.

É como voto.

Sala de sessões, em 25 de abril de 2014

Domingos de Sá Filho

Voto Vencedor

Conselheiro Alexandre Kern, redator designado

Ouso discordar do nobre relator quanto ao mérito do direito creditório invocado pelo recorrente. O Colegiado, no entanto, acompanhou-o integralmente quanto à arguição de decadência.

Convém retomar as efemérides processuais a fim de evidenciar as matérias que estão sob julgamento.

A compensação declarada pretende extinguir débitos de IRPJ, CSLL e Cofins com indébito relativo a pagamento a maior de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativa ao mês de dezembro/2002, efetuado em 15/01/2003.

As DComp respectivas sofreram tratamento manual. Sintetizo a análise da Fiscalização no demonstrativo abaixo:

LINHA DA FICHA 20C	CONTA COSIF	DIPJ	FISCALIZAÇÃO	
		(R\$)	(R\$)	Motivo
5	7.1.5.80.00-9	279.947.009,38	0,00	Valor não consta do Anexo I da IN-SRF nº 247/2000
5	7.1.5.90.00-6	2.178.446,15	0,00	Valor não consta do Anexo I da IN-SRF nº 247/2000
5	7.3.9.90.20-2	30.281.310,91	0,00	Valor não considerado na receita bruta do mês e conta não constante do Anexo I da IN-SRF nº 247/2000
17	7.1.5.80.90-6	2.214.568,61	0,00	Conta não constante do Anexo I da IN-SRF nº 247/2000
24	Não consta	1.671.182,11	0,00	Não consta o número da conta Cosif no demonstrativo de apuração apresentado pelo contribuinte; não há prova de que a importância de R\$ 1.671.182,11 se refere Receita de Prestação de Serviços a PJ do Exterior
24	Não consta	49.178.305,83	0,00	Não consta o número da conta Cosif no demonstrativo de apuração apresentado pelo contribuinte; R\$ 49.178.305,83, deduzida na apuração da base de cálculo da Cofins do mês de dezembro/2002 está classificada na conta Cosif nº 8.1.9.99.00-6 e resulta da classificação contábil sobre as variações diárias de taxas em moeda estrangeira, quando as contas envolvidas estiverem com saldos invertidos, conforme Orientação DENOR nº 37/95 do Bacen. O valor refere-se ao total do ano de 2002, e não ao PA 12/2002

Acolhendo as conclusões da Fiscalização, o Despacho Decisório de 27 de abril de 2009, fls. 484 a 496¹, não homologou as compensações. Confira-se sua ementa:

ASSUNTO: Cofins - Declarações de Compensação de crédito relativo a pagamento efetuado a maior em 15/01/2003, com débitos de IRPJ, CSLL e Cofins.

EMENTA: Não reconhecido o direito creditório, pela inexistência de crédito, impõe-se não homologar as compensações declaradas.

Compensações Não Homologadas.

Legislação aplicada: Art. 74 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, com a redação dada pelo art. 49 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, e alterado pelos arts. 17 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, e 4º da Lei nº 11.051, de 29/12/2004; - Instruções Normativas SRF nos. 210, de 30/09/2002, alterada pela de nº 323, de 24/04/2003; 600, de 28/12/2005; e 900, de 30/12/2008.

Na continuação, reproduzo as alegações da Manifestação de Inconformidade, fls. 524 a 540, e as respectivas considerações da 8ª Turma da DRJ/SP1:

LINHA DA FICHA 20C	CONTA COSIF	MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE	DRJ
--------------------	-------------	--------------------------------	-----

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado por ALEXANDRE KERN em 08/10/2014 por DOMINGOS DE SA FILHO, Assinado digitalmente em 07/10/2014 por ALEXANDRE KERN

Impresso em 08/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

		ALEGAÇÕES	PROVAS JUNTADAS	
5	7.1.5.80.00-9	Os valores informados nessa rubrica são ajustes transitórios, que só se tornarão definitivos e tributáveis na alienação do derivativo.	NIHIL	As receitas correspondentes as contas 7.1.5.80.11-9, 7.1.5.80.21-2, 7.1.5.80.31-5 e 7.1.5.80.41-8, no valor total de R\$ 281.435.514,54 compuseram a base de cálculo, mas a documentação acostada aos autos (dentre a qual o relatório referente à Demonstração Analítica de Variações) não permite concluir que a exclusão procedida, no valor de R\$ 279.947.009,38 refira-se a operações com derivativos. Não há informações nos autos pertinentes à baixa/alienação dos correspondentes derivativos no mês em análise.
5	7.1.5.90.00-6	Os valores informados nessa rubrica são ajustes transitórios, que só se tornarão definitivos e tributáveis na alienação do derivativo.	NIHIL	Não ha nos autos informações pertinentes à baixa/alienação dos correspondentes ativos no mês em análise
5	7.3.9.90.20-2	Erro no preenchimento da DIPJ. A conta Cosif 7.3.9.90-2 deveria ser capitulada em 7.15.80.00-9 (rendas com operações com derivativos)	NIHIL	Falta da comprovação das alegações, bem como, pelo fato de não estar explicitado o cômputo do valor (R\$30.281.310,91) na base de cálculo da contribuição
17	7.1.5.80.90-6	Referindo-se a conta Cosif 8.5.50.90-2, diz que a previsão para a dedução no art. 10, § 1º da IN 247/2002, c/c com o Quadro II constante no Anexo I, que determinam que se o resultado das operações sujeitas a ajuste diário for uma despesa (excesso de perdas), este valor não será deduzido da base de cálculo. O excesso de perda, no valor de R\$ 1.445.381,19 (perdas em Operações Suj. Ajuste Diário) seria decorrente da diferença entre perdas e ganhos, no período (R\$ 3.659.949,80- 2.214.568,61 = Perdas - Receitas = conta 8.1.5.50.90-2 - conta 7.1.5.80.90-6)	NIHIL	Não há registro dessas duas contas (8.1.5.50.90-2 e 7.1.5.80.90-2) no Demonstrativo Analítico de Variações, fls. 281 a 476. Não há comprovação de que o valor de R\$ 2.214.568,61 (conta COSIF nº 8.1.5.50.90-2) tenha sido computado na base de cálculo
24	Não consta	Diz juntar aos autos cópia do lançamento contábil; informes de rendimentos do Banco Itaú Buenos Ayres; tela do sítio do Bacen, comprovando o valor da taxa de câmbio do peso argentino em 31/12/2002, e;	Cópia assentamento contábil fl. 550; Cópia da retenção de tributos AFIP fls.	A documentação apresentada não faz prova de que a receita seja proveniente da prestação de serviços a pessoa jurídica do exterior. Comprovam apenas que ITAU BUEN AYRE SOCIEDAD ANONIMA" remeteu "\$24,029.20" para "BANCO ITAU S/A.". O contrato de prestação de serviço não foi apresentado

LINHA DA FICHA 20C	CONTA COSIF	MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE		DRJ
		ALEGAÇÕES	PROVAS JUNTADAS	
		contrato de prestação de serviço.	552 e 554; Ticket de caixa Banco Itaú B.A. fls. 566 e 568; Cópia tela Sítio Bacen fl. 560	
24	Não consta	Não contestada		Não julgada

Com essas considerações, a 8ª Turma da DRJ/SP1 julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente. O Acórdão nº 16-25.045, de 22 de abril de 2010, fls. 580 a 594, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Data do fato gerador: 31/12/2002

COFINS. DIREITO CREDITÓRIO. PER/DCOMP. ANÁLISE. DECADÊNCIA.

A legislação tributária estabelece o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da entrega da Declaração de Compensação (Per/Dcomp) para que o Fisco aprecie a declaração apresentada. A análise e manifestação da autoridade fiscal pressupõe a averiguação da existência do indébito informado na declaração sob análise.

COFINS. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. COMPROVAÇÃO. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA.

A falta de comprovação da existência de recolhimento a maior da COFINS impede a homologação da compensação declarada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Sobreveio então o Recurso Voluntário de fls. 610 a 626:

LINHA DA FICHA 20C	CONTA COSIF	RECURSO VOLUNTÁRIO	
		ALEGAÇÕES	PROVAS JUNTADAS
5	7.1.5.80.00-9	Os valores informados nessa rubrica são ajustes transitórios, que só se tornarão definitivos e tributáveis na alienação do derivativo. A demonstração de que os títulos estavam no patrimônio da empresa no final do exercício (dezembro/2002) prova que não houve alienação naquele ano-calendário (títulos no patrimônio no ano-calendário = ausência de alienação nesse exercício).	NIHIL
5	7.1.5.90.00-6	Os valores informados nessa rubrica são ajustes transitórios, que só se tornarão definitivos e tributáveis na alienação do derivativo.	NIHIL
5	7.3.9.90.20-2	Erro no preenchimento da DIPI. A conta Cosif 7.3.9.90-2	NIHIL

LINHA DA FICHA 20C	CONTA COSIF	RECURSO VOLUNTÁRIO	
		ALEGAÇÕES	PROVAS JUNTADAS
		deveria ser capitulada em 7.15.80.00-9 (rendas com operações com derivativos)	
17	7.1.5.80.90-6	Ainda referindo-se à conta Cosif 8.5.5.90-2, insiste em que a previsão para a dedução no art. 10, § 1º da IN 247/2002, c/c com o Quadro II constante no Anexo I, que determinam que se o resultado das operações sujeitas a ajuste diário for uma despesa (excesso de perdas), este valor não será deduzido da base de cálculo. O excesso de perda, no valor de R\$ 1.445.381,19 (perdas em Operações Suj. Ajuste Diário) seria decorrente da diferença entre perdas e ganhos, no período (R\$ 3.659.949,80- 2.214.568,61 = Perdas - Receitas = conta 8.1.5.50.90-2 - conta 7.1.5.80.90-6) Para confirmar as alegações já feitas, o recorrente anexa o demonstrativo de base de cálculo da COFINS - dezembro de 2002, as contas que compõe o ajuste diário e documentos SISBACEN com a demonstração do total da conta cosif de novembro e dezembro (R\$ 1.094.958.259,29 - 1.056.984.179,89 = R\$ 37.974.079,40) - doc. 02.	Demonstrativo da base de cálculo da Cofins, fls 656 e 658; demonstração do total da conta cosif de novembro e dezembro, fls. 654; balancetes (passivo) de novembro e dezembro de 2002, fls. 662 e 664; Demonstrativo analítico das variações, fls. 660
24	Não consta	Diz instruir o RV com documentos que suportaram os lançamentos contábeis e, por conseguinte provaram que o valor glosado refere-se A receita de prestação de serviços a PJ do Exterior, passível de dedução nos termos do art. 46, inciso III, da IN 247/2002. Anexa também o contrato da prestação de serviços (doc. 03).	Termo de reconhecimento de direitos e assunção de obrigações decorrentes de prestação de serviços de auditoria entre Banco Itati Buen Ayre S.A, e Itaú, fls. 666 e 668; Anexo I, ao Contrato de Prestação de Serviços, fls. 670; Demonstrativo analítico de variações, fls. 674 a 678; planilha de recálculo do PIS e da Cofins, fls. 680 a 684
24	Não consta	Os valores registrados nesse Cosif resultam da classificação contábil sobre as variações diárias de taxas em moeda estrangeira, quando as contas envolvidas estiverem com saldos invertido conforme Orientação DENOR nº 37/95 do Banco Central.	Cópia do balancete e da ficha de apuração da base de cálculo da COFINS

Faço agora as minhas considerações a respeito das alegações recursais e as respectivas provas.

Liminarmente, afasto da controvérsia a glosa de R\$ 49.178.305,83 na Linha 24 da Ficha 20C da DIPJ. A matéria não foi discutida na impugnação, operando-se a preclusão.

Veja-se, a propósito, o teor do artigo 473 do CPC, *verbis*: "*é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.*"

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:²

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade.”

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que a recorrente teve para questionar a glosa. Ultrapassada aquela etapa, extingue-se o direito de levantá-la agora, nesta fase recursal.

Quanto às demais glosas, entendo que o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar seu direito no momento processual adequado.

Quanto à glosa referente à conta Cosif 7.1.5.80.00-9, não há prova nos autos de que os valores excluídos correspondam efetivamente a operações com derivativos. Digo o mesmo para a glosa referente à conta Cosif 7.1.5.90.00-6: não há prova de que os valores excluídos correspondam a operações com TVM. Quanto à glosa referente à conta Cosif 7.3.9.90.20-2, não há prova de que os valores excluídos correspondam a a operações com derivativos, nem de o valor excluído tenha sido considerado na apuração da base de cálculo, que justificasse a sua posterior exclusão. Por fim, não se pode conhecer das alegações tendes a combater a glosa referente à conta Cosif 7.1.5.80.90-6. O impugnante e o recorrente rechaçam-na, referindo-se sempre, equivocadamente, à conta Cosif 8.5.50.90-2.

Não há, nos autos, qualquer prova do alegado direito creditório, ônus que cabia ao recorrente, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

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 artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto a fato constitutivo de seu direito;

² CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233. apud MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. Manual do Processo do Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665.

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais.(HABEAS CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada.(INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)JCPC.333 JCPC.333.II

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II).

3. *Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)*

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

Sala de sessões, em 25 de abril de 2014



Alexandre Kern - Redator designado.