



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

Processo nº 10283.006466/00-07
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.091 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de agosto de 2017
Matéria Cofins
Recorrente DPC DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE CONSUMO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/08/1998

COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE FINSOCIAL COM COFINS. LEGALIDADE. INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Quando atendidas as exigências legais, a compensação permanece válida. Com fundamento no Art. 170 e 142 do Código Tributário Nacional - CTN, Art. 66 da Lei 8.383/1991, Art. 39 da Lei 9.250/1995, Acórdão STF RE 150764/ PE, IN SRF n.º 21/97 e 32/97 e, para evitar o injusto enriquecimento à administração fazendária, deve ser reconhecida a insubsistência do lançamento, uma vez que não merece prosperar o lançamento de ofício que cobra o Cofins, sem a demonstração de que esta contribuição é devida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinatura eletrônica)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente Substituto.

(assinatura eletrônica)

PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Tatiana Josefovich Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Marcelo

Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Orlando Rutigliani Berri, Renato Vieira de Avila.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 551 apresentado em face da decisão de primeira instância administrativa de recursos fiscais da DRJ/PA, que manteve o lançamento de ofício de Cofins, consubstanciado no TVF de fls. 5 e AI de fls. 8, diante de indícios de falta de recolhimento.

Como é de costume desta Turma de julgamento a transcrição do relatório das decisões de primeira instância, segue a deste processo para apreciação:

"Trata o presente processo de auto de infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 03/10), lavrado contra o contribuinte acima identificado, relativo aos períodos de apuração de outubro de 1997 a agosto de 1998, exigindolhe o crédito tributário no valor de R\$ 245.765,48 (cinco mil, cento e cinco reais e setenta e seis centavos), a ser acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora, calculados de acordo com a legislação de regência.

2. Referida exigência originou-se da falta de recolhimento da Cofins, por ter havido compensação indevida do recolhimento a maior do Finsocial com as contribuições devidas de Cofins, ao desabrigo da Instrução Normativa SRF nº 32, de 1997.

3. Cientificada da exigência tributária em 19/06/2000, conforme fl. 03, a autuada ingressou em 07/07/2000 (fls. 115/120), com impugnação alegando, em síntese, que:

a) os fundamentos jurídicos que sustentaram a compensação de créditos do Finsocial com a Cofins efetuada pela autuada são a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 150.7641 de 16/12/1992 e o art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, que autoriza a compensação entre impostos e contribuições federais da mesma espécie; b) o aludido art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, não faz qualquer condicionamento à compensação, logo esta pode ser operada a qualquer tempo, constituindo um direito subjetivo do contribuinte a cujo exercício não pode a Fazenda Nacional se opor; c) aduz que a Instrução Normativa SRF nº 32, de 1997, convalidou o procedimento previsto na Lei nº 8.383, de 1991, como se a lei precisasse desse aval e, a contrário senso, segundo o entendimento do Fisco, a partir de abril de 1997 e sem que a lei tenha sido modificada, no sentido de que os contribuintes não mais podem fazer as compensações autorizadas pela legislação; d) por força da hierarquia legislativa, não pode uma Instrução Normativa se sobrepor à lei; e) alega que não existe dúvida sobre os recolhimentos feitos a maior e compensados, tanto que a fiscalização é explícita ao se referir no auto de infração ao recolhimento a maior do Finsocial."

A decisão de primeira instância foi publicada com a seguinte Ementa, assim transcrita:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO
DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/08/1998

COMPENSAÇÃO.

Não há como pretender efetuar a compensação de créditos tributários, quando não foram atendidas as exigências legais.

Lançamento Procedente Inconformada com a manutenção do lançamento, a Recorrente interpôs recurso voluntário tempestivamente, reiterando, em suma, os argumentos suscitados em sua defesa original."

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário em fls. 551 alegando a sua tempestividade, alegando que a legitimidade do crédito não havia sido questionada no lançamento, que lançamento havia somente questionado a formalização do rito procedimental administrativos de compensação, que Darf juntado realmente poderia ter valores diferentes uma vez que o crédito seria somente sobre o Finsocial pago a maior que 0,5% e que compensou em acordo com a legislação vigente à época: Art. 66 da Lei 8383/91, Lei 9250/95, Art. 18 da Lei 10522/02 e IN 32/1997.

Esta Turma de julgamento, ao apreciar a presente lide administrativa, decidiu por converter o julgamento em diligência, para verificar a legalidade da citação por edital, conforme Resolução de fls. 595:

"O atendimento aos pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, é o primeiro aspecto controverso do presente processo. Isso porque, conforme se depreende dos autos, houve citação editalícia e a Recorrente não interpôs o recurso no prazo legal.

Por outro lado, a citação editalícia é um expediente que só pode ser legitimamente utilizado quando restarem frustradas a citação pessoal, postal ou eletrônica, nos termos do art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

No caso concreto, o meio eleito pela repartição de origem proceder à intimação foi o postal, e houve duas tentativas realizadas sem sucesso no endereço da Estrada João Alfredo, 50, Da Paz, Manaus/AM. O referido endereço é o que consta na inscrição da Recorrente no CNPJ desde 03/11/2005.

Tal fato chama a atenção, tendo em vista que as correspondências enviadas datam de 01/12/2006 e 01/10/2007.

Na primeira postagem, identificada pela sequência RB693881522BR, não consta nos autos o canhoto do aviso de recebimento, não sendo possível compreender o motivo do insucesso da intimação postal.

Já na segunda postagem, identificada pela sequência RA592944635BR, o canhoto do aviso de recebimento indica como motivo do insucesso da intimação postal o "destinatário desconhecido".

Considerando que (i) a preclusão processual é algo bastante sério, uma vez que tolhe o direito de a Recorrente buscar a tutela administrativa para evitar a constituição definitiva do crédito tributário; (ii) a intimação editalícia somente é válida após a frustração da intimação via pessoal, postal ou eletrônica; e (iii) no caso concreto, pairam dúvidas acerca da regularidade das intimações postais realizadas, pelas razões já expostas, o presente julgamento deve ser convertido em diligência para que a repartição de origem e/ou a própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos:

- faça(m) constar nos autos o canhoto do aviso de recebimento da intimação identificada pela sequência RB693881522BR ou documento equivalente;

- esclareça(m) o motivo do lapso temporal de quase um ano entre a primeira e a segunda tentativas de intimação via postal.

Concluída a diligência, a Recorrente deverá ser intimada para, querendo, manifestar-se acerca do termo de conclusão de diligência no prazo de 30 (trinta) dias. Em seguida, a Procuradoria da Fazenda Nacional deverá ser intimada para os mesmos fins no mesmo prazo.

Após o decurso desses prazos, o processo deverá retornar para o CARF para que o julgamento seja retomado.

Conselheiro Daniel Mariz Gudino."

Em fls. 601 e 606 a autoridade de origem retornou com a diligência cumprida, de forma que ficou demonstrada a falta de comprovação ou motivo para a ocorrência da legalidade da intimação por edital. Em fls. 611 a União se manifestou e solicitou o prosseguimento do julgamento, assim como o contribuinte se manifestou em fls. 632 e reforçou e apontou a fragilidade das provas de tentativas à citação postal do contribuinte e solicitou a nulidade da citação editalícia.

Os autos foram distribuídos e pautados em acordo com as regras regimentais deste Conselho.

Relatório proferido.

Voto

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme portaria de condução e Regimento Interno deste Conselho, apresenta-se este voto.

Por conter matéria preventa desta 3.^a Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e considerando a fragilidade das intimações, conforme relatório, provas e trâmite dos autos, esta Turma de julgamento decidiu que o Recurso Voluntário deve ser considerado tempestivo e deve ser conhecido.

Sendo o centro da presente controvérsia fiscal a possibilidade do contribuinte compensar Finsocial com Cofins, sem ter realizado pedido de restituição/compensação, a legislação correlata deve ser analisada.

Destaca-se também, que esta Turma de julgamento entendeu que não faz parte desta lide administrativa a discussão a respeito da necessidade do contribuinte ter ou não decisão judicial concreta que reconheça seu direito creditório de Finsocial.

Sabe-se que em dezembro de 1992 o Supremo Tribunal Federal determinou a inconstitucionalidade das majorações das alíquotas do Finsocial. Logo, conforme Acórdão STF RE 150764/ PE, todo o Finsocial recolhido em alíquota acima de 0,5% sobre o faturamento das atividades de empresas comerciais e mistas, poderia ser considerado pagamento indevido, porque inconstitucional, conforme Ementa reproduzida a seguir:

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL.

A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo a edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional."

Não houve modulação dos efeitos desta decisão do STF, logo, normas infraconstitucionais teriam de regular os pagamentos indevidos do Finsocial, após dezembro de 1992, data desta decisão do STF.

Como combatido pelo contribuinte, realmente o lançamento não abordou a complexidade do tema, porque descreveu em duas linhas suas motivações e fundamentações, conforme reproduzido a seguir (fls. 08 do AI):

"Os valores abaixo relacionados decorrem da compensação indevida do recolhimento a maior do FINSOCIAL com as contribuições devidas ao COFINS, **ao desabrigo da Instrução Normativa n.º 32/97**, relativos aos períodos de 10/97 a 08/98, apurados conforme planilha em anexo."

Veja que o único fundamento legal do lançamento seria a compensação "ao desabrigo da Instrução Normativa n.º 32/97".

A complexidade do tema, pode ser verificada no Acórdão n.º 203-07.685, muito bem relatado pela Conselheira e Ex Vice Presidente deste Conselho, Maria Tereza, conforme ementa reproduzida a seguir:

"FINSOCIAL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITORIO SOBRE RECOLHIMENTOS DA CONTRIBUIÇÃO - O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, **somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Inexistindo resolução do Senado Federal, há de se contar da data da Medida Provisória nº 1.110/95 (31/08/95). Recurso a que se dá provimento.**"

Além desta considerações iniciais, é preciso registrar que a receita publicou as seguintes Instruções Normativas com seguintes disposições:

"INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 21, DE 10 DE MARÇO DE 1997.

Dispõe sobre a restituição, o ressarcimento e a compensação de tributos e contribuições federais, administrados pela Secretaria da Receita Federal.

COMPENSAÇÃO ENTRE TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES DA MESMA ESPÉCIE

Art. 14. Os créditos decorrentes de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos e **contribuições da mesma espécie e destinação constitucional**, inclusive quando resultantes de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, **poderão ser utilizados, mediante compensação, para pagamento de débitos da própria pessoa jurídica**, correspondentes a períodos subseqüentes, desde que não apurados em procedimento de ofício, **independentemente de requerimento.**

Art. 26. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

(Publicado(a) no DOU de 11/03/1997, seção , pág. 4664)

(...)

INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 32, DE 09 DE ABRIL DE 1997

Dispõe sobre a cobrança da TRD como juros de mora, legitima a compensação de valores recolhidos da contribuição para o FINSOCIAL com a COFINS devida, explicita o alcance do art. 63 da Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996, e dá outras providências

Art. 2º **Convalidar a compensação efetivada pelo contribuinte, com a contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS, devida e não recolhida, dos**

valores da contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, recolhidos pelas empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme as Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

(Publicado(a) no DOU de 10/04/1997, seção , pág. 7124)."

No período em que realizada a compensação em apreço (01/10/1997 a 31/08/1998 - data dos débitos de Cofins compensados com Finsocial), o próprio contribuinte estava autorizado a realizar o procedimento compensatório na sua escrituração contábil, nos termos das instruções normativas acima mencionadas e nos termos do Art. 66 da Lei 8.383/1991, desde que créditos e débitos fossem de tributos da mesma espécie e destinação constitucional, conforme também determinado do caput do art. 39 da Lei 9.250/1995, a seguir transcritos:

"Lei 8.383/1991.

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, **o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.**

§1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

(...)

Lei 9.250/1995.

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes."

No caso, como a Contribuição para o Finsocial e Cofins atendem as condições estabelecidas no referido preceito legal, porque tributos da mesma espécie, a autocompensação escritural realizada pela autuada entre os créditos e débitos das referidas contribuições pode ser mantida.

Logo, é possível concluir que o contribuinte não era obrigado a formalizar um rito administrativo de compensação ou restituição diferente do realizado, porque não houve qualquer infração aos disposto na IN SRF n.º 32/97, conforme apontado no lançamento de ofício (AI em fls. 08).

Assim como, se dentro do prazo decadencial e prescricional para a compensação, **o contribuinte não necessita de ação judicial específica para ter seu direito ao crédito reconhecido, de Finsocial, porque todo o débito de Finsocial pago a maior que a alíquota de 0,5% sobre o faturamento é ilegal** e, portanto, passível de ser considerado pagamento indevido.

E quanto aos prazos, de acordo com o previsto no Art. 168¹ e 165² do CTN, em analogia à Súmula Carf n.º 91 e precedentes deste Conselho como o Acórdão 1102-000.915, assim como o RE n.º 566.621/RS do STF em sistemática do Art. 543-B do CPC, o contribuinte teria cinco anos, da data de extinção do crédito tributário, para realizar a compensação escritural.

Da mesma forma, é possível considerar o precedente citado, da ilustre Conselheira Maria Tereza, consubstanciado no Acórdão n.º 203-07.685, que fixou o entendimento de que o direito ao crédito, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, **nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Inexistindo resolução do Senado Federal, há de se contar da data da Medida Provisória nº 1.110/95 (31/08/95).**

Assim, se os débitos de Cofins foram compensados em 01/10/1997 a 31/08/1998, **com os crédito de Finsocial pagos indevidamente em 10/1995, conforme termo de encerramento de diligência de fls. 511**, inscritos anteriormente em dívida ativa ou não, não haveria óbice à compensação com relação ao prazo.

Ponto crucial para a solução desta lide é o fato de que a fiscalização não apurou os créditos ou os prazos, assim como não os contestou, conforme demonstrativos juntados na fiscalização.

Considerando que o lançamento contestou somente o cumprimento da IN SRF 32/97, inclusive sem explicar em que o rito adotado pelo contribuinte teria ferido o rito administrativo, não há como manter o lançamento.

Em fls 517, somente no termo de encerramento de diligência, após impugnação, a DRF trouxe aos autos pela primeira vez a informação de que o contribuinte não possuía decisão judicial amparando seu crédito, que compensou sem processo administrativo e que não possuía o crédito alegado porque haveria um procedimento administrativo (de n.º 10283.2001183/95-01 em fls. 503) que continha os débitos de Finsocial inscritos em dívida ativa, apesar de quitados em 1995.

Ora, como demonstrado, nenhuma destas conclusões da diligência seriam suficientes para tirar a legitimidade da compensação escritural realizada pelo contribuinte.

¹ Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

² Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

Em conclusão, todas estas informações deveriam ter sido apresentadas no lançamento mas não foram, em desabrigo ao expressamente disposto no Art. 142 do CTN.

Em face do exposto, também com fundamento no Art. 170 do CTN, Art. 66 da Lei 8.383/91 e 142 do CTN e, para evitar o injusto enriquecimento à administração fazendária, vota-se para que o lançamento seja cancelado.

Voto proferido.

(assinatura digital)

Conselheiro Relator – Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.