

De acordo com o Despacho Decisório de fl. 6, o direito creditório não foi reconhecido porque o DARF comprobatório do pagamento indevido ou a maior, no valor de R\$ 200.654,06, . Via de consequência, a compensação não foi homologada.

Sobreveio reclamação, conhecida como Manifestação de Inconformidade pela 1ª Turma da DRJ/RPO, que, todavia, a julgou improcedente, nos termos do Acórdão nº 14-23.992, de 18 de maio de 2009, que teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 15/06/1999

JUROS MORATÓRIOS TAXA SELIC

A utilização da taxa Selic decorre da observância à legislação tributária pertinente, cujo controle de constitucionalidade é de competência exclusiva do Poder Judiciário

COMPENSAÇÃO LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO INEXISTÊNCIA

A compensação de débitos do sujeito passivo somente pode ser executada se comprovada a liquidez e certeza de seu crédito contra a Fazenda Nacional.

Solicitação Indeferida

Cuida-se agora de recurso voluntário, fls. 66 a 79, interposto contra a decisão da 1ª Turma da DRJ/RPO, que, após síntese dos fatos, controverte as seguintes questões de fato e de direito.

Em sede de preliminar, pede a reunião dos processos administrativos

10825.900.589/2008-63;	10825.900.588/2008-19;	10825.900.581/2008-05
10825.900.530/2008-75;	10825.900.529/2008-41;	10825.900.525/2008-62;
10825.900.522/2008-29;	10825.900.582/2008-41;	10825.900.583/2008-96;
10825.900.585/2008-85;	10825.900.734/2008-14;	10825.900.587/2008-74;
10825.900.520/2008-30;	10825.900.539/2008-86;	10825.900.539/2008-86;
10825.900.541/2008-55;	10825.900.543/2008-44;	10825.900.544/2008-99;
10825.900.552/2008-35;	10825.900.564/2008-60;	10825.900.580/2008-52;
10825.900.535/2008-06;	10825.900.534/2008-53;	10825.900.533/2008-17;
10825.900.565/2008-12; e, 10825.900.572/2008-14.		

Após discorrer sobre os princípios que informam o processo administrativo fiscal, protesta pela posterior juntada de documentos que comprovam a existência do crédito utilizado, a fim de restar devidamente demonstrada a regularidade da compensação levada a efeito. Transcreve ementa de jurisprudência administrativa.

No mérito, fundamenta seu direito creditório na inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, 27 de novembro de 1998, já declarada no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e nº 346.084-6/PR, do Ministro limar Galvão.

Lembra que a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, em seu artigo 79, inciso XII, revogou expressamente o referido dispositivo. Invoca ainda o Ato Declaratório

Processo nº 10825.900544/2008-99
Acórdão nº 3803-DI.000

S3-TE03
Fl. 98

Interpretativo SRF nº 25, de 2003, para rechaçar a incidência das contribuições sociais sobre a recuperação de tributos pagos indevidamente.

De outra banda, dá notícia de que o débito oposto em compensação está sendo objeto de exigência nos autos do processo administrativo nº 10825.900.619/2008-31, o que, no seu entender, afronta o art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional – CTN. Discorre novamente sobre os princípios que norteiam a atividade administrativa.

Conclui, pedindo que:

- a) sejam reunidos por ocasião do julgamento dos recursos voluntários interpostos os processos administrativos destacados no recurso;
- b) sejam considerados, por ocasião do julgamento, com fundamento nos princípios que norteiam o processo administrativo, os documentos comprobatórios do direito alegado a ser apresentados pela Recorrente;
- c) em respeito ao princípio da verdade material orientador do processo administrativo fiscal, sejam considerados os créditos apurados com base no recolhimento indevido, a teor do então disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998;
- d) seja o presente recurso julgado integralmente procedente, com a homologação da compensação realizada, cancelando-se integralmente o indébito exigido pelo Processo Administrativo nº 10825.900628/2008-22;
- e) finalmente, protesta por realizar sustentação oral por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário, nos termos do art. 58 do Regimento Interno deste E. Conselho.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 66 a 79 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-RPO-1ª Turma nº 14-23.992, de 18 de maio de 2009.

Pedido de julgamento conjunto de processos administrativos

O recorrente, invocando conveniência relacionada com a identidade das matérias tratadas nos processos citados, pede que os mesmos sejam julgados conjuntamente. Reporto-me aos arts. 4º e 8º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – RI/CARF. Lá o recorrente poderá constatar que as competências das turmas de julgamento CARF estão divididas segundo o tributo de que se trata e o valor do crédito tributário envolvido. Está 3ª TE/3ªS, por exemplo,

está adstrita aos recursos voluntários contra decisões de DRJ que versem sobre PIS/Pasep, Cofins, Finsocial, IPI, CPMF, IOF, CIDE, II e IE, limitados a R\$ 1.000.000,00.

Ademais, segundo os arts. 46 e 47 do RI-CARF, os processos devem ser sorteados e distribuídos segundo critérios de prioridade e observada a competência da turma de julgamento.

Destaco essas regras regimentais para ilustrar a impossibilidade de atendimento do pedido.

Pedido de juntada posterior de documentos

A possibilidade de juntada de documentos aos autos depois do momento processual da interposição da reclamação deve ser avaliada à luz dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal. Dispõe o Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art 14 A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento

Art 15 A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamenta, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que foi feita a intimação da exigência

[]

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 possui; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que

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

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997),

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

[]

Art 17 Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

De acordo com as normas processuais, é no momento processual da reclamação que a lide é demarcada e o processo administrativo propriamente dito tem início,

com a instauração do litígio, não se permitindo, a partir daí, a abertura de novas teses de defesa ou a apresentação de novas provas, a não ser nas situações legalmente excepcionadas. A este respeito, Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Tereza Martínez López¹ asseveram que “a inicial e a impugnação fixam os limites da controvérsia, integrando o objeto da defesa as afirmações contidas na petição inicial e na documentação que a acompanha”.

Antônio da Silva Cabral, no seu livro “Processo Administrativo Fiscal” (Ed. Saraiva: São Paulo, 1993, p. 172), assim se manifestou sobre o assunto:

‘O termo latino é muito feliz para indicar que a preclusão significa impossibilidade de se realizar um direito, quer porque a porta do tempo está fechada, quer porque o recinto onde esse direito poderia exercer-se também está fechado. O titular do direito acha-se impedido de exercer o seu direito, assim como alguém está impedido de entrar num recinto porque a porta está fechada.’

Na página seguinte, o mesmo autor, reportando-se aos órgãos julgadores de segunda instância, completa:

‘Se o tribunal acolher tal espécie de recurso estará, na realidade, omitindo uma instância, já que o julgador singular não aprecia a parte que só é contestada na fase recursal.’

Cintra, Grinover e Dinamarco, no livro Teoria Geral do Processo, assim se posicionam sobre a preclusão:

‘o instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual, as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão.’

Ensinam, também, estes doutrinadores que:

‘A preclusão não é sanção. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e examem-se no processo.’

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constituem-se em verdadeiro ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não sendo praticado no tempo certo, surgem para a parte conseqüências gravosas, dentre elas a perda do direito de fazê-lo posteriormente, pois opera-se, nesta hipótese, o fenômeno da preclusão, isto porque o processo é um caminhar para a frente, não se admitindo, em regra, ressuscitar questões já ultrapassadas em fases anteriores.

¹ Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Tereza Martínez López, *Processo Administrativo Fiscal Comentado*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 67

De acordo com o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, supratranscrito, só é lícito deduzir novas alegações em supressão de instância quando: 1) relativas a direito superveniente; 2) competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou 3) por expressa autorização legal

O § 5º do mesmo dispositivo legal exige que a juntada dos documentos deve ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

No caso desses autos, o recorrente não se preocupou em produzir oportunamente os documentos que comprovariam suas alegações, ônus que lhe competia, 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 ao fato constitutivo do seu direito.

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

O recorrente tampouco comprovou a ocorrência de qualquer das hipóteses das alíneas “a” a “c” do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março 1972 – PAF., que justifique a apresentação tardia de documentos.

Indefiro o pedido.

Exigência controvertida nos autos do processo administrativo nº 10825.900628/2008-22

Não conheço da parcela do recurso atinente à exigência do débito que emergiu inadimplido em face da não homologação da compensação objeto da DComp nº 03118.81089.130504.1.3.04-3290, fls. 1 a 5. Trata-se de matéria estranha a que se controverte nos autos e que será merecedora de tratamento adequado no processo próprio.

Mérito – reconhecimento de indébito decorrente da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998

Bradando pelo princípio da verdade material, o recorrente pede que sejam considerados os créditos apurados com base no recolhimento indevido, a teor do então disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998.

Pergunto: que créditos? Que apuração?

Penso ser até intuitivo, não basta a existência "em tese" de uma declaração de inconstitucionalidade de lei instituidora de um tributo para que surja um direito de crédito. Há de se verificar, primeiramente, se o pagamento - reputado posteriormente como indevido em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei - realmente existiu

Processo nº 10825 900544/2008-99
Acórdão nº 3803-01.000

S3-TE03
11/100

O Despacho Decisório de fl. 6 dá conta de que o pagamento referido no PER-Dcomp não foi localizado. Contra essa constatação, o recorrente teigiveisa e desmola listas de princípios processuais.

Ainda que existisse o referido DARF, haveria de demonstrar o pagamento a maior, demonstrando cabalmente a base de cálculo correta, em síntese, quanto foi pago a maior

Ora, se o próprio fisco precisa instaurar um procedimento administrativo para que se reconheça a existência do fato gerador, por que poderia o particular ter um "crédito" em face do fisco apenas em razão de hipotéticos pagamentos?

Essa é a pretensão do recorrente: restituir-se de um indébito apenas em face de uma tese, sem ao menos comprovar que recolheu algo ao fisco.

Nada a reparar na decisão recorrida, cujos fundamentos, forte no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passam a fazer parte integrante desse voto,

Conclusão

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 8 de dezembro de 2010

Alexandre Kern