



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

Processo nº 10850.909634/2011-33
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3801-000.666 – 1ª Turma Especial**
Data 27 de março de 2014
Assunto Restituição
Recorrente BRASLATEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BORRACHAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Paulo Sérgio Celani – Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Paulo Sérgio Celani, Sidney Eduardo Stahl, Marcos Antonio Borges, Jacques Mauricio Ferreira Veloso de Melo, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e José Luiz Feistauer de Oliveira.

Relatório

Trata o presente de Pedido de Restituição apresentado pelo contribuinte, com a finalidade de ter restituído valores supostamente recolhidos indevidamente, no valor total de R\$ 4.685,91.

Devidamente processado o pedido de restituição do contribuinte foi proferido despacho decisório que indeferiu o pedido formulado sob a justificativa de que existe um débito confessado pelo contribuinte por meio de DCTF, no valor igual do recolhimento objeto do pedido de restituição, inexistindo, portanto, crédito a ser restituído.

Intimado, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade aonde requereu a reunião do presente processo a outros por ele relacionados, justificando que tratam da mesma matéria e possuem os mesmos fundamentos e em sede de preliminar alegou, em síntese, que não foi intimado para prestar quaisquer esclarecimentos quanto o direito ao seu crédito, bem como que a fiscalização não teria tomando conhecimento das razões que justificassem o pedido de restituição.

No mérito aduziu que o crédito a que pretende a restituição fora indevidamente recolhido conforme ficou evidenciado na declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 1º da Lei n.º 9.718/1998 pelo STF.

Em sede se julgamento da Manifestação de Inconformidade, a DRJ houve por bem julgá-la improcedente nos termos da seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 28/02/2002

AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE.

A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, não gera efeitos erga omnes, sendo incabível sua aplicação a contribuintes que não façam parte da respectiva ação.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Data do fato gerador: 28/02/2002 PROVA DOCUMENTAL. PRECLUSÃO.

A prova documental do direito creditório deve ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual sem que se verifiquem as exceções previstas em lei.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”

Processo nº 10850.909634/2011-33
Resolução nº **3801-000.666**

S3-TE01
Fl. 184

Intimado do acórdão proferido pela DRJ, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, juntando nova documentação e alegando, além dos argumentos de sua Impugnação, que a DCTF não é o único meio de prova da existência do crédito passível de restituição, bem como que os artigos 165 do CTN e artigo 74 da Lei 9.430/96 não condicionam o reconhecimento do crédito a quaisquer retificações de declarações.

Ademais, alega que os documentos apresentados em sua Impugnação (planilha de cálculo e livro diário e os respectivos termos de abertura e encerramento) são suficientes para comprovar o seu crédito e que a DRF teria inovado no processo trazendo tais argumentos novos à lide, o que permitiria, inclusive, a apresentação de provas adicionais ao presente processo ao contrário do que esposado no acórdão recorrido, sob pena de afronta ao princípio da verdade material.

É o que importa relatar,

Voto

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Examino preliminarmente o pedido de reunião dos processos, e tenho que assiste razão ao acórdão recorrido que entendeu pela impossibilidade de reunião dos processos. Tomo a decisão com base no artigo 1º da Portaria n.º 666/2008 da RFB, cuja redação abaixo se transcreve:

“Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

I - as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova, referentes:

(...)

II - a suspensão de imunidade ou de isenção ou a não-homologação de compensação e o lançamento de ofício de crédito tributário delas decorrentes;

III - as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente;

IV - os Pedidos de Restituição ou de Ressarcimento e as Declarações de Compensação (Dcomp) que tenham por base o mesmo crédito, ainda que apresentados em datas distintas;

V - as multas isoladas aplicadas em decorrência de compensação considerada não declarada.”

Para a reunião dos processos, de acordo com o dispositivo normativo, o pedido de restituição ou de ressarcimento deve ter por base o mesmo crédito, o que não ocorre nos casos dos processos administrativos relacionados pela Recorrente, pois se tratam de crédito cujos período de apuração são distintos, muito embora a argumento para afastar o não reconhecimento do crédito seja o mesmo, ou seja, a inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 1º da Lei n.º 9.718/1998.

Portanto, rejeito o pedido de reunião dos processos formulado pela Recorrente.

Quanto ao mérito, entretanto, apesar da tese esposada no acórdão da DRJ tenho que o presente processo deve seguir caminho diverso.

O Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98, conforme ementa abaixo colacionada:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O

sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Destaca-se, nesse aspecto, que a matéria foi reconhecida como de “Repercussão Geral” e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida no RE 585.235, abaixo colacionado:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.

Assim, considerando-se o disposto no art. 62-A da Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009, alterada pela Portaria MF n.º 586, de 21 de dezembro de 2010¹ (Regimento Interno do CARF), deve-se afastar a tributação do PIS e da COFINS exigidas com base no disposto no art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718, de 1998.

Nada obstante, o órgão julgante *a quo* esqueceu-se do dever da autoridade preparadora em zelar pela instrução na busca da verdade material, a teor do disposto na Lei

¹ 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. (alterações introduzidas pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de

9.784, de 29 de janeiro de 1999, artigo 29², artigo 36, inteligência do artigo 37, artigo 38 e artigo 39³.

Não considerar tais documentos e negar o direito da contribuinte ao aproveitamento de seu crédito configuraria enriquecimento sem causa do Estado.

Especificamente quanto à verdade material, transcrevo oportunas lições de Marcos Vinicius Neder e de Maria Tereza Martinez López:

Em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar, exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado. Odete Medauar preceitua que "o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.

Segundo Alberto Xavier, a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha formar sua livre convicção sobre os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte. Nesta perspectiva, é lícito ao órgão fiscal agir sponte sua com vistas a corrigir os fatos inveridicamente postos ou suprir lacunas na matéria de fato, podendo ser obtidas novas provas por meio de diligências e perícias.⁴ Em que pese o direito da interessada, do exame dos elementos comprobatórios,

² 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.

§ 1º. O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.

§ 2º. Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

³ 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.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º. Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º. Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.

⁴ NEDER, Marcos Vinicius; LOPEZ, Maria Tereza Martinez. *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado* 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 74.

constata-se que, no caso vertente, os documentos apresentados devem ser devidamente examinados para se apurar se os referidos créditos estão corretos.

Ante ao exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência para que a Delegacia de origem:

- a) Examine os documentos existentes e a escrita fiscal da interessada em relação às compensações requeridas apurando se estão corretos os valores inicialmente pleiteados correspondentes á indevida ampliação da base de cálculo do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98;
- b) Cientificar a interessada do resultado da diligência, abrindo prazo para manifestação, se assim desejar;
- c) Retornar o processo a este CARF para julgamento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl, - Relator