



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

Processo nº 11020.901600/2008-31
Recurso nº 508.168 Voluntário
Acórdão nº **3102-00.936 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 2 de março de 2011
Matéria COFINS - COMPENSAÇÃO
Recorrente KEKO ACESSORIOS S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/03/1999

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

O pressuposto básico para a formulação de pedido de compensação é a demonstração da liquidez e certeza dos créditos pleiteados. Assim sendo, não há como homologar declaração de compensação fundada exclusivamente na alegação de equívoco da fixação da base de cálculo do tributo supostamente recolhido em montante superior ao devido, sem que seja apresentada sequer a metodologia empregada para se apurar o suposto indébito.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Fernandes do Nascimento, Ricardo Paulo Rosa, Beatriz Veríssimo de Sena, Luciano Pontes de Maya Gomes, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Trata o presente processo fiscal de manifestação de inconformidade contra Despacho Decisório emitido eletronicamente pela DRF Caxias do Sul o qual não homologou compensação declarada pela interessada ante a ausência/insuficiência de créditos de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins oponíveis contra a Fazenda Pública. A interessada contesta o Parecer alegando, em sede de preliminar, sua nulidade. No mérito, alega a existência de indébitos resultantes da exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis e da Cofins.

Ponderando as razões aduzidas pela recorrente, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão de piso pelo indeferimento do pedido de compensação, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/03/1999

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO

Direitos creditórios pleiteados via Declaração de Compensação - Nos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional, essencial a comprovação da liquidez e certeza dos créditos para a efetivação do encontro de contas, comprovação esta que é ônus do contribuinte, sendo incabível a transferência da responsabilidade ao Fisco.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a contribuinte mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário, preliminarmente, pleitear a nulidade da decisão de decisão de primeira instância.

Aduz, para tanto, desrespeito “aos mais basilares princípios administrativos e constitucionais que norteiam os Atos Administrativos”, na medida em que julgara inexistente um crédito pelo fato do mesmo não ser comprovado.

Segundo expõe, diferentemente da premissa assumida naquele julgado, não seria ônus do contribuinte comprovar o direito creditório alegado.

Ademais, em face do princípio da verdade material, o procedimento correto seria intimar o contribuinte a prestar informações sobre a origem do crédito e seu “fundamento de validade. Sustenta a inaplicabilidade do art. 333 do Código de Processo Civil ao processo administrativo em face desse mesmo princípio, cita doutrina que respaldaria tal convicção.

A fim de comprovar a necessidade de fundamentação, cita o art. 37 da Constituição Federal de 1988 e doutrina acerca do tema.

Por outro lado, que tal vício de fundamentação, aliado à ausência de diligência fiscal no intuito de investigar a origem do crédito, implicariam violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, em face da

impossibilidade de avaliar as razões da não homologação à luz da Teoria dos Motivos Determinantes. Expõe tal teoria e traz ao processo doutrina acerca da mesma,

No mérito, essencialmente, reitera as alegações manejadas por ocasião da instauração da fase litigiosa.

Pleiteia, finalmente, que, em caso de dúvida acerca da origem do crédito, a conversão do julgamento em diligência a fim de que seja procedida essa aferição e alerta que, caso seja proferida nova decisão que não reconheça o direito creditório em face da ausência da apresentação de provas pelo contribuinte, estar-se-ia igualmente incorrendo em ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Em síntese, é o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que foi tempestivamente apresentado e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção.

1- Preliminarmente

Em primeiro lugar, cabe enfrentar a preliminar de nulidade do julgado de piso, em face da alegada carência de fundamentação.

Sem dúvida, o art. 31 do Decreto nº 70.235, de 1972, elenca a fundamentação dentre os elementos que deverão estar contidos na decisão. Confira-se:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Ocorre que, após a análise do julgado, com o devido respeito, não vislumbro tal ausência, na medida em que restou exposta a convicção no sentido de que, em face da não apresentação de elementos que, na convicção dos julgadores, caberia ao recorrente produzir, não era possível apurar o direito creditório pleiteado por meio de PER/Dcomp.

Nesse ponto, considero o comando do art. 29 do mesmo Decreto 70.235 suficientemente claro:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Evidentemente, sempre será possível à instância *ad quem* rediscutir essa “convicção”, mas tal discussão, com a devida vênia, deverá ser travada quando da análise do mérito.

Pelo mesmo motivo, não vejo como acolher a alegação de cerceamento do direito de defesa. Se a autoridade a quo deixou claro quais foram os seus fundamentos foi dada a oportunidade para o Contribuinte contrapor-los, permitindo-se, inclusive a juntada de provas após a fase de impugnação.

Aliás, relembre-se, essa é uma das hipóteses em que o legislador permite a juntada de provas após a fase de impugnação. Confira-se a redação do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235::

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

Ainda em sede de preliminar, não vejo como deferir o pedido de diligência a fim de apurar o alegado direito creditório.

A meu ver, embora a peça recursal tenha sido enfática quanto à necessidade de complementar a instrução do processo, não se logrou êxito em demonstrar a imprescindibilidade da providência, condições expressamente previstas no art. 18 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, que estabelece:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.”

Peço licença para transcrever a interpretação de James Marins¹ acerca do conteúdo do dispositivo acima transcrito:

“... cumprirá à autoridade julgadora de primeira instância apreciar os requerimentos de produção de provas, apreciar sua pertinência e determinar a realização daquelas que - seja em virtude de terem sido requeridas ou por deliberação ex officio da autoridade de primeira instância - sejam necessárias para que a instrução se complete.

*O juízo de pertinência probatória será feito principalmente com base nos critérios **de imprescindibilidade e praticabilidade**.” (os grifos não constam do original)*

Nesse contexto, apesar da inquestionável moderação com que as regras relativas à formalidade dos atos processuais devem ser aplicadas, a adoção da medida de complementação da instrução só se justifica se tomada em caráter subsidiário à obrigação das partes de instruir o processo.

Ademais, o pedido de perícia sequer elenca os quesitos que busca ver esclarecidos, exigência expressamente consignada no artigo 16, IV do Decreto nº 70.235² e tal falha, como é cediço, atrai a aplicação do § 1º do mesmo artigo 16³.

¹ *Direito Processual Tributário*. São Paulo. 2005, Dialética, 4ª Edição, p. 279.

2- Mérito

No mérito, penso que igualmente razão não assiste ao Sujeito Passivo, pois, efetivamente, não foi trazido ao processo qualquer elemento que demonstrasse sequer a metodologia de cálculo empregada para obtenção dos valores que entende indevidos, nem muito menos a retificação das declarações que respaldaram o pagamento da Cofins consoante base de cálculo que o contribuinte alega errônea.

Ora, a apuração do crédito é, como é cediço, o pressuposto principal para que se opera a compensação.

Veja-se redação do *caput* do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, na versão que vigia no momento em que os pedidos foram apresentados (original não destacado):

*Art. 74. O sujeito passivo que **apurar crédito**, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)*

Se não foi sequer apresentado como se deu a apuração desse crédito, não vejo como reconhecê-lo.

Acerca do tema, deixo registrada a minha opinião no sentido de que, de acordo com a legislação de regência, mais especificamente o art. 16, III do Decreto nº 70.235⁴, de 1972, caberia ao sujeito passivo carrear ao processo os elementos respaldassem suas alegações.

3- Conclusão

Com essas considerações, afasto as preliminares de nulidade, indefiro o pedido de perícia e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 2 de março de 2011

Luis Marcelo Guerra de Castro

² Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

³ § 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

⁴ 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 possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

