



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

Processo n° 11020.912255/2009-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-002.151 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de fevereiro de 2013
Matéria COMPENSAÇÃO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. LEI N° 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III
Recorrente BOMBARDELLI COMPONENTES LTDA
Recorrida DRJ PORTO ALEGRE-RS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2003 a 30/11/2003

MATÉRIA AUSENTE DA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO.

É inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*, exceto quando deva ser reconhecida de ofício.

DCOMP. RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

Tratando-se de restituição o ônus de provar a existência do indébito é do contribuinte, pelo que se indefere Declaração de Compensação justificada sob a alegação genérica de erro na apuração do tributo e acompanhada apenas de DCTF retificada após o despacho decisório na origem.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso quanto à matéria não arguida na primeira instância, e na parte conhecida negar provimento, nos termos do voto do Relator.

JÚLIO CESAR ALVES RAMOS - Presidente

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Clauter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Ângela Sartori, Fernando Marques Cleto Duarte e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da DRJ, que mantendo despacho decisório eletrônico da origem julgou improcedente Manifestação de Inconformidade relativa à Declaração de Compensação (DCOMP) cujo crédito alegado é da Cofins.

O direito creditório não foi reconhecido na origem em razão de o DARF indicado como pagamento indevido ou a maior constar como integralmente aproveitado para quitação do respectivo débito.

Na Manifestação de Inconformidade a empresa alega que o indébito tem origem em recolhimento indevido, por terem sido computados na base de cálculo da Contribuição valores repassados a terceiros.

Afirma que deixou de excluir da base de cálculo as deduções previstas no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.718, de 1998, especialmente aquela prevista no inciso III do referido parágrafo, arguindo que a inexistência de norma regulamentadora não pode restringir as deduções.

Transcreve decisões judiciais favoráveis às exclusões apontadas, citando o art. 66 da Lei 8.383, de 1991, e defendendo o direito à compensação.

A DRJ manteve o indeferimento, levando em conta, primeiro, que a restituição ou compensação tributária está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do indébito, o que não ocorreu neste processo, e segundo, que o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não possuía força executória, por depender de norma regulamentadora, não editada até a sua revogação pela MP nº 1.991, de 2000.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte insiste na compensação, introduzindo alegação nova ausente da Manifestação de Inconformidade ao afirmar que o indébito decorre de recolhimento indevido a título de PIS, apurado com base nos Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449, de 1988.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço, exceto no que alega se tratar de indébito com origem em recolhimento indevido a título de PIS, cuja apuração teria se dado com base nos Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449, de 1988.

Ao defender, apenas na peça recursal, que o pagamento indevido teria tal origem, a contribuinte introduz matéria que não deve ser conhecida nesta segunda instância.

Por ter sido abordada apenas em sede recursal, resta impossibilidade o seu conhecimento em face da preclusão.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

... 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 o contribuinte teve para tratar, já que na Manifestação de Inconformidade alegou origem diversa para o indébito – teria deixado de excluir da base de cálculo as deduções previstas no art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718, de 1998.

Caso não incorresse em preclusão e tivesse repetido na peça recursal a alegação escorada no citado inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, de todo modo não assistiria razão à Recorrente, como já decidiram o órgão de origem e a DRJ. É que o referido inciso foi revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001, antes de ter sido regulamentado.

O poder atribuído ao Executivo para regulamentar o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 nada tem de ilegal ou inconstitucional. Neste sentido já assentou o STJ, inclusive, como se observa no julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI N.º 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.

1. Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000. Não comete violação ao artigo 97, IV, do Código

¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, apud CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

Tributário Nacional o decisório que em decorrência deste fato, não reconhece o direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

2. "In casu", o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

3. Recurso Especial desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 445.452 - RS (2002/0083660-7) - DJ de 10/03/2003, Relator Min. José Delgado).

A decisão acima produz a melhor interpretação, ao determinar que o citado dispositivo, não produziu eficácia no período em que vigente – até ter sido revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001 -, em virtude da ausência de regulamentação. Vem, a interpretação do STJ, ao encontro do Ato Declaratório do Secretário da Receita Federal nº 56, de 20/07/2000, segundo o qual a norma veiculada pelo III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 é ineficaz, para fins de eventual exclusão de valores que, computados como receita bruta, hajam sido transferidos para outra pessoa jurídica.

Por fim, ressalto que em pedido de restituição ou ressarcimento o ônus de provar a existência do indébito é do sujeito passivo. Sendo assim, a alegação genérica de pagamento indevido ou a maior precisava ser esclarecida. Cabia à Recorrente evidenciar com precisão e de modo não contraditório a origem do indébito, para que esse pudesse ser reconhecido e a compensação homologada. Tendo acontecido o contrário, a compensação não deve ser homologada.

Pelo exposto, em face da preclusão não conheço da alegação de que o indébito teria tido origem em recolhimentos indevidos do PIS, e na parte conhecida nego provimento ao Recurso Voluntário.

Emanuel Carlos Dantas de Assis