



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

Processo nº 11080.929216/2009-79
Recurso nº 5 Voluntário
Acórdão nº **3803-003.584 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 23 de outubro de 2012
Matéria COFINS - PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente INDÚSTRIA DE TINTAS CORFIX LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO. PRECLUSÃO.

Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento, os argumentos não submetidos ao julgamento de primeira instância, apresentados somente na fase recursal.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS.

É vedada a compensação de débitos com créditos desvestidos dos atributos de liquidez e certeza.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente e Relator

Participaram ainda do presente julgamento os conselheiros Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafetá Reis, João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

INDÚSTRIA DE TINTAS CORFIX LTDA. transmitiu Declaração de Compensação – Dcomp com vistas à extinção de débitos próprios, montantes a 21.535,48, com direito creditório advindo de pagamento indevido ou a maior de Cofins do período de apuração 01/11/2003 a 30/11/2003. O Despacho Decisório Eletrônico nº 843646872 não reconheceu o direito creditório, nem homologou a compensação, porque o pagamento indigitado na Dcomp foi integralmente utilizado “...para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.” Em reclamação de fls. 2 a 11, o declarante defendeu pugnou pela suspensão da exigibilidade dos débitos em aberto. No mérito, contesta o DDE, alegando que constatou a existência de valores pagos a maior a título das contribuições para o PIS e para a Cofins. Afirma que houve tributação indevida sobre valores repassados a terceiros, que deveriam ter sido excluídos da base tributável da contribuição com base no disposto no art. 3º, §2º, inciso III, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, o que teria gerado indébitos compensáveis. Transcreve decisões judiciais que iriam ao encontro de suas alegações.

A DRJ/POA-2ª Turma julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente por falta de provas do indébito, nos termos do Acórdão nº 10.26.674, de 4 de agosto de 2012, fls. 37 a 39, cuja ementa teve a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

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

Ementa: DIREITO CREDITÓRIO - INEXISTÊNCIA - Não havendo comprovação de pagamento indevido, não há como homologar a compensação declarada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 2ª Turma da DRJ/POA. O arrazoado de fls. 42 a 63, após preliminar de suspensão de exigibilidade dos débitos que emergiram inadimplidos como decorrência da não homologação da compensação e síntese dos fatos relacionados com a lide, discorre sobre a base de cálculo das Contribuições Sociais após a edição da Lei nº 9.718, de 1998, para insistir na tese de que houve tributação indevida sobre valores repassados a terceiros, que deveriam ter sido excluídos da base tributável da contribuição com base no disposto no art. 3º, §2º, inciso III.

Rechaça a possibilidade de norma do poder executivo dispor sobre a base de cálculo de contribuições, invocando excertos de doutrina em profusão. Entende desnecessária qualquer norma regulamentado da eficácia da referida norma de exclusão. Aduz que o dispositivo em questão só foi revogada pela Medida Provisória nº 1.991, de 9 de junho de 2000, que publicada no Diário Oficial da União do dia 10 de junho de 2000. Em face do *vacatio legis* nonagesimal, entende que teria direito à restituição de pagamentos efetuados até agosto de 2000. Mais excertos de doutrina.

Discorre sobre seu direito à compensação e sobre o princípio da irretroatividade tributária para defender a ocorrência de uma anomia legal entre a Data da Resolução do Senado Federal nº 49, de 09 de outubro de 1995, que suspendeu a execução do Decreto-Lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei nº 2.449, de 21 de julho de 1988, e a promulgação da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998. Lembra da inocorrência da repristinação da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970. Retoma a dissertação sobre o direito à compensação. Lança mais excertos de doutrina.

Ao final, requer:

- a) provimento ao presente Recurso Voluntário, com a conseqüente reforma da decisão, nos termos expostos;
- b) reconhecimento do direito líquido e certo da contribuinte de compensar a importância recolhida indevidamente;
- c) reconhecimento do direito creditório da mesma e para que seja homologada a compensação objeto do presente;

O processo administrativo correspondente foi materializado na forma eletrônica, razão pela qual todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo eletrônico.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 42 a 63 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-POA-2ª Turma nº 10.26.674, de 4 de agosto de 2010.

Matéria controversa

Controverte-se direito creditório, em tese, advindo da tributação indevida sobre valores repassados a terceiros, que deveriam ter sido excluídos da base tributável da contribuição com base no disposto no art. 3º, §2º, inciso III, da Lei nº 9.718, de 1998.

Não se conhecerá da inovação recursal a respeito da impossibilidade de norma do poder executivo dispor sobre a base de cálculo de contribuições - aplicação do princípio da estrita legalidade em matéria tributária (item III.2 da peça recursal), e da tese da anomia legal entre a data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 49 e a promulgação da Lei nº 9.715, de 1998 (itens III.6 em diante).

Por preclusas, deixo de conhecê-las, haja vista que em nenhum momento da peça reclamationária de fls. 2 a 11 o manifestante tratara dessas matérias. Veja-se, a propósito, o teor do artigo 473 do CPC, *verbis*: "*é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a 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 a recorrente teve para questionar tais matérias. Ultrapassada aquela etapa, extingue-se o direito de levantá-la agora, nesta fase recursal.

Mérito – direito à restituição de indébitos pela falta de exclusão da base de cálculo da Contribuição dos valores que tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica

De plano, destaco que não há, nos autos, qualquer início de prova de que o contribuinte, ora recorrente, tenha, efetivamente deixado de proceder à exclusão a que se refere a norma do art. 3º, §2º, inciso III, da Lei nº 9.718, de 1998, e que invoca como fundamento do indébito, ora controvertido. À míngua da comprovação dos atributos de liquidez e certeza do crédito oposto em compensação tributária, corretos a DDE e a decisão recorrida.

Incidentalmente e evitando adentrar o mérito da discussão a respeito da eficácia da norma referida (plena, ou dependente de norma regulamentadora), admitamos, *ad argumentandum tantum*, que a referida norma tivesse produzido efeitos até o fim do período nonagesimal da *vacatio legis* da MP nº 1.991-18, de 2000, em 9 de setembro de 2000, e que o contribuinte, ora recorrente, tenha direito à restituição da importância paga a maior a título de Cofins por não ter deduzido da base de cálculo os valores transferidos a terceiros.

A descuidada peça recursal não atentou para o fato de que o pagamento indigitado na Dcomp refere-se a período de apuração (01/11/2003 a 30/11/2003) posterior 09/09/2000, em já não mais vigia a norma de exclusão, o que fulmina definitivamente qualquer pretensão do recorrente.

Nego provimento ao recurso.

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.

Processo nº 11080.929216/2009-79
Acórdão n.º **3803-003.584**

S3-TE03
Fl. 69

Sala das Sessões, em 23 de outubro de 2012

Alexandre Kern

CÓPIA