



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11686.000400/2008-35
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-006.608 – 3ª Turma
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria PIS/PASEP. RESTITUIÇÃO.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ALIBEM ALIMENTOS S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2007 a 30/09/2007

PEDIDO DE RESSARCIMENTO. COFINS. ARGUMENTO DA NECESSIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONHECIDA DE OFÍCIO PELO JULGADOR.

A necessidade ou não de realização de lançamento de ofício para alteração da base de cálculo dos débitos em pedido de ressarcimento é matéria que deve ser alegada pela parte interessada, não se tratando de hipótese que deva ser reconhecida de ofício pelo Juiz.

Transpondo a análise para a nova legislação processual civil (Código de Processo Civil de 2015), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, verifica-se terem sido ampliadas as possibilidades de atuação de ofício do julgador nos autos do processo, inclusive requisitando e determinando a realização de provas quando entender necessário à solução do litígio. No entanto, com relação aos argumentos e requerimentos que devem ser veiculados pelas partes, não se observa a condição do julgador de trazer as alegações "de ofício", salvo as hipóteses ali previstas e questões de ordem pública, situação que não se configura nos presentes autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento com retorno dos autos ao Colegiado de origem, para apreciação das glosas relativas à não inclusão na base de cálculo do PIS dos valores relativos ao crédito presumido de ICMS e das transferências para terceiros de saldos credores do ICMS decorrentes de exportação.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL (fls. 383 a 389) com fulcro no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, buscando a reforma do Acórdão nº 3302-001.741 (fls. 357 a 381) proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 18/07/2012, no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário, com ementa nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE

SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2007 a 30/09/2007

PEDIDO DE RESSARCIMENTO. COFINS NÃO CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO DOS DÉBITOS DIFERENÇA A EXIGIR NECESSIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A sistemática de ressarcimento da COFINS e do PIS não-cumulativos não permite que, em pedidos de ressarcimento, valores como o de créditos presumidos de ICMS, computados pela fiscalização no faturamento, base de cálculo dos débitos, sejam, subtraídas do montante a ressarcir.

Em tal hipótese, para a exigência de tais Contribuições necessário seja efetuado lançamento de ofício.

PIS E COFINS. CRÉDITO PRESUMIDO. ART 8º DA LEI N.10.925/2004. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO SRF 15/05. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

O crédito presumido previsto na Lei nº 10.925/04, só pode ser utilizados para a dedução de Pis e Cofins no mês de sua apuração, não podendo ser utilizado em pedido de ressarcimento ou de compensação de períodos diversos de apuração. Precedentes do STJ.

DESPESAS PÓS PRODUÇÃO. MANIPULAÇÃO E PRESERVAÇÃO DE MERCADORIAS. CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se equipara a despesa de armazenagem as despesas incorridas com manipulação de mercadorias destinadas a exportação, necessárias à manutenção de sua integridade física ou a seu embarque, incorridas na zona primária ou na zona secundária. Por falta de previsão legal, tais despesas não geram direito a crédito do PIS e da Cofins.

Recurso Voluntário Provido em Parte

(grifou-se)

O processo origina-se de pedido de ressarcimento/compensação de saldo credor de COFINS não-cumulativo do 3º trimestre de 2007. Houve a glosa do crédito pela não inclusão na base de cálculo da COFINS não-cumulativa os valores referentes à transferência de créditos de ICMS a terceiros, mantida em sede de julgamento de manifestação de inconformidade. Na apreciação do recurso voluntário, entendeu o Colegiado *a quo* por acolher, de ofício, a preliminar de necessidade de lançamento dos valores relativos à rubrica em questão, provendo em parte a insurgência da Contribuinte.

Nessa oportunidade, não resignado em parte com a decisão, a Fazenda Nacional interpõe recurso especial e alega divergência com relação à possibilidade de conhecimento de ofício de prejudicial referente à necessidade de lançamento em auto de infração de reajuste na base de cálculo do débito em pedidos de ressarcimento de PIS e COFINS não-cumulativos. Para comprovar o dissenso interpretativo, colacionou como paradigma o acórdão nº 204-03.669.

Nas razões recursais, a Fazenda Nacional sustenta, em síntese, que:

(a) se o Contribuinte não alegou argumento que lhe era favorável, não pode o julgador suprir providência que exclusivamente cabia ao interessado, subvertendo o princípio do devido processo legal e as demais prescrições legais sobre o ônus da impugnação especificada dos fatos, da proibição de julgamento *extra petita* e da preclusão;

(b) o artigo 128 do Código de Processo Civil/1973, então vigente, revela que a lei processual consagrou o princípio da adstrição do julgador ao pedido da parte, como decorrente do princípio dispositivo. Assim, o órgão julgador de segunda instância deve decidir também de acordo com a matéria inserta no recurso voluntário;

(c) o acórdão recorrido é nulo no ponto atacado, por ter concedido matéria de ofício, que não foi objeto do recurso voluntário, nos termos do art. 460 do Código de Processo Civil/1973;

(d) por fim, requer o provimento do recurso especial para restabelecer a decisão da DRJ em seu inteiro teor.

Foi dado seguimento ao recurso especial, nos termos do despacho S/Nº, de 10/11/2015 (fls. 403 a 406), proferido pelo Ilustre Presidente da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento do CARF, por se ter entendido como comprovada a divergência jurisprudencial.

A Contribuinte tomou ciência do recurso especial da Procuradoria e não apresentou contrarrazões (fls. 413).

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio eletrônico, estando apto o feito a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora

Admissibilidade

O recurso especial de divergência interposto pela Contribuinte atende aos pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, devendo, portanto, ter prosseguimento.

Mérito

No mérito, cinge-se a controvérsia à possibilidade de conhecimento de ofício de prejudicial referente à necessidade de lançamento em auto de infração de reajuste na base de cálculo do débito em pedidos de ressarcimento de PIS e COFINS não-cumulativos.

Com a devida vênia ao acórdão proferido pelo Colegiado *a quo* e embora possa reconhecer e concordar com fundamentos relativos à necessidade de realização do lançamento de ofício para alterar a base de cálculo do tributo pretendido ressarcir, não se verifica a

possibilidade de o julgador conhecer da preliminar de ofício. Trata-se de matéria que deve ser suscitada pelas partes envolvidas no processo administrativo.

Há entendimento deste Conselho em ambos os sentidos: ser necessário o lançamento para alterar a base de cálculo do tributo pretendido ressarcir; bem como existir a possibilidade de ser verificada a correção da base de cálculo nos próprios autos do pedido de ressarcimento/compensação, tendo em vista a necessidade de tornar a obrigação líquida e certa para que ocorra o pagamento pelo Poder Público do montante a ressarcir.

Portanto, a necessidade ou não de realização de lançamento de ofício é matéria que poderia ter sido alegada pela parte desde o início da discussão travada no processo administrativo, não se tratando de hipótese que deva ser reconhecida de ofício pelo Juiz.

Transpondo a análise para a nova legislação processual civil (Código de Processo Civil de 2015), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, verifica-se terem sido ampliadas as possibilidades de atuação de ofício do julgador nos autos do processo, inclusive requisitando e determinando a realização de provas quando entender necessário à solução do litígio. No entanto, com relação aos argumentos e requerimentos que devem ser veiculados pelas partes, não se observa a condição do julgador de trazer as alegações "de ofício", salvo as hipóteses ali previstas e as questões de ordem pública, como a prescrição e a decadência, exemplificativamente.

Para elucidar o raciocínio, são transcritos abaixo alguns dos dispositivos do novo CPC/2015 demonstrando os momentos em que o juiz atuará de ofício nos autos:

CPC/2015

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[...]

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

[...]

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta e relativa;

III - incorreção do valor da causa;

IV - inépcia da petição inicial;

V - perempção;

VI - litispendência;

VII - coisa julgada;

VIII - conexão;

IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

X - convenção de arbitragem;

XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;

XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;

XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

§1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

§4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

§5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

[...]

Art. 370. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*

Parágrafo único. *O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

[...]

Art. 485. *O juiz não resolverá o mérito quando:*

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

§1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§2º No caso do § 1o, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

[...]

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

[...]

Art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

[...]

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§2º Cumprida a diligência de que trata o § 1o, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1o e 3o poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

(grifou-se)

Importa registrar não se estar analisando se, na hipótese de discordância da base de cálculo do tributo, deveria ou não a Autoridade Fiscal promover o respectivo lançamento, mas sim se esse argumento pode ser suscitado de ofício pelo Relator. E, nesta hipótese, entende-se deva ser suscitado pela parte do processo a quem aproveitaria essa declaração de vício do ato administrativo, e não suscitada de ofício pelo julgador.

Consectário lógico da presente decisão é que ficam restabelecidas as glosas decorrentes da não inclusão na base de cálculo do PIS dos valores relativos ao crédito presumido de ICMS e das transferências para terceiros de saldos credores do ICMS, devendo os autos retornar ao Colegiado *a quo* para decidir o mérito das referidas discussões.

Processo nº 11686.000400/2008-35
Acórdão n.º **9303-006.608**

CSRF-T3
Fl. 423

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, com retorno dos autos ao Colegiado de origem, para apreciação das glosas relativas à não inclusão na base de cálculo do PIS dos valores relativos ao crédito presumido de ICMS e das transferências para terceiros de saldos credores do ICMS decorrentes de exportação.

É o Voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello