



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

Processo n° 13896.907989/2009-35
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **3803-004.366 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 24 de julho de 2013
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Embargante SND DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 15/10/2002

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE SANEAMENTO.

Uma vez constatada a ocorrência de contradição entre o resultado da decisão e os fundamentos desta, deve-se sanear o acórdão com o expurgo dos termos indevidos, de modo a preservar a coerência entre a premissa argumentada e a conclusão adotada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, sem efeitos infringentes, para eliminar a contradição do acórdão.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado (Presidente), Hélcio Lafetá Reis (Relator), Belchior Melo de Sousa, João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos por SND Distribuição de Produtos de Informática Ltda. contra o Acórdão nº 3803-03.460, de 23 de agosto de 2012, da 3ª Turma Especial da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), com fulcro no art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (RI/CARF).

O presente processo originara-se de Pedido de Restituição e Declaração de Compensação (PER/DCOMP) transmitido pelo contribuinte supra identificado, relativo a pretensão pagamento da Cofins efetuado a maior, no montante de R\$ 3.004,00, cujo direito creditório reclamado neste processo totaliza o valor atualizado de R\$ 3.288,36.

Por meio de despacho decisório eletrônico, a repartição de origem decidiu por não homologar a compensação, sob o fundamento de que o pagamento informado já havia sido integralmente utilizado para quitação de débito da titularidade do contribuinte.

Cientificado da decisão, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade e alegou que pretendia comprovar a efetividade da compensação oportunamente, alegando que até aquele momento, não havia localizado os elementos comprobatórios, por se tratar de documentos antigos, em razão do que requereu o deferimento de prazo adicional para a apresentação dos documentos necessários ao exame dos fatos.

Informou o então Manifestante que a apresentação do DARF estaria sendo providenciada e que teria havido recolhimento a maior da contribuição, do que decorreria a existência do crédito, cuja compensação pretendia-se efetivar.

Acrescentou o Manifestante que, no caso de indeferimento da dilação do prazo para apresentação dos documentos, se determinasse a realização de perícia contábil, nos termos do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972.

A DRJ Campinas/SP julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, tendo decidido não reconhecer o direito creditório por falta de prova, não tendo sido autorizada a dilação de prazo para apresentação de documentos e indeferido o pedido de perícia.

Inconformado, o contribuinte recorreu a este Conselho e requereu o deferimento da juntada, em até 30 dias contados da data da protocolização da peça recursal, de laudo contábil comprobatório do direito reclamado, assim como o provimento do Recurso Voluntário para a reforma integral da decisão atacada, com o reconhecimento do crédito e a homologação da compensação em sua totalidade, alegando, aqui apresentado de forma sucinta, (i) a necessidade de realização de perícia ou diligência, (ii) a nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa; (iii) o direito à compensação da contribuição derivaria do fato de que as receitas financeiras haviam sido incluídas indevidamente na base de cálculo e (iv) a Lei nº 11.941/2009 agasalhou o entendimento do STF sobre a matéria (alargamento da base de cálculo), retirando do ordenamento jurídico o art. 3º e § 1º da Lei nº 9.718/1998.

Posteriormente à apresentação do recurso, o Recorrente trouxe aos autos laudo contábil, elaborado, segundo ele, por uma auditoria independente, que, ainda segundo ele, conteria a apuração do crédito pleiteado com base na escrita contábil da empresa, cujo conhecimento seria “imprescindível para a adequada mensuração da exigência”, assim como cópias de comprovantes de arrecadação obtidos no sítio da Receita Federal na internet.

Em 23 de agosto de 2012, esta 3ª Turma Especial, por meio do acórdão nº 3803-03.460, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, tendo ficado vencido o conselheiro Juliano Eduardo Lirani, que, abstendo-se de votar o mérito, votou por converter o julgamento em diligência. Na ocasião, fez sustentação oral o Dr. Rogério Pires da Silva, OAB/SP nº 111.399.

O acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 15/10/2002

PRELIMINAR DE NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. INOCORRÊNCIA.

Inexiste nulidade na decisão de primeira instância proferida em total conformidade com as normas do Processo Administrativo Fiscal (PAF) e os elementos fáticos presentes nos autos.

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. INDÉBITO. ÔNUS DA PROVA.

O ônus da prova recai sobre a pessoa que alega o direito ou o fato que o modifica, extingue ou que lhe serve de impedimento, devendo prevalecer a decisão administrativa que não reconheceu o direito creditório e não homologou a compensação, amparada em informações prestadas pelo sujeito passivo e presentes nos sistemas internos da Receita Federal.

No voto condutor do acórdão, constaram as razões de indeferimento do pedido de perícia, assim como o fato de que, em razão da apresentação, somente em grau de recurso, dos fundamentos de defesa quanto à natureza do direito creditório, tal matéria não seria apreciada, por se encontrar preclusa, pelo fato de não ter sido exposta na primeira instância administrativa, nos termos exigidos pelo art. 16 do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF).

Como até a impugnação, o contribuinte não havia se pronunciado sobre as razões de fato ou de direito ensejadoras do recolhimento indevido, essa matéria foi considerada não controvertida nos autos, tornando-se não passíveis de apreciação na segunda instância administrativa.

Ainda de acordo com o relator, restara controvertido nos autos apenas a existência ou não de um recolhimento do tributo a maior, o pedido de diligência/perícia, assim como o requerimento de prazo para a apresentação de documentos antigos que, segundo ele, até então não haviam sido localizados.

Cientificado da decisão desta 3ª Turma Especial em 31 de outubro de 2012, o contribuinte interpôs embargos de declaração em 5 de novembro do mesmo ano, com fulcro no art. 65 do Anexo II do Regimento do CARF, alegando a ocorrência de omissão, contradição e de obscuridade no acórdão embargado, nos seguintes termos:

a) tendo a Turma Especial se manifestado pela preclusão do seu direito de prova, prevalecera na ocasião, aparentemente, a interpretação literal e mais severa do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, posição essa já superada na jurisprudência do CARF e no Poder Judiciário;

b) constou do acórdão embargado apenas o voto vencedor, da lavra do conselheiro relator, tendo sido omitida as razões que conduziram o voto vencido do conselheiro Juliano Eduardo Lirani, situação esta que inquinaria de nulidade o acórdão, por preterição do direito de defesa e por ausência de motivação. O voto vencido deve ser juntado aos autos, oportunizando-se a reabertura de prazo para defesa (novos embargos de declaração);

c) o acórdão não foi suficientemente claro a respeito das razões que levaram o relator a negar provimento ao recurso, em preliminar e no mérito, o que reclamaria o saneamento da decisão;

d) a parte dispositiva do acórdão mereceria ajustes quanto às conclusões do voto vencido, pelo fato de ali ter constado que o conselheiro Juliano Eduardo Lirani teria se absterido de votar o mérito, mas teria votado pela conversão do julgamento em diligência, situação essa que demandaria esclarecimentos quanto ao conhecimento ou não do recurso, total ou parcial, à ausência de pronúncia quanto aos demais tópicos suscitados no recurso;

e) necessidade da Turma esclarecer o que entende como mérito do recurso, se abrange também o pedido de exame da prova documental;

f) existência de contradição entre as razões do voto condutor, a parte dispositiva do voto e a ementa, que pareceriam indicar a inclinação do relator pelo não conhecimento do recurso, por entender tratar-se matéria preclusa, enquanto que, ao final, restara decidido o não provimento do recurso nessa parte;

g) a diligência requerida, considerada pelo relator como hipótese de inversão do ônus da prova – a despeito de qualquer previsão nesse sentido –, é instituto regularmente disciplinado do Regimento Interno do CARF (arts. 18, I, 50, § 2º, e 58, § 9º) e no Decreto nº 70.235/1972, tratando-se de instrumento eficaz e imprescindível à formação do livre convencimento do julgador administrativo que, mesmo na instância revisional, não se encontra submetido às limitações próprias do processo judicial no que diz à apreciação da prova;

h) a conversão do julgamento em diligência é também decorrência direta da garantia constitucional do direito de defesa, até por força do que prevê o art. 38, § 2º, da Lei nº 9.784, de 1999, e atende o fim precípuo do lançamento, que é o de constituir somente o crédito efetivamente devido;

i) a conversão do julgamento em diligência jamais importará em inversão do ônus da prova em desfavor do Fisco, pois o processo administrativo é inquisitório e o ato administrativo deve ser motivado;

j) o laudo contábil apresentado é idôneo e preciso, tendo sido produzido por auditoria independente, sendo, portanto, imparcial;

k) não é dever do contribuinte produzir prova negativa ou prova impossível, mas sim demonstrar que a exigência padece de vícios;

l) necessidade de recebimento dos embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes, porquanto assim se encontra autorizado pela interpretação extensiva da lei, bem como pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF), para correção de premissa equivocada.

Por fim, requereu o Embargante que os embargos fossem recebidos e providos, inclusive em seus efeitos infringentes, de modo a sanar a omissão e esclarecer as obscuridades, bem como corrigir a equivocada premissa em que se fundou a decisão embargada, com modificação da parte dispositiva do acórdão, para dele constar o provimento do recurso no que tange ao pedido de conversão do julgamento em diligência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hércio Lafetá Reis

Os embargos são tempestivos e deles tomo conhecimento.

Nos termos do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (RI/CARF), cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma.

Nesse mesmo sentido, afirma Humberto Theodoro Junior¹ que os Embargos de Declaração não visam à reforma do acórdão ou da sentença, admitindo-se a hipótese de alguma alteração no conteúdo do julgado, sem, entretanto, ocasionar um novo julgamento da causa, haja vista não ser esta a função desse remédio recursal.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que as funções dos embargos de declaração “são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão”, não servindo “para forçar o ingresso na instância especial”².

Conforme já decidiram o Supremo Tribunal Federal (STF)³ e o STJ⁴, somente em casos excepcionais, quando a decisão embargada encontra-se em total dessintonia com a matéria fática presente nos autos, contendo vícios insanáveis decorrentes da inexistência

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41ª ed. Rio de Janeiro: Ed.Forense. 2004, p. 560 e ss.

² Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo De Instrumento nº 659677, processo: 200500270696SP, Primeira Turma: 28/06/2005.

³ ARE 738259 AgR-ED / DF - DISTRITO FEDERAL, EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 18/06/2013, Segunda Turma; RE 372975 AgR-ED / SP - SÃO PAULO, EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, j. 21/05/2013, Segunda Turma; ARE 664537 AgR-ED / BA - BAHIA, EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, j. 16/04/2013, Segunda Turma etc.

⁴ EDcl no AgRg no HC 183515 / DF, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2010/0159066-4, Relator(a) Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, j. 20/06/2013

das premissas da decisão ou desprovida de fundamentação e, por conseguinte, passível de anulação, vislumbra-se a possibilidade de se acolherem os embargos de declaração com efeitos infringentes.

A par dessas considerações, verifica-se, de pronto, que o Embargante postou-se assaz reativo aos fundamentos engendrados no voto condutor do acórdão embargado, pretendendo, por via oblíqua, alcançar a reapreciação da matéria litigada na mesma esfera em que decidida.

Conforme se demonstrará na seqüência, não se trata o presente caso de hipótese excepcional a exigir a aplicação de efeitos infringentes aos embargos com vistas à prolação de novo acórdão.

Registre-se, de início, que o Embargante cometera um equívoco ao requerer a juntada aos autos do voto vencido do conselheiro Juliano Eduardo Lirani, pois, no acórdão embargado, o voto do relator restou vencedor, não se aplicando ao caso, por total incompatibilidade, a designação de outro conselheiro para a redação de um outro voto, não importando de que natureza.

De acordo com o § 1º do art. 63 do Regimento do CARF⁵, a figura do voto vencido ocorre nos casos em que o voto do relator não obtém a adesão da maioria da turma julgadora, restando, por conseguinte, vencido, decorrendo dessa hipótese a necessidade de se designar um outro conselheiro para redigir o voto vencedor.

Contudo, essa hipótese não ocorreu neste processo, pois, conforme acima já dito, o voto do relator, ou seja, do conselheiro para quem o processo fora sorteado, foi acompanhado pela maioria, excetuando-se o já citado conselheiro Juliano Eduardo Lirani, que, diferentemente dos demais membros da turma que decidiram por não prover o recurso voluntário, votou pela conversão do julgamento em diligência à repartição de origem, nos termos solicitados pelo então Recorrente.

Esclareça-se que inexistente no Regimento Interno do CARF, ou mesmo no Decreto nº 70.235, de 1972, previsão de juntada de um voto específico contendo as posições dos conselheiros que restaram vencidos no acórdão, havendo, no máximo, a previsão de declaração de voto, mas de caráter facultativo, a depender do interesse do conselheiro vencido em demonstrar a posição por ele defendida, conforme se depreende do contido no art. 63 e §§ do Regimento do CARF.

Nesse sentido, não tendo o conselheiro vencido se predisposto a apresentar declaração de voto, a ausência desta no acórdão embargado não pode ser considerada causa de anulação ou de declaração de nulidade da decisão, uma vez que esta, conforme acima apontado, fora formalizada em conformidade com as regras do processo administrativo fiscal.

⁵ Art. 63. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes e dos ausentes, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos e a matéria em que o foram, e os impedidos.

§ 1º Vencido o relator, na preliminar ou no mérito, o presidente designará para redigir o voto da matéria vencedora e a ementa correspondente um dos conselheiros que o adotar, o qual deverá ser formalizado no prazo de 30 (trinta) dias, contado da movimentação dos autos ao redator designado.

Se o conselheiro vencido votara pela conversão do julgamento em diligência, não se pronunciando sobre o teor e a extensão dessa medida, logicamente que essa diligência só pode ser aquela requerida pelo então Recorrente.

Não se pode perder de vista que a referida diligência fora matéria vencida por ampla maioria, não gerando qualquer efeito jurídico no presente processo a descrição pormenorizada dos procedimentos que, caso tivesse sido vencida a tese, deveriam ser observados em sua realização. Ainda mais por se tratar de pedido do próprio Recorrente, encontrando-se o objeto da lide, nessa matéria, restringido pelo que fora arguido pela parte interessada.

No que tange à decisão contida no acórdão embargado quanto à preclusão processual, nada há a reparar, pois tal matéria foi extensivamente abordada no voto do relator, tendo sido apontadas as razões de fato e de direito em que se pautara, bem como os dispositivos legais aplicáveis. O fato de o interessado não concordar com a tese vencedora, mesmo que amparado em posições doutrinárias e/ou jurisprudenciais, não é razão suficiente para que se reaprecie a matéria, dada a inocorrência de qualquer vício a reclamar por reforma.

No que se refere ao pedido do Embargante de esclarecimentos quanto ao que a turma considera preliminar ou mérito, e se este abrange também o pedido de exame da prova documental, registre-se que, conforme o próprio Embargante apontara em sua peça recursal, o voto condutor do acórdão embargado fora didaticamente elaborado, enfrentando-se de início a preliminar de nulidade arguida e, na seqüência, o mérito do recurso, encontrando-se abrangido por este toda a matéria enfrentada a partir de então, tudo em conformidade com o art. 59, *caput*, e § 1º, do Regimento Interno do CARF⁶.

Por outro lado, em um ponto, assiste razão ao Embargante, pois, de acordo com o entendimento externado no parágrafo anterior, por se tratar o pedido de diligência de questão de mérito, não poderia ter constado do resultado do julgamento a afirmativa de que o conselheiro vencido havia se absterido de votar o mérito e ao mesmo tempo votado pela conversão do julgamento em diligência, dada a total incompatibilidade das duas asserções.

Essa contradição deve ser reformada.

Quanto à alegada contradição entre a decisão de não se conhecer dos argumentos de defesa trazidos aos autos somente em sede de recurso, por preclusão processual, e a conclusão do acórdão embargado de negar provimento ao recurso, conforme se demonstrará a seguir, ela também não merece acolhida.

Conforme se verifica do relatório supra, assim como do acórdão embargado e do conteúdo dos embargos ora analisados, para além dos elementos fáticos e das razões de direito considerados preclusos, se encontravam controvertidas nos autos apenas as questões relativas à existência de um pagamento a maior – e aqui merece o destaque que tal possibilidade pode não depender do fundamento de direito da ocorrência desse pagamento a maior, pois este poderia decorrer de mero erro no preenchimento do DARF ou de erro na declaração do valor da contribuição na DCTF – , do pedido de diligência/perícia e da apresentação extemporânea de prova, tendo sido os pedidos correlatos a essas questões não

⁶ Art. 59. As questões preliminares serão votadas antes do mérito, deste não se conhecendo quando incompatível com a decisão daquelas.

§ 1º Rejeitada a preliminar, o conselheiro vencido votará o mérito.

acolhidos pela turma, nos termos extensivamente expostos no voto condutor do acórdão embargado.

Uma vez que os novos argumentos trazidos aos autos somente em sede de recurso não compunham a lide, pois, nos termos dos arts. 14 e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, a fase litigiosa do procedimento é instaurada pela impugnação/manifestação de inconformidade, tem-se que as outras questões apreciadas, que restaram controvertidas – prova e diligência –, uma vez denegadas, reclamavam uma conclusão contendo a negativa do recurso então interposto, conforme efetivamente se deu.

A extensa exposição acerca da preclusão processual justificava-se, também, para se fundamentar a negativa à apresentação de documentos *a posteriori*, matéria essa que compunha o mérito então apreciado, em razão do já dito neste voto quanto à formação da lide no momento da impugnação e ao trânsito em julgado de matéria não impugnada.

Por outro lado, há que se ponderar que o acórdão embargado poderia ter especificado, além da negativa do recurso na parte controvertida, o não conhecimento das outras questões consideradas preclusas. Contudo, a falta de agir nesse sentido não importa em omissão ou contradição no acórdão embargado, pois, como se constata de muitas decisões do Poder Judiciário, a negativa de provimento do recurso pode abranger a preclusão processual, conforme se verifica, exemplificativamente, das decisões reproduzidas a seguir:

STF. AI 769955 AgR / MG, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 04/02/2010, Tribunal Pleno.

*Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ausência de peça obrigatória à formação do instrumento (art. 544, § 1º, CPC). Cópia da procuração outorgada aos patronos da parte agravante. 3. Ônus de fiscalização da parte agravante. Precedentes. 4. Juntada extemporânea. Desconsideração. **Preclusão consumativa.** 5. **Agravo regimental a que se nega provimento.** (grifei)*

STF. AI 824256 AgR / PR, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, j. 19/02/2013, Segunda Turma

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, BEM COMO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 454/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CF. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. OFENSA AOS ARTS. 5º, LIV, E 105, III, “A”, DA CF. **INOVAÇÃO RECURSAL. VEDAÇÃO. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (grifei)*

Com base nos excertos supra, constata-se que a preclusão processual pode ser abrangida pela decisão de se negar provimento ao recurso, ainda mais quando esta abarca, também, pedidos conhecidos mas não acolhidos pela turma.

Por fim, quanto ao pedido de diligência formulado no recurso voluntário, nos termos do art. 18, I, do Anexo II do Regimento Interno do CARF e no art. 18 do Decreto nº 70.235/1972, ele se submete ao juízo da autoridade julgadora administrativa quanto à sua

necessidade, imprescindibilidade e praticabilidade, devendo ser indeferido o pedido que não se enquadre nessas hipóteses.

No presente processo, conforme constou do voto condutor do acórdão embargado, por se tratar de pedido de restituição e declaração de compensação formulados pelo próprio contribuinte, o ônus da prova a ele compete, pois se refere a informações e documentos presentes em sua contabilidade e em seus controles e arquivos internos, não se podendo transferir ao julgador administrativo a tarefa de buscar tais dados, pois, assim agindo, estar-se-á, efetivamente, invertendo o ônus da prova, daí a negativa do pedido de diligência.

Diante do exposto, voto por ACOLHER EM PARTE os embargos de declaração, para excluir do resultado do julgamento do acórdão nº 3803-03.460 a expressão “abstendo-se de votar o mérito”, resultado esse que passará a ter o seguinte teor:

“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro Juliano Eduardo Lirani, que votou por converter o julgamento em diligência.”

É como voto.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator