



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.905237/2009-90
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3002-000.911 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de novembro de 2019
Recorrente METALÚRGICA FEY S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/09/2003

PRELIMINAR. NULIDADE DESPACHO DECISÓRIO. INOCORRÊNCIA.

A diligência tem por finalidade dirimir dúvidas sobre fatos relacionados ao litígio e será determinada quando se entender necessário, não sendo causa de nulidade de ato administrativo a ausência de diligência porque a autoridade decisória não tinha qualquer dúvida a ser sanada.

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO EM RECURSO REPETITIVO. VINCULAÇÃO AO JULGADO. ART. 62, § 2º DO RICARF.

O alargamento da base de cálculo de PIS/Cofins previsto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 foi afastado em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, no julgamento em sistemática de repercussão geral do RE 585.235, que transitou em julgado em 12/2008.

O § 2º do art. 62 do Regimento Interno do CARF determina que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática de repercussão geral, sejam reproduzidas pelos conselheiros no julgamentos dos recursos.

COMPENSAÇÃO. LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELA DRJ. APRECIÇÃO NECESSÁRIA DO MÉRITO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

O voto condutor do Acórdão recorrido demonstra que a análise do caso ateu-se à questão constitucional, não adentrando na aferição da certeza e liquidez do crédito pleiteado. Assim, não pode este Conselho se manifestar sem que tenha havido apreciação do mérito pela DRJ, sob pena de supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do Despacho Decisório e dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para determinar o retorno dos autos à DRJ para que profira novo julgamento, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

(documento assinado digitalmente)

Larissa Nunes Girard – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Sabrina Coutinho Barbosa e Larissa Nunes Girard (Presidente). Ausente o conselheiro Carlos Alberto da Silva Esteves.

Relatório

Trata o presente processo de declaração de compensação de crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de Cofins no valor de R\$ 5.508,79, relativo ao período de apuração setembro/2003, não homologada porque os créditos foram integralmente utilizados na quitação de outros débitos do contribuinte (fls. 27 a 32).

Em sua Manifestação de Inconformidade (fls. 3 a 12), a recorrente informou que seu crédito decorria da decretação de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, nos autos do RE 346.084, embora julgado pendente apenas de publicação, ressaltando que o referido dispositivo legal já havia sido revogado pela Lei nº 11.941/2009. Requereu, alternativamente, a anulação do Despacho Decisório, em razão da ausência de diligência.

Instruiu seu recurso com cópias do Despacho Decisório, AR, documentos de constituição e representação da empresa, PER/Dcomp, Darf, memória de cálculo da Cofins relativa a setembro/2003, DCTF retificadora e livro Razão (fls. 13 a 42).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis proferiu o Acórdão nº 07-18.814 (fls. 46 a 49), por meio do qual afastou a nulidade do Despacho Decisório e, quanto ao mérito, decidiu pela improcedência da Manifestação de Inconformidade, tendo em vista que as instâncias administrativas não tinham competência para apreciar questões de legalidade ou inconstitucionalidade e, como § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 vigia à época dos fatos, não podem afastá-lo. Consignou-se, também, que até o momento daquele julgamento as decisões tinham efeitos apenas para as partes e o contribuinte não demonstrou ser parte em nenhuma ação judicial que a beneficiasse.

O Acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

PRELIMINAR. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

A autoridade competente para decidir sobre restituição/compensação poderá, ou seja, tem a 'faculdade de condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos, bem como tem a faculdade de determinar a realização de diligência. Se pela DCOMP apresentada já é possível concluir que o crédito pleiteado carece de liquidez e certeza, desnecessária a realização de diligência.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte tomou ciência do Acórdão proferido pela DRJ em 07.06.2010, conforme Aviso de Recebimento constante à fl. 51, e protocolizou seu Recurso Voluntário em 07.07.2010, conforme carimbo na página inicial do Recurso Voluntário - fl. 65.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 65 a 75), a recorrente repisou suas alegações sobre o direito à aplicação do julgado pelo STF, ressaltando que não se pedia o reconhecimento da inconstitucionalidade, que não era de fato competência de um tribunal administrativo, mas que se aplicasse o Decreto nº 2.346/1997, que dispunha que as decisões do Supremo que fixassem interpretação do texto constitucional de forma inequívoca e definitiva deveriam ser observadas pela Administração Pública Federal. E retomou seus argumentos sobre a nulidade do Despacho Decisório, por ausência de diligência, requerendo, ao final, que fosse dado provimento ao Recurso e/ou acolhida a nulidade.

É o relatório.

Voto

Conselheira Larissa Nunes Girard, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo, preenche os requisitos formais de admissibilidade, inclusive quanto à competência das Turmas Extraordinárias e, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, alegou a recorrente que o Despacho Decisório seria nulo porque *“não houve qualquer diligência, ou seja, ação fiscal para apurar a existência e o quantum do crédito informado pelo sujeito passivo, o que se reveste num dever e não numa faculdade da administração pública”*.

Neste ponto acompanho a decisão de piso.

Ao contrário do que argumenta a recorrente, a diligência é uma faculdade para a Administração Fazendária, prestando-se à sanar dúvidas sobre os fatos relacionados ao litígio, se estas existirem, dentro do processo de formação de livre convicção pelo julgador. Nos termos Decreto nº 7.574/2011:

Art. 35. A realização de diligências e de perícias será determinada pela autoridade julgadora de primeira instância, de ofício ou a pedido do impugnante, **quando entendê-las necessárias para a apreciação da matéria litigada.**

(...)

Art. 63. Na apreciação das provas, **a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou de perícias**, observado o disposto nos arts. 35 e 36. (grifado)

A previsão de diligência contida na Instrução Normativa nº 900/2008, citada pela recorrente, contém exatamente a mesma idéia, aplicada às decisões relativas a restituição, ressarcimento ou compensação, a ver o texto normativo:

Art. 65. A autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição, o ressarcimento, o reembolso e a compensação **poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos comprobatórios do referido direito, inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo** a fim de que seja verificada,

mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas. (grifado)

A interpretação proposta pela recorrente, de que o verbo “poderá” contido no art. 65 acima deve ser tomado como *deverá*, é totalmente descabida neste contexto, o que se confirma, inclusive, pelo trecho da doutrina citado no Recurso, supostamente a seu favor, que se reproduz a seguir:

Ora, se é ilegal para a Administração manter valores decorrentes de indébito tributário, restituí-los quando solicitado é seguramente um *dever*, e não uma *faculdade*, e daí se conclui que **quando o pedido de restituição ou compensação gerar na autoridade fiscal dúvida** quanto à existência ou a quantificação do crédito, ela *deverá*, em obediência ao art. 65 da Instrução Normativa SRF nº 900/08, diligenciar para apurar se o crédito do contribuinte de fato existe e de quanto é. (grifado)

Mesmo a doutrina aponta que a dúvida deve preceder e motivar a diligência. E não pode ser de outro modo, pois realizar diligências desnecessárias implica ferir o princípio da eficiência, ao qual a Administração Fazendária também está sujeita. A sinonímia entre os verbos *dever* e *poder* no trecho acima diz respeito à obrigação de restituir, desde que haja certeza do indébito.

Os motivos para nulidade do ato administrativo estão previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Dado que não se incidiu nas hipóteses acima relacionadas, que a diligência é facultada à Administração Fazendária e que o Despacho Decisório atende aos requisitos formais, rejeito a preliminar.

Quanto à aplicação da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, entendo que cabe razão à recorrente.

Por meio do RE 585.235, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, em decisão cujo trânsito em julgado se deu em dezembro/2008. A ver o texto da decisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de **reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98** e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, **aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema**, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008. (grifado)

Tal decisão é de adoção obrigatória pelos conselheiros do CARF em virtude do art. 62, § 2º, do Regimento Interno do CARF, que assim dispõe:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

.....
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Portanto, resta pacificado no âmbito do contencioso administrativo que não se pode adotar entendimento diverso do que foi decidido pelo STF quanto à natureza das receitas que compõem a base de cálculo de PIS/Cofins, devendo ser excluídas as receitas financeiras.

O exame dos autos mostra que a recorrente instruiu sua Manifestação de Inconformidade com documentação pertinente para a demonstração do que alega. Não se faz aqui apreciação do seu conteúdo, mas apenas do ato do contribuinte, no sentido de iniciar a produção da prova no momento oportuno, evitando assim a preclusão deste direito.

Tendo sido a incompetência das instâncias administrativas o único fundamento adotado para rebater as alegações de mérito trazidas pelo contribuinte, uma vez afastado, o processo deve retornar para a apreciação da certeza e liquidez do crédito pela DRJ, de forma a que não tenhamos supressão de instância.

Diante do exposto, afasto a preliminar de nulidade do despacho decisório e dou provimento parcial ao Recurso Voluntário para determinar o retorno dos autos à DRJ, a fim de que seja realizado um novo julgamento, em que seja analisada a liquidez e certeza do crédito pleiteado, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 e a documentação acostada aos autos.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Larissa Nunes Girard