



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

Processo n° 15374.901268/2008-55
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3803-004.024 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 19 de março de 2013
Matéria COFINS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR - DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO IRB
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003

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: 01/01/2003 a 31/01/2003

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 voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente e Relator

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

Relatório

FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO IRB apresentou o Pedido Eletrônico de Ressarcimento/Declaração de Compensação (PER/Dcomp) nº 34699.75752.310504.1.3.04-7650, por meio do qual requereu a restituição de indébito por pagamento indevido ou a maior do que o devido a título de Cofins, efetuado em 23/10/2003, e declarou sua compensação com débito da mesma Contribuição. O Despacho Decisório Eletrônico nº de rastreamento 757785631, fl. 7, indeferiu o pleito e não homologou a compensação porque o pagamento indigitado foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP. Sobreveio reclamação, fls. 10 a 14, por meio da qual o declarante alega erro no valor do débito de Cofins de janeiro de 2003 e que o equívoco não desnatura seu direito. Pretende comprovar o alegado mediante cotejo da DCTF original com a DIPJ, cuja cópia instruiu a Manifestação de Inconformidade. Invoca o art. 352 do Código Civil.

A DRJ/RJ2-4ª Turma julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente. O Acórdão nº 13-33.264, de 31 de janeiro de 2011, fls. 92 a 95, teve ementa vazada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. ALEGAÇÃO SEM PROVAS.

Cabe ao contribuinte no momento da apresentação da manifestação de inconformidade trazer ao julgado todos os dados e documentos que entende comprovadores dos fatos que alega.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cuida-se agora de recurso interposto contra a decisão da DRJ/RJ2-4ª Turma. O arrazoado de fls. 101 a 111, após protesto de tempestividade e síntese dos fatos relacionados com a lide, inquina o Despacho Decisório de nulidade, haja vista a precariedade da descrição dos fatos e da disposição legal infringida e a penalidade aplicável. Ainda, infirma do Despacho Decisório, por carência de motivação. Na continuação, entendendo ser possível a produção comprobatória na fase recursal do processo administrativo fiscal, pede a juntada do balancete referente ao período de apuração de interesse.

No mérito, retoma a explicação da origem do crédito, já oferecida na Manifestação de Inconformidade. Avisa que já providenciou a retificação da DCTF. Cita e transcreve doutrina. Aduz que, considerando que parte do valor confessado não corresponde às hipóteses de incidência tributária, a confissão de dívida e conseqüente pagamento são absolutamente irrelevantes, não gerando qualquer obrigação tributária, prevalecendo os fatos verdadeiros sobre o confessado.

Requer o provimento do Recurso Voluntário, reformando-se totalmente o despacho decisório recorrido e homologando-se a compensação procedida.

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. 101 a 111 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-RJ2-4ª Turma nº 13-33.264, de 31 de janeiro de 2011.

Preliminar – Nulidade do Despacho Decisório

Retomando a argüição, o recorrente espera que se decrete a nulidade do DDE nº de rastreamento 757785631, fl. 7, porque, no seu entender, quedaram malferidos incisos; III e IV do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março 1972 – PAF, na medida em que não descreve corretamente a situação fática que lhe deu origem, nem a norma que a Recorrente teria violado, o que ocasionou a incorreta compreensão dos fatos que lhe foram imputados.

Destaco, incidentalmente, que, muito embora a aplicação aos processos de restituição e compensação do rito instituído pelo Decreto nº 70.235, de 1972, tenha sido expressamente autorizada pelo § 4º do art. 66 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008, nem todos os seus institutos são analogicamente aplicáveis. É o caso do art. 10, que dispõe sobre os requisitos intrínsecos de autos de infração, ato administrativo que possui motivação completamente distinta da dos despachos decisórios.

Nada obstante, argüição deve ser conhecida à luz do art. 59 do PAF:

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.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei nº 8.748/1993)

Compulsando o referido DDE, constato que o mesmo declinou expressamente a razão para o indeferimento do pleito: a utilização do DARF indicado como fonte do indébito para quitação de débito do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP. O DARF analisado é descrito, de modo a atestar sua conformidade com o indicado no PER/DCOMP, bem assim a sua alegada utilização. O embasamento legal do ato também está consignado: “Arts. 165 e 170, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN). Art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996”. Ademais, o ato foi subscrito pelo Delegado da Delegacia Especial de Instituições Financeiras no Rio de Janeiro, AFRFB Sérgio Magalhães Lima, autoridade regimentalmente incumbida da execução das atividades relacionadas a restituição, compensação, reembolso, ressarcimento, redução e reconhecimento de imunidade e isenção tributária.

A propósito, observo que a argüição não constou de sua Manifestação de Inconformidade. Antônio da Silva Cabral¹ defende a idéia de que os citados dispositivos representam hipóteses de nulidade expressa ou legal, que devem ser declaradas a qualquer tempo, independentemente de argüição, sendo os atos inquinados inaproveitáveis. A jurisprudência, no entanto, que se o interessado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa. Parece-me ser exatamente esse o caso: a Manifestação de Inconformidade formulada demonstrou que o compreendeu por que razão seu pleito não foi deferido. Prova está em que as razões de defesa, a par das inéditas preliminares de nulidade, foram integralmente repetidas no recurso voluntário.

Não vislumbro qualquer preterição do direito de defesa.

Rejeito a preliminar.

Mérito – Comprovação do indébito

A decisão recorrida não acolheu a exceção de erro na apuração da contribuição social, nem a simples retificação da DIPJ para efeito de alterar valores originalmente declarados, porque o declarante, em sede de reclamação administrativa, não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia. No recurso voluntário, o interessado aporta aos autos novos documentos, que não haviam sido oferecidos à autoridade julgadora de primeira instância. A possibilidade de conhecimento desses novos documentos, não oferecidos à instância *a quo*, deve ser avaliada à luz dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal. O PAF, assim dispõe, *verbis*:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

¹Processo administrativo-Fiscal, Saraiva: São Paulo, 1993, p. 525-526.

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º *A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:*

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997):
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997);
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

[...]

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).’

De acordo com as normas processuais do PAF, é no momento processual da reclamação que a lide é demarcada e o processo administrativo propriamente dito tem início, com a instauração do litígio, não se permitindo, a partir daí, a abertura de novas teses de defesa ou a apresentação de novas provas, a não ser nas situações legalmente excepcionadas. A este respeito, Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Tereza Martínez López² asseveram que “*a inicial e a impugnação fixam os limites da controvérsia, integrando o objeto da defesa as afirmações contidas na petição inicial e na documentação que a acompanha*”.

Antônio da Silva Cabral, no bibliografia já citada³, assim se manifestou sobre o assunto:

‘O termo latino é muito feliz para indicar que a preclusão significa impossibilidade de se realizar um direito, quer porque a porta do tempo está fechada, quer porque o recinto onde esse direito poderia exercer-se também está fechado. O titular do direito acha-se impedido de exercer o seu direito, assim como alguém está impedido de entrar num recinto porque a porta está fechada.’

Na página seguinte, o mesmo autor, reportando-se aos órgãos julgadores de segunda instância, completa:

‘Se o tribunal acolher tal espécie de recurso estará, na realidade, omitindo uma instância, já que o julgador singular não apreciou a parte que só é contestada na fase recursal.’

²Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado. São Paulo: Dialética, 2002, p. 67.

³Processo Administrativo Fiscal, Saraiva: São Paulo, 1993, p. 172.

Cintra, Grinover e Dinamarco, no livro Teoria Geral do Processo, assim se posicionam sobre a preclusão:

'o instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão[.]'

Ensinam, também, estes doutrinadores que:

'A preclusão não é sanção. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo.'

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constituem-se em verdadeiro ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não sendo praticado no tempo certo, surgem para a parte conseqüências gravosas, dentre elas a perda do direito de fazê-lo posteriormente, pois opera-se, nesta hipótese, o fenômeno da preclusão, isto porque o processo é um caminhar para a frente, não se admitindo, em regra, ressuscitar questões já ultrapassadas em fases anteriores.

De acordo com o § 4º do art. 16 do PAF, supratranscrito, só é lícito deduzir novas alegações em supressão de instância quando: 1) relativas a direito superveniente; 2) competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou 3) por expressa autorização legal.

O § 5º do mesmo dispositivo legal exige que a juntada dos documentos deve ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

No caso desses autos, o recorrente não se preocupou em produzir oportunamente os documentos que comprovariam suas alegações, ônus que lhe competia, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O recorrente tampouco comprovou a ocorrência de qualquer das hipóteses das alíneas “a” a “c” do § 4º do art. 16 do PAF, que justificasse a apresentação tão tardia dos referidos documentos. Desta forma, deixo de considerá-los no julgamento da presente lide.

A propósito dos documentos que instruem a peça recursal (planilha de levantamento do direito creditório pleiteado e balancete sintético de janeiro de 2003), deve-se sublinhar que os mesmos não são suficientes para atestar liminarmente a liquidez e a certeza do crédito oposto na compensação declarada e demandariam a reabertura da dilação probatória, o que, de regra, como já visto, não se admite na fase recursal do processo.

A comprovação do valor do tributo efetivamente devido (e, por consequência, do direito à restituição de eventual parcela recolhida a maior) no caso concreto deveria ter sido efetuada mediante apresentação de documentos contábeis e/ou fiscais que patenteassem que o valor da contribuição do período de apuração de interesse (01/01/2003 a 31/01/2003) não atingiu o valor informado na DCTF vigente quando da emissão do Despacho Decisório aqui analisado, mas apenas o valor informado na DCTF retificadora (que no presente caso sequer efeitos surte quanto à redução deste débito) e na DIPJ retificadora, de caráter meramente informativo. Como tal documentação não foi juntada no momento processual oportuno, ficou sem comprovação a certeza e liquidez dos créditos do contribuinte contra a Fazenda Pública, atributos indispensáveis para a homologação da compensação pretendida, nos termos do art. 170 do CTN.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de março de 2013

Alexandre Kern