



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15374.922997/2009-26
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-007.212 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de dezembro de 2019
Recorrente REDE MANAUS COMÉRCIO DE PNEUS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/10/2001

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A legislação estabelece que são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Não restando configuradas tais hipóteses não é de se declarar a nulidade.

DILIGÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS. ÔNUS DA CONTRIBUINTE.

A realização de diligência não se presta para a produção de prova que toca à parte produzir, sendo da contribuinte o ônus de reunir e apresentar o conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. RECEITA FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO.

Declarada a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins, por decisão definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em regime de repercussão geral, o valor da receita financeira não integra a base de cálculo da Cofins, por não integrar o faturamento da pessoa jurídica não financeira.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para afastar o alargamento da base de cálculo da Cofins e determinar à Unidade de Origem a verificação da exatidão do crédito da Recorrente.

(documento assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente de Turma), Valcir Gassen (vice-presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Salvador Cândido Brandão Júnior, Ari Vendramini, Marco Antonio Marinho Nunes e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº **13-32.990** - 5ª Turma da DRJ/RJO2, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada contra o Despacho Decisório com o número de rastreamento nº 83166365, por intermédio do qual foi não homologada a compensação declarada no PER/DCOMP nº **05937.77224.130406.1.3.04-3016**.

Na referida declaração de compensação, objeto do PER/DCOMP nº **05937.77224.130406.1.3.04-3016**, o crédito pleiteado teria como gênese pagamento indevido ou a maior da **Cofins** (código da receita: **2172**), período de apuração **10/2001**, data de arrecadação **14/11/2001**, no valor de **R\$ 122.492,15**, sendo o saldo credor referente a este pagamento o valor de **R\$ 9.697,41**, usado na compensação de débito da Cofins – Não cumulativa (código de receita: 5856), período de apuração 03/2006, no valor de R\$ 7.400,55.

Por bem descrever os fatos, adoto, com as devidas complementações, o relatório constante da decisão de primeira instância, que reproduzo a seguir:

Relatório

Trata o presente processo de apreciação de compensação declarada em PER/DCOMP, transmitida em 13/04/2006, de crédito referente a valor que teria sido recolhido a maior ou indevidamente em 14/11/2001, a título de COFINS, atinente ao período de apuração 10/2001, com débito da COFINS – código 5856-01, período de apuração Mar/2006, no valor de R\$ 7.400,55 (fl.02/7).

Por meio do Despacho Decisório nº 831666365, emitido eletronicamente (fl. 08), o Delegado da DERAT – Rio de Janeiro-RJ, não homologou a compensação declarada, devido ao fato de não restar crédito disponível para a compensação dos débitos informados, em virtude de o pagamento do qual seria oriundo já ter sido integralmente utilizado para quitar débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Cientificada, a Interessada ingressou, em 29/05/2009, com a manifestação de inconformidade de fls. 09/16, acompanhada da documentação de fls. 17/92, na qual alega, em síntese, que:

1. No caso, o despacho decisório preteriu, grave e flagrantemente, o direito de defesa da contribuinte, na medida em que não deu a oportunidade para que o sujeito passivo esclarecesse a origem de seu crédito;
2. A autoridade lançadora encerrou a análise do pedido de compensação laconicamente, sem conceder ao contribuinte o direito de esclarecer que o crédito compensável decorria de declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, pelo plenário do STF (RE 346.084);
3. Nulo de pleno direito, pois, o despacho decisório impugnado, devendo ser acolhida a presente para que seja decretada essa nulidade e se determine a prolação de novo despacho, desta feita manifestando-se sobre o crédito que ostenta a contribuinte perante a Fazenda Nacional;

4. O crédito utilizado no PER/DCOMP refere-se ao pagamento a maior da contribuição referente a importância que incidu sobre a receita financeira, nos termos do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98;

5. Ocorre que o STF, ao apreciar o RE 346.084, declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, porque à época da promulgação da Lei nº 9.718/98, as contribuições do artigo 195, I, da CF somente poderiam ter por base de cálculo o faturamento da pessoa jurídica;

6. Nesse diapasão, teve por inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, possibilitando que os contribuintes, como no caso em comento, pleiteassem a repetição/compensação do pagamento indevido, qual seja, da parte que incidu sobre receitas não-operacionais;

7. Orientada pela referida decisão do STF, a contribuinte aproveitou todo o indébito de PIS e de COFINS, com débitos vencidos;

8. Utilizando-se da Declaração de Compensação, a contribuinte deduziu o aproveitamento de um crédito, que não dependia de decisão judicial transitada em julgado, pois decorria da inconstitucionalidade reconhecida pela mais alta instância do Judiciário Nacional;

9. Além do mais, pondo fim às dúvidas que pairavam, o artigo 25, da Lei nº 11.941/09, ao incluir o artigo 26-A ao Decreto nº 70.235/72, preceituou que a autoridade julgadora poderá deixar de aplicar lei federal, quando o STF, por seu plenário, já tiver decretado sua inconstitucionalidade;

10. A informação veiculada em DCTF não prejudica o pedido de compensação, porque não se concede como requisito da compensação tributária seja na Lei ou em seu regulamento, a identificação precisa do indébito na DCTF;

11. A presente manifestação de inconformidade representa o momento processual mais adequado para que a contribuinte forneça a documentação comprobatória de seu crédito, tendo em vista que o processamento eletrônico da PER/DCOMP limita o acesso aos dados contábeis da declarante;

12. Em anexo, a contribuinte apresenta cópias autenticadas de seu livro-diário do período de apuração do indébito e da DIPJ do exercício respectivo, através dos quais se comprova o indébito das contribuições ao PIS e COFINS recolhidas indevidamente, porque teve por base de cálculo receitas não-operacionais do sujeito passivo;

13. Por todo o exposto, é a presente para requerer que seja decretada a nulidade do despacho decisório impugnado, determinando-se à autoridade administrativa competente que profira outro em seu lugar, ou então, na hipótese de não ser acolhida a alegação de nulidade, o que se admite por apego ao princípio da eventualidade, que seja homologada a compensação, e extintos os créditos tributários compensados, na forma do art.156, II, do CTN.

Devidamente processada a Manifestação de Inconformidade apresentada, a 5ª Turma da DRJ/RJO2, por unanimidade de votos, julgou improcedente o recurso, nos termos do relatório e voto do relator, conforme Acórdão nº 13-32.990, datado de 04/01/2011, cuja ementa transcrevo a seguir:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/10/2001

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO/ DESPACHO ELETRÔNICO.

O despacho decisório eletrônico funda-se nas informações prestadas pela interessada nas declarações apresentadas à Administração Tributária. A inexistência do crédito informado nas declarações justifica a não-homologação.

COMPENSAÇÃO/CRÉDITOS/COMPROVAÇÃO.

É requisito indispensável ao reconhecimento da compensação a comprovação dos fundamentos da existência e a demonstração do montante do crédito que lhe dá suporte, sem o que não pode ser admitida.

LEI Nº 9.718/98 - BASE DE CÁLCULO - ALTERAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL - RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo plenário do STF, em sede de controle difuso, e tendo sido, posteriormente, reconhecida por aquele Tribunal a repercussão geral da matéria em questão e reafirmada a jurisprudência adotada, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante, é autorizado ao julgador administrativo deixar de aplicar o referido dispositivo, conforme autorizado pelos Decretos nºs 2.346/97 e 70.235/72, não se estendendo tal autorização, no entanto, à restituição dos valores recolhidos espontaneamente pelo contribuinte.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada do julgamento de primeiro grau, a contribuinte apresenta Recurso Voluntário, estruturado nos seguintes tópicos:

- (i) Resumo do processo;
- (ii) Nulidade do processo a partir do despacho decisório;
- (iii) Aplicação do art. 26-A, § 6º, I do Decreto 70.235/72;
- (iv) Revogação do art. 4º do Decreto 2.346/97;
- (v) Correta interpretação do art. 4º do Decreto 70.235/72; e
- (vi) Prova do crédito compensado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Antonio Marinho Nunes, Relator.

I ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais deve ser conhecido.

II PRELIMINAR

II.1 Nulidade do Despacho Decisório

Sustenta a Recorrente a nulidade do Despacho Decisório, em razão de preterição do direito de defesa, por não se ter sido precedido de intimação que permitisse a prestação de

informações à autoridade preparadora para que esta proferisse sua decisão sabendo-se que o crédito compensado teria origem na declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, pelo plenário do STF, à qual se atribuiu repercussão geral.

Analiso.

Ratifico o posicionamento da DRJ quanto ao assunto, de que a falta de intimação previa ao Despacho Decisório não é causa de sua nulidade por preterição do direito de defesa, como ventilado pela Recorrente, visto que a lide administrativa se instaura com a apresentação da Manifestação de Inconformidade contra o ato combatido (Despacho Decisório), no curso da qual lhe é dada a oportunidade de contestar a não homologação do Despacho Decisório e comprovar os seus créditos, mediante, como já dito, a apresentação de Manifestação de Inconformidade e, posteriormente, se for o caso (como o foi), Recurso Voluntário dirigido a este Colegiado, nos termos do art. 74, §§9º, 10 e 11, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

Assim sendo, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

II. 2 Conversão do feito em diligência

A contribuinte requer, caso se entenda pela necessidade, o pedido para que o julgamento seja convertido em diligência, para que a Delegacia da Receita Federal do Rio de Janeiro emita juízo de valor sobre o mérito da compensação, possibilitando, com isso, o provimento do Recurso Voluntário, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC.

Percebe-se, aqui, que o pedido alternativo de diligência foi pleiteado em caráter geral, com o nítido objetivo de inversão do ônus probatório em desfavor do Fisco.

Sabe-se que em processos de restituição, ressarcimento e compensação, o ônus probatório é da contribuinte, não tendo o procedimento de diligência o objetivo de suprir os autos com provas cuja produção e apresentação lhe incumbia.

Em outras palavras, é do contribuinte o ônus de reunir e apresentar o conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.

Portanto, neste momento processual e na fase recursal em que se a presente demanda, entendo restar impertinente o pedido de conversão do julgamento em diligência.

III MÉRITO

III.1 Delimitação da lide posta nestes autos

Inicialmente, esclareça-se que o Despacho Decisório não adentrou na quantificação e apuração do suposto direito creditório pleiteado nestes autos, ao concluir que não restaria crédito para uso devido à utilização integral do pagamento informado no PER/DCOMP. Assim, entendeu a unidade da RFB que não haveria como homologar as compensações efetuadas por meio do PER/DCOMP objeto de análise deste processo.

Não foram detectados e, portanto, adotados, no curso destes autos, procedimentos ou diligências para **quantificar** o crédito pleiteado pela contribuinte, decorrente do alargamento da base de cálculo da Cofins declarado inconstitucional pelo STF, notadamente o crédito relacionado a receitas financeiras.

Assim, o contencioso administrativo aqui posto limitou-se a questões outras que não a quantificação e apuração da exatidão do crédito pleiteado, o que não representa irregularidade, visto que o Fisco não teria como quantificar e apurar crédito que considerou inexistente.

Com essas restrições, resguardando-se a competência da autoridade fiscal quanto aos procedimentos atinentes ao caso, a depender da decisão final da lide, a apreciação do mérito do Recurso Voluntário será feita.

III.2 Direito à compensação de débitos da Cofins

No mérito, defende a Recorrente não mais pairar dúvida sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins operado pelo art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998. Seu direito, portanto, é inconteste.

Discorda, a Recorrente, da decisão de piso ao negar a restituição/compensação, sob o fundamento de que somente seria possível se a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, tivesse sido declarada pelo STF em ação direta, ou se tivesse sido editada Resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia do dispositivo, uma vez que o Decreto 2.346, de 10/10/1997 somente tratar de processos de lançamento de ofício.

Isso porque, para a Recorrente, o rito a ser observado ao presente caso é do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, consoante §11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, o que afasta as restrições contidas no art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, que estariam revogadas diante da regulamentação integral da questão (aplicação das decisões definitivas do STF no âmbito do PAF) pelo novel art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972.

Prossegue a Recorrente aduzindo que, ainda que se entenda que o dispositivo regulamentar em questão, no que interessa ao caso, não esteja revogado, este não se aplicaria ao caso por ser norma de hierarquia inferior àquela contida no decreto nº 70.235, de 1972, recepcionada pela CF/88 como lei ordinária.

Ainda, para a Recorrente, mesmo na hipótese de ser aplicado o art. 4º do Decreto nº 2.346, de 1997, à presente situação, o entendimento do acórdão recorrido estaria equivocado, visto que o Despacho Decisório que não homologa a compensação nada mais faz do que tornar definitiva a constituição do crédito tributário declarado pelo sujeito passivo e “não compensado” pela autoridade lançadora.

Por fim, alega a Recorrente que apresentou nos autos provas suficientes de seu crédito, a saber, DIPJ, livro-diário e memória de cálculo do indébito de Cofins apurada em 10/2001, que deu origem à compensação objeto da controvérsia.

Não houve cálculo do crédito, como esclarecido em tópico anteriormente.

Passo a analisar.

A matéria relacionada ao inconstitucional alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins já se encontra pacificada no âmbito deste Colegiado, após o trânsito em julgado da decisão plenária do STF proferida no âmbito do julgamento da questão de ordem suscitada no RE nº 585.235/RG, realizado sob o regime de repercussão geral, estabelecido no art. 543-B do CPC, cujo ementa restou a assim consignada, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

(RE 585235 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871)

Houve trânsito em julgado dessa decisão em 15/12/2008, tornando-se de reprodução obrigatória por este Conselho no julgamento dos recursos que lhe são submetidos, nos termos do art. 62, §2º, do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Transcrevo:

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. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Sendo assim, adota-se aqui o teor da referida decisão judicial quanto ao alargamento da base de cálculo da Cofins, o que vai ao encontro da tese firmada pela Recorrente, pois, uma vez declarada a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS/Cofins, excluem-se da tributação as receitas financeiras auferidas no período de apuração em referência por pessoa jurídica não financeira.

Restam prejudicadas as demais alegações postas no recurso voluntário, relativas ao correto instrumento normativo a ser aplicado a essa matéria (Decreto nº 70.235, de 1972, ou Decreto nº 2.346, de 1997).

Por fim, cabe à Unidade de Origem a verificação da exatidão do crédito da Recorrente apresentado nos presentes autos, em vista de que até este momento processual, tal procedimento ainda não foi realizado.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para afastar o alargamento da base de cálculo da Cofins e determinar à Unidade de Origem a verificação da exatidão do crédito da Recorrente.

(documento assinado digitalmente)

Marco Antonio Marinho Nunes