



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15374.923000/2009-55
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-007.215 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de dezembro de 2019
Recorrente REDE MANAUS COMERCIO DE PNEUS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/12/2001

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.

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. O julgamento deste processo seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, aplicando-se o decidido no julgamento do processo 15374.922997/2009-26, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

(documento assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira – Presidente e 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

O presente julgamento submete-se à sistemática dos recursos repetitivos, prevista no art. 47, §§ 1º e 2º, Anexo II, do Regulamento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2019, e, dessa forma, adoto neste relatório excertos do relatado no Acórdão nº 3301-007.212, de 16 de dezembro de 2019, que lhe serve de paradigma.

Cuida-se de Recurso Voluntário contra decisão do órgão julgador de primeira instância, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada contra o Despacho Decisório da autoridade administrativa, por intermédio do qual foi não homologada a compensação declarada no PER/DCOMP.

A referida declaração de compensação, objeto do PER/DCOMP em questão, o contribuinte formalizou crédito perante a Fazenda Nacional oriundo de pagamento indevido ou a maior da COFINS, utilizado na compensação de débito da COFINS não cumulativa, de períodos de apuração posterior. Por bem detalhar os fatos, adota-se e remete-se ao relatório da decisão de primeira instância, que integra os presentes autos.

Devidamente processada a Manifestação de Inconformidade apresentada, a colegiado julgador de primeira instância, por unanimidade de votos, julgou improcedente o recurso, cuja decisão encontra-se assim ementada:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

[...]

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: Resumo do processo; Nulidade do processo a partir do despacho decisório; 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 Winderley Moraes Pereira, Relator.

Das razões recursais

Como já destacado, o presente julgamento segue a sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do art. 47, §§ 1º e 2º, Anexo II, do RICARF, desta forma reproduzo o voto consignado no Acórdão nº 3301-007.212, de 16 de dezembro de 2019, paradigma desta decisão.

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 indébitos 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 enunciado 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.

Conclusão

Importa registrar que nos autos em exame a situação fática e jurídica encontra correspondência com a verificada na decisão paradigma, de tal sorte que, as razões de decidir nela consignadas, são aqui adotadas.

Dessa forma, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do anexo II do RICARF, reproduzo o decidido no acórdão paradigma, no sentido de 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