



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12157.001177/2009-75
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-008.736 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de junho de 2021
Recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

DESPACHO DECISÓRIO. COMPENSAÇÃO DECLARADA EM DCTF. DIREITO A CRÉDITO DE FINSOCIAL RECONHECIDO EM AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO MATERIAL DA PROVA. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

É nulo, por caracterizar preterição do direito de defesa, o despacho decisório prolatado pela autoridade administrativa com desconsideração da materialidade dos elementos probatórios até então apresentados pelo sujeito passivo, inclusive com desconsideração de declarações presentes na base de dados do órgão, documentos esses destinados a comprovar o direito à compensação de indébito de Finsocial reconhecido em ação judicial transitada em julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para declarar a nulidade do despacho decisório, por preterição do direito de defesa, e determinar a prolação de nova decisão pela autoridade fiscal, com observância das definições e delimitações presentes no voto, bem como dos documentos carreados aos autos, desde o procedimento fiscal até a segunda instância, sem prejuízo de novas diligências que se mostrarem necessárias à solução do litígio, mas desde que o Recorrente apresente, em prol do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, prova de desistência/renúncia à execução judicial ou certidão judicial atestando a não execução do indébito reconhecido judicialmente. Após a prolação do novo despacho decisório, o Recorrente deverá ser cientificado de seu teor, devendo lhe ser oportunizado o direito de defesa, de acordo com as normas do Processo Administrativo Fiscal (PAF), em especial o Parecer Cosit nº 2, de 23 de agosto de 2016.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Hércio Lafeté Reis (Relator), Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Mara Cristina Sifuentes, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Lara Moura Franco Eduardo (Suplente convocada), Laércio Cruz Uliana Junior, Márcio Robson Costa e Paulo Roberto Duarte Moreira (Presidente). Ausente o Conselheiro Arnaldo Diefenthaler Dornelles.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em contraposição ao acórdão da Delegacia de Julgamento (DRJ) que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade manejada pelo contribuinte acima identificado em decorrência de despacho decisório da repartição de origem em que não se convalidaram as compensações declaradas em DCTF, relativas a crédito de Finsocial assegurado por meio de ação judicial transitada em julgado em 27/08/2008, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da majoração da alíquota da referida contribuição.

Conforme consta do Despacho Decisório (e-fls. 415 a 421), a não convalidação das compensações decorreu da falta de comprovação do crédito, tendo sido registrado que, após intimações e reintimações, inclusive com prorrogações de prazo para atendimento, o contribuinte apresentou apenas parte dos documentos solicitados para fins de apuração das bases de cálculo do Finsocial, tendo repassado somente algumas contas do livro Razão, parte do livro Diário e nenhuma planilha demonstrativa, baseada nos lançamentos contábeis, discriminando cada um dos valores que compuseram a base de cálculo do Finsocial, por amostragem, nos períodos de apuração 10/89, 10/90 e 10/91. Registrou-se, também, que o contribuinte não apresentou documento desistindo ou renunciando ao título judicial.

Constou, também, do despacho decisório que o contribuinte desistira de outra compensação, relativa ao mesmo crédito de Finsocial destes autos, tratada no processo administrativo nº 10830.005934/2003-70, bem como de outras compensações em nome da empresa Indústria de Bebidas Antártica do Rio de Janeiro S/A (empresa incorporada).

Na Manifestação de Inconformidade (e-fls. 448 a 480), o contribuinte requereu (i) a anulação do despacho decisório por negar validade às provas apresentadas, (ii) a conversão do julgamento em diligência ou a realização de perícia, (iii) a juntada aos autos pela Receita Federal das cópias necessárias das DIPJs e, no mérito, (iv) o reconhecimento do direito creditório, sendo aduzido o seguinte:

a) enquanto que a Receita Federal demorou anos para formalizar e dar andamento aos presentes autos, em diversos momentos, a ele foram concedidos prazos exíguos para apresentação de uma vasta gama de documentos;

b) incoerência da autoridade fiscal, pois, se de um lado, ela se reportou ao art. 65 da IN SRF nº 900/2008 para negar o pleito, de outro, não determinou as diligências necessárias no estabelecimento do contribuinte para verificar, mediante exame da escrituração contábil e fiscal, a exatidão do crédito e das compensações, fato esse que caracterizava cerceamento do direito de defesa;

c) trata-se de um dos maiores contribuintes nas três esferas tributantes – União, Estados e Municípios – e um dos maiores produtores de cervejas e refrigerantes do mundo e, por consequência, se não o maior, um dos maiores contribuintes nacionais, com tradição centenária, sempre cumpridor de seus deveres, não merecendo o procedimento fiscal que enfim restou adotado;

d) a compensação sujeita-se a posterior homologação pela Receita Federal que está obrigada a fazer as necessárias verificações do encontro dessas contas e só então cobrar eventual saldo devedor, não sendo devida a cobrança dos valores totais compensados;

e) se a finalidade do processo de conhecimento administrativo é a busca da verdade real, o Ilustre Auditor Fiscal não podia, nem devia, decidir com precipitação, com motivação impulsiva decorrente do calor do tema relevante que lhe foi posto, já que o ideal supremo de todo julgador é ser prudente e cauteloso, para decidir bem;

f) ocorrência, no presente caso, de confisco tributário e de exigência de pena de multa de ofício inconstitucional.

Junto à Manifestação de Inconformidade, o contribuinte carregou aos autos apenas documentos societários.

Após idas e vindas destes autos decorrentes de equívoco na interpretação de uma petição formulada pelo contribuinte, inclusive com inscrição indevida dos débitos não compensados em dívida ativa da União, posteriormente cancelada, afastando-se, também, por decisão judicial, o não conhecimento da Manifestação de Inconformidade, os autos foram encaminhados à Delegacia de Julgamento (DRJ) para prosseguimento.

O acórdão da DRJ em que se julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade restou ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/2001 a 31/08/2001

DILIGÊNCIA/PERÍCIA - INDEFERIMENTO - Não cabe a realização de diligência ou perícia, quando os documentos comprobatórios do direito de crédito alegado estejam em poder do contribuinte, não tendo sido apresentados em sua integralidade no curso do procedimento fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE - Não compete à autoridade administrativa de qualquer instância apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

DÍVIDA ATIVA - INSCRIÇÃO - POSSIBILIDADE - Não se inclui na competência de julgamento das DRJ avaliar a possibilidade de inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa.

DCTF - ALEGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE REGISTROS CONTÁBEIS - Na compensação prevista no art. 66 da Lei nº 8.383/91, a mera alegação de que os débitos teriam sido compensados - ainda que declarada a compensação em DCTF - não é suficiente para atestar-lhes a extinção, sendo indispensável a apresentação dos correspondentes registros contábeis.

INDÉBITO DECORRENTE DE PROVIMENTO JUDICIAL - APURAÇÃO - DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA - Para a apuração de indébito decorrente de provimento judicial, o sujeito passivo deve apresentar documentação contábil e fiscal que comprove a liquidez e certeza do direito de crédito pleiteado.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado da decisão da DRJ em 26/12/2018 (fl. 1004), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em 25/01/2019 (fl. 1005) e requereu a anulação do acórdão recorrido, por não ter permitido a baixa em diligência para cálculo do crédito e a solução de eventuais questionamentos pertinentes, e, no mérito, o reconhecimento do direito creditório assegurado judicialmente, destacando-se os seguintes argumentos de defesa:

1) “mesmo com a apresentação de todos os demais documentos relacionados na Impugnação referentes à compensação, a presunção descabida dos Julgadores foi de inexistência do direito ao crédito pela ausência nos autos de documentos contábeis e da certidão de inexecução do título judicial (desnecessária), quando na verdade deveriam baixar em diligência para esclarecimentos, já que constantes nos autos os documentos necessários, demonstrando a evidente falta de comprometimento com a verdade material.” (fl. 1014);

2) “não foram juntadas pelos Julgadores as provas de que não existiria o crédito mencionado. Pelo contrário, as DIPJs e os DARFs comprovam a sua materialidade e, se havia dúvidas sobre os valores, deveria ser baixado em diligência para cálculo, já que a procedência judicial e a compensação foram demonstradas juntamente com a DCTF, instrumento utilizado na época para o encontro de contas que atualmente é substituído pelo PER/DCOMP.” (fl. 1015);

3) “[no] caso concreto, é descabida a prova da petição de inexecução do título da ação que buscou exclusivamente o reconhecimento do crédito para a compensação com débitos próprios, já que inclusive ultrapassado o prazo processual para referida execução.” (fl. 1020);

4) “validade das compensações efetivadas, uma vez que, com o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial de 0,5% para 2%, em sede do RE 150-764-1 PE, foi publicada, em 09 de abril de 1997, a Instrução Normativa SRF n.º 32, cujo art. 2º convalidou todas as compensações dos contribuintes dos indébitos de Finsocial com os débitos de COFINS” (fl. 1021);

5) “[ainda] que equivocadamente entendessem não serem suficientes os documentos, inconcebível afastar a presunção em favor da Recorrente ao indeferir a compensação sem antes intimar para esclarecimentos, sendo arbitrário o acórdão nos termos em que proferido.” (fl. 1023);

6) “de acordo com os documentos constantes nos autos e o laudo ora apresentado que apenas demonstra a forma de cálculo do crédito, não se admite que se afaste o direito creditório reconhecido judicialmente de FINSOCIAL por suposta ausência de registro contábil das bases devidamente declaradas e homologadas, tácita ou expressamente, em DIPJ”, conforme já decidido pelo CARF no processo administrativo n.º 15578.720040/2012-56 (fls. 1025 a 1026).

Além de telas de páginas dos livros Razão e Diário e do Balanço reproduzidas na peça recursal (fls. 1027 a 1029), o Recorrente trouxe aos autos, na segunda instância, os seguintes documentos: (i) fotografias de cada uma das folhas do processo judicial em que se reconheceu o direito ao indébito sob comento (fls. 1104 a 1709), (ii) relatório de análise do Finsocial elaborado pela empresa DBC Di Biasi Consultoria (fls. 1716 a 2131), (iii) folha do livro Diário, Razão e Balancete de maio e junho de 2001 (fls. 2152 a 2156) e (iv) Balanço patrimonial e Razão sem indicação de data (fls. 2158 a 2189).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis, Relator.

O recurso é tempestivo, atende os demais requisitos de admissibilidade e dele se toma conhecimento.

Conforme acima relatado, trata-se de despacho decisório da repartição de origem em que não se convalidaram as compensações declaradas em DCTF, relativas a crédito de Finsocial assegurado por meio de ação judicial transitada em julgado em 27/08/2008, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da majoração da alíquota da referida contribuição.

No despacho decisório, decidiu-se por não convalidar as compensações com base nos seguintes fundamentos: após intimações e reintimações, inclusive com prorrogações de prazo para atendimento, o contribuinte apresentou apenas parte dos documentos solicitados para fins de apuração das bases de cálculo do Finsocial, tendo repassado somente algumas contas do livro Razão, parte do livro Diário e nenhuma planilha demonstrativa, baseada nos lançamentos contábeis, discriminando cada um dos valores que compuseram a base de cálculo do Finsocial, por amostragem, nos períodos de apuração 10/89, 10/90 e 10/91. Registrou-se, também, que o contribuinte não apresentara documento desistindo ou renunciando ao título judicial.

Em relação à falta de apresentação da prova de desistência ou renúncia à execução judicial, o Recorrente se contrapôs a tal fundamento aduzindo tratar-se de medida desnecessária, pois, segundo ele, já havia ultrapassado o prazo processual para a execução judicial, argumento esse, contudo, que não o exime de comprovar a não propositura da ação de execução respectiva, em prol do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito.

Tratando-se de créditos reconhecidos judicialmente, a Instrução Normativa SRF nº 600/2005, vigente à época do trânsito em julgado da ação judicial, previa o cumprimento de determinadas exigências para a análise das compensações, dentre as quais a homologação judicial da desistência da execução do título judicial ou da renúncia ao direito de executá-lo e a habilitação de crédito em processo administrativo, procedimentos esses não ocorridos nos presentes autos, dado tratar-se de compensação formulada por meio de DCTF, nos termos da Lei nº 8.383/1991,¹ e não via PER/DComp (Declaração de Compensação e/ou Pedido Eletrônico de

¹ Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

Restituição/Ressarcimento), obrigação acessória essa instituída após a edição da Lei n.º 9.430/1996, que deu novos contornos à compensação tributária.

Além disso, tendo a compensação se fundado na Lei n.º 8.383/1991, sua formulação, nos termos do § 4º do seu art. 66, devia se dar em conformidade com as instruções expedidas pela Receita Federal a partir de então. Conforme consignado no voto condutor do acórdão recorrido, o art. 10 da Instrução Normativa DPRF n.º 67/1992 determinava que o contribuinte deveria manter em seu poder, para eventual exibição à Receita Federal, e enquanto não prescritas eventuais ações que lhe fossem pertinentes, documentação comprobatória da compensação efetuada.

Tal comando encontra-se em consonância com o teor do parágrafo único do art. 195 do CTN, em que se estipula que “[os] livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.”

Diante da alegação da autoridade fiscal de não comprovação do indébito, o Recorrente afirmou, desde a primeira instância, que os documentos necessários à apuração do indébito já haviam sido apresentados.

Compulsando-se os autos, confirma-se a apresentação, anteriormente à prolação do despacho decisório, do seguinte: (i) planilhas relativas à apuração do Finsocial no período de setembro de 1989 a março de 1992 (e-fls. 37, 84, 95, 106, 117, 127, 138, 150, 155, 163, 178, 187, 198 e 207), (ii) cópias dos DARFs (e-fls. 38 a 211), (iii) folhas do livro Razão sem identificação do período (e-fls. 272 a 273), (iv) Termos de Abertura e de Encerramento do Livro Diário assinados em 22/02/1990, acompanhados de três folhas do livro sem identificação do período (e-fls. 274 a 280), (v) recibo e partes da DIRPJ 1990 (e-fls. 281 a 300), (vi) partes do Livro Diário relativas à apuração do Finsocial de alguns meses de 1990 (e-fls. 301 a 332), (vii) Termos de Abertura e de Encerramento do Livro Diário assinados em 05/02/1991, acompanhados de cinco folhas do livro referentes a outubro de 1990 (e-fls. 333 a 341), (viii) recibo e partes da DIRPJ 1991 (e-fls. 342 a 361), (ix) folhas do Livro Razão referente a outubro de 1991 (e-fls. 362 a 386), (x) Termos de Abertura e de Encerramento do Livro Diário, acompanhados de folhas do livro referentes a outubro de 1991 (e-fls. 333 a 341) e (xi) recibos e partes da DIRPJ 1992 (e-fls. 394 a 397).

Constata-se que o Recorrente apresentara planilhas abrangendo a apuração do Finsocial em todo o período dos autos, apesar de não ter havido, nessa apuração, a vinculação aos lançamentos contábeis que compuseram a base de cálculo da contribuição, como veio a exigir o Auditor-Fiscal, não tendo havido, ainda, qualquer análise por parte da Fiscalização sobre as DIRPJs apresentadas, nas quais constam informações acerca das receitas auferidas no período e das bases de cálculo do Finsocial declaradas pelo Recorrente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.

Com base nos documentos apresentados, a Fiscalização já podia auditar, ainda que eventualmente de forma parcial, o indébito sob comento, tendo-se em conta, precipuamente, que o provimento judicial obtido pelo Recorrente se concentrara na inconstitucionalidade da majoração da alíquota da contribuição e, uma vez demonstrado e comprovado que o tributo havia sido apurado e pago com base na alíquota declarada inconstitucional, pelo menos a base de cálculo espontaneamente declarada pelo sujeito passivo já devia ter sido considerada, pois eventual omissão de receitas tributáveis não era mais passível de lançamento de ofício quando da realização da auditoria, em razão da decadência do direito de o Fisco exigir, em 2008, tributo não confessado ou lançado do período de outubro de 1989 a março de 1992.² Não se pode ignorar que a súmula CARF n.º 159³ se restringe às contribuições PIS/Cofins apuradas na sistemática não cumulativa, não alcançando, portanto, o Finsocial.

Há que se considerar, ainda, que, conforme apontado pelo Recorrente, o art. 2º da Instrução Normativa SRF n.º 32/1997 convalidou as compensações relativas a indébitos de Finsocial com os débitos de Cofins nos seguintes termos:

Art. 2º Convalidar a compensação efetivada pelo contribuinte, com a contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS, devida e não recolhida, dos valores da contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, recolhidos pelas empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei n.º 7.689, de 15 de dezembro de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme as Leis n.ºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-lei n.º 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

Em relação às DIRPJs, necessário se torna observar o art. 37 da Lei n.º 9.784/1999, em que se estipula que “[quando] o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.”

Na segunda instância, diante da negativa da Delegacia de Julgamento (DRJ) em realizar a diligência/perícia demandada, o Recorrente trouxe aos autos relatório de análise do indébito elaborado pela empresa DBC Di Biasi Consultoria (fls. 1716 a 2131), documento esse que traz informações adicionais, inclusive com exame de parte da documentação de suporte do crédito.

Por outro lado, às fls. 981 a 982 destes autos, constam informações acerca da DCTF retificadora transmitida em 24/06/2004, em que se compensaram débitos da Cofins

² Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

³ Súmula CARF 159

Não é necessária a realização de lançamento para glosa de ressarcimento de PIS/Pasep e Cofins não cumulativos, ainda que os ajustes se verifiquem na base de cálculo das contribuições. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 410, de 16/12/2020, DOU de 18/12/2020)

devidos em 2001, no montante de R\$ 7.859.575,83, com o crédito de Finsocial reconhecido judicialmente, sobre o qual se controverte nestes autos. Constata-se que, na data da transmissão da referida DCTF (24/06/2004), ainda não havia o trânsito em julgado da decisão judicial, o que veio a ocorrer somente em 27/08/2008, situação essa que vai de encontro à regra constante do art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN)⁴.

Contudo, por se tratar de ação ajuizada em 20/08/1993 (e-fl. 6), ao presente caso, não se aplica a regra supra, conforme jurisprudência deste CARF, *verbis*:

COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LC Nº 104/2001. POSSIBILIDADE, CONFORME JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STJ.

A **vedação da compensação** mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, prevista no art. 170-A do CTN, **não se aplica a ações ajuizadas antes da sua introdução, pela Lei Complementar nº 104/2001**, conforme jurisprudência vinculante do STJ (REsp nº 1.164.452/MG, julgado na sistemática do art 543-C do antigo CPC Recursos Repetitivos). (Acórdão nº 3302-010.457, rel. Denise Madalena Green, j. 26/01/2021 – g.n.)

[...]

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/1989 a 30/09/1991

COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LC Nº 104/2001. POSSIBILIDADE, CONFORME JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STJ.

A vedação da compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, prevista no art. 170-A do CTN, não se aplica a ações ajuizadas antes da sua introdução, pela Lei Complementar nº 104/2001, conforme jurisprudência vinculante do STJ (REsp nº 1.164.452/MG, julgado na sistemática do art 543-C do antigo CPC Recursos Repetitivos). (Acórdão nº 9303-011.189, rel. Rodrigo da Costa Pôssas, j. 21/01/2021)

Nesse contexto, tratando-se de despacho decisório em que não se analisaram, materialmente, os elementos probatórios até então apresentados pelo Recorrente, ainda que de forma parcial, tem-se por configurado preterição do direito de defesa, razão pela qual deve-se declarar a nulidade do despacho decisório, nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, *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**. (g.n.)

⁴ Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.(Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Diante do exposto, vota-se por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para declarar a nulidade do despacho decisório, por preterição do direito de defesa, e determinar a prolação de nova decisão pela autoridade fiscal, com observância das definições e delimitações presentes neste voto, bem como dos documentos carreados aos autos, desde o procedimento fiscal até a segunda instância, sem prejuízo de novas diligências que se mostrarem necessárias à solução do litígio, mas desde que o Recorrente apresente, em prol do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, prova de desistência/renúncia à execução judicial ou certidão judicial atestando a não execução do indébito reconhecido judicialmente.

Após a prolação do novo despacho decisório, o Recorrente deverá ser cientificado de seu teor, devendo-lhe ser oportunizado o direito de defesa, de acordo com as normas do Processo Administrativo Fiscal (PAF), em especial o Parecer Cosit nº 2, de 23 de agosto de 2016.⁵

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis

⁵ Conclusão

(...)

b) exclusivamente no processo administrativo fiscal referente a reconhecimento de direito creditório em que ocorreu decisão de órgão julgador administrativo quanto à questão prejudicial, inclusive prescrição para alegar o direito creditório, incumbe à autoridade fiscal da unidade local analisar demais questões de mérito ainda não apreciadas no contencioso (matéria de fundo, inclusive quanto à existência e disponibilidade do valor pleiteado), cuja decisão será passível de recurso sob o rito do Decreto nº 70.235, de 1972, não tendo que se falar em decurso do prazo de que trata o § 5º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996;