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

Processo nº	10480.902194/2008-43
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3403-001.020 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	07 de julho de 2011
Matéria	DCOMP - COFINS
Recorrente	ARISTIDES JOSÉ CAVALCANTI BATISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/09/1999 a 30/09/1999

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A compensação, nos termos em que definida pelo artigo 170 do CTN só poderá ser homologada se o crédito do contribuinte em relação à Fazenda Pública estiver revestido dos atributos de liquidez e certeza. O artigo 170-A do mesmo diploma legal veda a compensação mediante aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Domingos de Sá Filho. Os Conselheiros Winderley Morais Pereira, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim, votaram pelas conclusões, pois entendem que a declaração de compensação não poderia ter sido transmitida antes do trânsito em julgado.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Liduína Maria Alves Macambira - Relatora.

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Winderley Morais Pereira, Domingos de Sá Filho, Liduína Maria Alves Macambira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife – DRJ/REC, que manteve o despacho decisório da DRF/Recife o qual não reconheceu o direito de crédito pleiteado, e, por conseguinte, não homologou a compensação declarada

O pedido de compensação objetiva os alegados créditos de Cofins pagos indevidamente ou a maior na data de 07/10/1999, relativo ao período de setembro de 1999.

O Despacho Decisório indeferiu o pedido formulado no PER/DCOMP nº 20850.68972.130504.1.3.04-1610, em razão dos créditos informados estarem integralmente utilizados para quitação de débitos da Recorrente, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/COMP.

Inconformada, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade ao despacho decisório. Por bem relatar os argumentos trazidos pela recorrente, adoto trechos do relatório da decisão recorrida, fls. 33/34:

> *Regularmente cientificada em 03/06/2008 (fls.10) do referido despacho decisório e intimada para pagamento dos débitos indevidamente compensados, a interessada apresentou, em 11/06/2008(fls.31), manifestação de inconformidade (fls.11/13), acompanhada de documentos, que vêm a ser cópias : i) do contrato de constituição social da pessoa jurídica e terceira alteração contratual (fls.14/22); ii) do documento de identificação do subscritor da impugnação (fls.23); iii) do despacho decisório (fls.24); iv) da Certidão n° 12-2005 emitida por servidora do Tribunal Regional Federal da 5a Região - TRF-5a Região, concernente à Ação de Mandado de Segurança Coletivo n° 2001.83.00.014525-0 (AMS n° 80558-PE), impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Pernambuco — OAB-PE (fls.26/28); v) de certidão emitida por servidor do mesmo TRF-5a Regido, acerca da habilitação da contribuinte nos autos da ação judicial referenciada, como substituída processual pela OAB-PE (fls.25); vi) certidão n° 329/2008, exarada pela OAB-PE, segundo a qual a contribuinte é sua associada (fls.29). Naquela peça de defesa, argúi e requer o que segue.*
>
> *3.1. Discorda da afirmativa de que os pagamentos informados no PER/DCOMP hajam sido integralmente utilizados para quitar os débitos da empresa e acrescenta que, consoante informações colhidas junto ao Centro de Atendimento ao Contribuinte — CAC da Delegacia da Receita Federal no Recife — DRF/Recife, tal afirmativa decorreu "(...) do fato de a empresa, ao elaborar as declarações de compensação, não ter*

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

realizado a retificação das respectivas DCTFs, para ajustá-las aos novos valores dos débitos apurados.".

3.2. Aduz que, portanto, apenas ocorrera falha procedimental da empresa, ao ter deixado de retificar as DCTF, o que "(...) não anula a existência dos créditos, vez que estes decorrem da existência de decisão judicial favorável A. OAB-PE, da qual a empresa é sindicalizada (sic), garantindo a isenção de COFINS para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços relativos a profissões legalmente regulamentadas."

3.3. Então, segundo documento relativo à ação judicial impetrada pela OAB-PE, com decisão transitada em julgado, restou garantido seu direito à isenção da Cofins, do que resulta que "(...) todos os pagamentos realizados a tal titulo tornaram-se indevidos, na forma do art. 165, I, do CTN, razão pela qual poderiam ser utilizados pela empresa, como o foram, para a compensação de outros débitos da empresa para com a Receita Federal."

3.4. Provada a existência dos créditos relativos a pagamentos a maior de Cofins, requer seja julgada procedente sua manifestação de inconformidade, para ter reconhecido o seu direito sobre tais créditos e, em conseqüência, homologadas as compensações realizadas nas PER/DCOMP que os utilizaram, relacionadas neste processo.

A 2ª Turma da DRJ/REC, no Acórdão nº 11-30.043, de 02 de junho de 2010, fls.32/38, julgou improcedente a manifestação de inconformidade por inexistência do direito à compensação, em virtude da falta de liquidez e certeza dos indébitos pleiteados. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1999 a 30/09/1999

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A compensação, nos termos em que definida pelo artigo 170 do CTN só poderá ser homologada se o crédito do contribuinte em relação à Fazenda Pública estiver revestido dos atributos de liquidez e certeza. E o artigo 170-A do mesmo diploma legal veda a compensação mediante aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Cientificada da decisão em 26/07/2010, fls. 41 a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 10/08/2010, fls.42/48, requerendo o reconhecimento do crédito pleiteado e as respectivas compensações dele decorrente à luz dos argumentos, parcialmente, transcritos a seguir:

1. DA DECISÃO PROLATADA PELA DRJ/RECIFE

A decisão da 2ª Turma da DRJ/Recife que indeferiu a manifestação de inconformidade apresentada pela empresa, mantendo a decisão proferida anteriormente pela DRF/Recife

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 20/07/2011 por NANCY SATIKO SATO ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

que não homologou as compensações apresentadas pela empresa com base nos seguintes argumentos:

1) Ausência de trânsito em julgado da decisão judicial que embasou as compensações;

2) Inexistência do direito de crédito da empresa em face de liminar concedida pelo Ministro Joaquim Barbosa do STF suspendendo, em sede de Reclamação, os efeitos da decisão do STF que garantia o direito de isenção da COFINS aos filiados A OAB-PE.

(...)

Ocorre, no entanto, que tal pronunciamento é inverídico e, mais ainda, é inovador ante a primeira decisão emitida pela DRF/Recife, razão pela qual passaremos a demonstrar que a decisão deverá ser reformada.

2. DA INCOERÊNCIA ENTRE A DECISÃO DA DRF/RECIFE E DRJ/RECIFE

De inicio havemos de comentar que as decisões proferidas pela DRF/Recife e pela DRJ/Recife são totalmente diferentes.

A decisão da DRF/Recife que considerou não homologadas as compensações baseou-se no fatos de os DARFS aos quais estavam vinculados os créditos estarem totalmente utilizados, razão pela qual, em nosso argumento de defesa, apresentamos as informações obtidas no CAC/Recife de que houve apenas um problema de não retificação das respectivas DCTFS da empresa.

Quando realizamos a nossa defesa apresentamos, juntamente com a argumentação que tentava ilidir a decisão da DRF/Recife os fatos jurídicos que demonstravam a existência dos créditos tributários em favor da empresa.

Agora, em sede de julgamento por parte da DRJ/Recife não está ocorrendo apenas a revisão da decisão proferida pela DRF/Recife, mas sim uma inovação completa do conteúdo do indeferimento inicial das compensações, que agora sustenta-se na apresentação das DCOMP antes do trânsito em julgado da ação, sem que tenha sido oportunizado à empresa a possibilidade de apresentar defesa sobre o assunto.

Quanto a isso vejamos o que determina o art. 5°. Da Constituição Federal de 1988:

“.....

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

.....”

Veja-se que toda a decisão proferida pela DRJ/Recife prende-se à análise da ação judicial, quando a decisão primeira, proferida pela DRF/Recife, ocorreu apenas em razão da falha procedimental da empresa.

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Nesta linha de raciocínio, há de se questionar se seria possível à DRJ/Recife, em sede de análise de Manifestação de Inconformidade, inovar completamente ante a decisão proferida pela DRF/Recife ao ponto de indeferir a Manifestação de Inconformidade apresentada com base em argumento completamente novo, sem que tenha sido intimada a empresa a contra-argumentar acerca destes novos fatos. Vê-se, inclusive, mais evidente ainda é a inovação que em nossa defesa havíamos citado a ação e apresentado documentos comprobatórios apenas para justificar a existência dos créditos.

A DRJ/Recife, no ponto 10 de sua decisão apresenta um extenso histórico da ação judicial, inclusive trazendo novos elementos para tentar justificar o seu posicionamento. Ocorre que isto, além de ser indevido e irregular juridicamente, não condiz com a realidade dos fatos no presente caso que iremos adiante demonstrar. De toda a forma, apenas por este aspecto a decisão da DRJ/Recife já se demonstra irregular por ter apresentado fundamentação completamente diversa da decisão inicial proferida sem ter dado oportunidade de complementação da defesa a empresa.

Em razão disto, já por estes fatos merece reparo a decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ/Recife, por ter cerceado o direito de defesa da empresa, ao inovar juridicamente nos argumentos sem prévia comunicação e abertura de prazo para alegações da empresa sobre os novos fatos e informações apresentados ao processo e que seriam objeto de análise, ofendendo frontalmente o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, quanto ao direito de defesa da empresa.

3. DA DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO DIREITO AOS VALORES DOS CRÉDITOS

Tendo em vista que a oportunidade de defesa não foi concedida á empresa antes da prolação da decisão da DRJ/Recife acerca da análise e andamento da ação judicial, passemos a demonstrar que a argumentação da DRJ/recife não condiz com a realidade dos fatos.

Em seu item 10, a decisão da DRJ/Recife informa que não seria possível à empresa a utilização dos créditos para compensação em razão de existir liminar em sede de Reclamação suspendendo os efeitos da decisão que garantia aos filiados à OAB/PE o direito de isenção de COFINS.

Ocorre, no entanto, que conforme a própria DRJ/Recife informa neste mesmo item 10. A decisão judicial em Mandado de Segurança que concedeu o beneficio de isenção da empresa da COFINS já havia sido encerrada e reconhecido o direito. Apenas em sede de ação rescisória foi reanalisada a questão, na qual o TRF da 5a. Região decidiu por conceder parcial provimento à rescisória a fim de conceder efeitos ex-nunc à decisão, ou seja, a rescisão da decisão que concedia o beneficio de isenção da COFINS somente surtiria efeitos para frente, não abrangendo os fatos pretéritos.

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por [illegible] ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Apenas contra esta decisão do TRF foi que concedeu-se a liminar do Ministro Joaquim Barbosa do STF, suspendendo a modulação dos efeitos da decisão da rescisória.

Ora, a liminar, como o próprio nome diz, é decisão precária e não anulou, como quer fazer crer a decisão da DRJ/Recife, os efeitos do decidido na ação rescisória. Seus efeitos estão apenas suspensos, aguardando um pronunciamento do órgão colegiado do STF quanto à manutenção ou não da liminar.

Veja-se que, quanto a isso, que a Procuradoria da República, como fiscal da Lei, em parecer acostado aquele processo pronunciou-se em sentido contrário à concessão da liminar a fim de garantir os efeitos modulados da decisão rescisória, nem poderia ser de outra forma, pois estaria ameaçada a segurança jurídica das decisões judiciais transitadas em julgado.

Resta então, de todo este imbróglio jurídico, que a questão não se prende a existência ou não decisão favorável à empresa. Esta decisão, proferida pelo TRF da 5a . Região nos autos da ação rescisória existe e é válida. Apenas os seus efeitos modulados estão SUSPENSOS, apenas SUSPENSOS, e não cassados como quer fazer crer a decisão ora atacada, não representado, com isso, impedimento absoluto quanto à possibilidade de reconhecimento de crédito da empresa.

Resta, desta forma, plenamente demonstrada a realização da hipótese do art. 165, I, do CTN, qual seja a realização de pagamentos a maior por parte da empresa, haja vista a desconformidade da apreciação do caso por parte da DRJ/Recife. Deve então, juntamente com as irregularidades apresentadas no item 2, ser reformada a decisão proferida pela DRJ/Recife a fim de que se adeque à situação de fato e às normas reguladoras do processo administrativo-fiscal.

3.DO PEDIDO

De todo o exposto e demonstrado nesta, restando provada a existência dos créditos relativos a pagamentos indevidos de COFINS e que a decisão proferida pela DRJ/Recife está em dissonância com a realidade dos fatos, requer que seja processado regularmente o presente Recurso Voluntário, na forma do Decreto n° 70.235/72, de acordo com os mandamentos do art. 74, da Lei n° 9.430/96 e, ao final, julgado integralmente procedente para, reformando as decisões proferidas pela DRF/Recife e DRJ/Recife, reconhecer o direito de crédito da empresa relativo aos pagamentos indevidos, realizados a titulo de COFINS e, conseqüentemente, homologar as compensações realizadas nas PER/DCOMP relacionadas a este processo que utilizaram tais créditos.

É o relatório.

Voto

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Conselheira Liduína Maria Alves Macambira relatora

Preliminarmente, a recorrente alega que a decisão recorrida deve ser reformada por ter cerceado o direito de defesa da empresa, ao inovar juridicamente nos argumentos sem prévia comunicação e abertura de prazo para alegações da empresa sobre os novos fatos e informações apresentados ao processo e que seriam objeto de análise, ofendendo frontalmente o art. 5º da Constituição Federal de 1988, quanto ao direito de defesa da empresa.

Aduz a recorrente que as decisões proferidas pela DRF/Recife e pela DRJ/Recife são totalmente diferentes, por entender que em sede de julgamento não ocorreu apenas a revisão de decisão proferida pela DRF/Recife, mas sim uma inovação completa do conteúdo do indeferimento inicial das compensações. Tenta demonstrar essa diferença apresentando que as razões que levou a DRF/Recife não homologar as compensações baseava-se nos fatos de os DARF que vinculam os créditos estarem totalmente utilizados, já a DRJ/Recife sustenta-se na apresentação das DCOMP antes do trânsito em julgado, sem dar oportunidade a empresa de defesa.

A recorrente menciona tanto na Manifestação de Inconformidade, e repisa no Recurso Voluntário, que no argumento de defesa apresentou as informações obtidas no CAC/Recife que teria ocorrido apenas um problema de não retificação das respectivas DCTF da empresa. Juntamente com a argumentação que tentava ilidir a decisão da DRF/Recife, apresentou os fatos jurídicos que demonstravam a existência dos créditos tributários em favor da empresa. Passemos então ao exame das decisões mencionadas.

Conforme já dito no relatório, o despacho decisório não homologou as compensações por falta de crédito disponível. O despacho decisório tomou por base as informações prestadas pela recorrente no momento da transmissão do pedido de compensação. Ao preencher ao PERDCOM, fls. 01, vê-se que o contribuinte informou no campo relativo ao tipo de crédito ser "pagamento indevido ou a maior" e no campo que se indaga se o crédito é originado de ação judicial respondeu "não".

Inconformada com a decisão da DRF/Recife, vem a recorrente discordando da afirmativa de que os pagamentos informados no PER/DCOMP hajam sido integralmente utilizados para quitar os débitos da empresa, argumentando, como fundamento informações colhidas junto ao CAC/DRF/Recife que a afirmativa decorreu porque a empresa ao elaborar as declarações de compensação, não retificou as respectivas DCTF. Aduz que apenas ocorrera falha procedimental da empresa ao ter deixado de retificar as DCTF, alegando que essa falha procedimental, não tem o condão de anular a existência dos créditos, uma vez que esses decorrem da existência de decisão judicial favorável à OAB-PE.

Ora, como se vê dos fatos até aqui apresentados, para uma melhor compreensão da matéria em julgamento, o indeferimento inicial das compensações ocorreu por falta de crédito disponível, com base em informações prestadas por iniciativa do próprio contribuinte. No entanto, já em sua peça de defesa, Manifestação de Inconformidade, diz que incorrera apenas em uma falha procedimental, que seria não ter retificado as DCTF, e traz uma nova informação aos autos que é ser beneficiada por decisão judicial transitada em julgado de iniciativa da OAB-PE, tendo-lhe sido garantido o direito à isenção da Cofins, por essa razão entendia que os pagamentos realizados a tal título seriam indevidos.

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Nesse passo, analisando os autos vê-se claramente que a autoridade julgadora de primeira instância apreciou as argumentações e documentos trazidos pela recorrente que objetivava ilidir a decisão da DRF/Recife em sua Manifestação de Inconformidade. Afastando a falha procedimental na qual assume a recorrente que incorrera, a qual defende não ter o condão para negar a existência dos créditos que afirma ter, a DRJ/Recife passou a analisar a alegação da existência do crédito oriundo de ação judicial como afirmara a recorrente, tendo ao final julgado improcedente a manifestação de inconformidade.

Não vislumbro na decisão recorrida uma inovação por parte da DRJ/Recife como tenta demonstrar a recorrente. A DRJ apreciou os fatos trazidos pela defesa em sua manifestação de inconformidade para ilidir a decisão da DRF. Ora, a DRJ apreciou os fatos trazidos pela recorrente que, conforme aduz no recurso voluntário às fls. 44 citou a ação com a intenção de comprovar a existência dos créditos.

Ora, a DRJ julgou segundo os argumentos e documentos apresentados pela recorrente em sua manifestação de inconformidade contra a decisão da DRF/Recife, apenas não acatou os pretensos créditos como pagamentos indevidos, como assim entende a recorrente. Não se pode dizer com isso que a DRJ inovou.

Quanto ao argumento de não ter sido oportunizado a empresa a possibilidade de apresentar defesa sobre o assunto, vejo como totalmente descabido. Em primeiro lugar, porque ficou demonstrado na decisão recorrida os motivos que levaram a autoridade julgadora de primeira instância a julgar improcedente a manifestação de inconformidade, assegurando-lhe a apresentação de recursos conforme preceitua a norma vigente. Em segundo lugar, a recorrente tem a oportunidade com o recurso voluntário de apresentar defesa sobre o assunto. E, diga-se, isto ela o fez, tanto que estamos ora analisando, garantindo ao contribuinte o direito ao duplo grau de jurisdição. Dessa forma, não vejo ofensa ao art. 5º, inciso LV.

Ante o exposto, por entender que não ocorreu inovação e com ela ofensa ao direito de defesa da empresa não cabe reparo à decisão recorrida.

Vencida essa etapa.Vamos ao tema central da lide que é a análise da existência do direito aos valores dos créditos. trazidos pela recorrente para demonstrar que argumentação da DRJ/Recife não condiz com a realidade dos fatos.

A recorrente argumenta que a decisão da DRJ/Recife, no seu item 10, informa que não seria possível à empresa a utilização dos créditos para compensação em razão de existir liminar em sede de Reclamação suspendendo os efeitos da decisão que garantia aos filiados à OAB/PE o direito de isenção de COFINS. Acrescenta que:

> Resta de todo este imbróglio jurídico, que a questão não se prende a existência ou não decisão favorável à empresa. Esta decisão, proferida pelo TRF da 5ª . Região nos autos da ação rescisória existe e é válida. Apenas os seus efeitos modulados estão SUSPENSOS, apenas SUSPENSOS, e não cassados como quer fazer crer a decisão ora atacada, não representado, com isso, impedimento absoluto quanto à possibilidade de reconhecimento de crédito da empresa.

No item 10 da decisão recorrida, o qual transcrevo a seguir, consta um breve histórico sobre o andamento da ação judicial impetrada pela OAB-PE em nome de seus Escritórios de Advocacia Associados:

> 10.1. A OAB-PE impetrou ação de mandado de segurança coletivo em nome dos seus Escritórios de Advocacia associados,

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por [illegible] CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

autuada em 31/05/2001, sob o n° 2001.83.00.0145250, objetivando, principalmente, em síntese, a isenção do recolhimento da Cofins prevista no inciso II do art. 6° da Lei Complementar (LC) n° 70, de 30 de dezembro de 1991, e a compensação dos valores pagos indevidamente. A segurança foi denegada pelo juízo de primeiro grau, com fundamento em que não havia obstáculo para a revogação da isenção concedida pela LC n° 70, de 1991, pela Lei (Ordinária) n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996, tendo em vista que a isenção não é matéria reservada à lei complementar. 0 magistrado considerou, então, prejudicada a análise do pleito de compensação.

10.2. A apelação da OAB-PE junto ao Tribunal Regional Federal da 5a Regido (TRF-5a Regido) -que obteve o n° AMS 80.558-PE — foi pela Quarta Turma concedido provimento, por unanimidade, nos termos do voto do relator, que esposou entendimento diametralmente oposto ao do juiz singular, dando pela impossibilidade da revogação da referida isenção com fundamento no principio da hierarquia das leis.

10.3. De tal decisão, foi interposto pela Fazenda Nacional Recurso Especial (REsp), que foi inadmitido. Irresignada, a Fazenda Nacional manejou agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento. Assim, a decisão transitou em julgado em 09/09/2004, restando reconhecido o direito a isenção postulada.

10.4. Posteriormente, a OAB-PE atravessou petição alegando que a edição da Lei n° 10.833, de 30 de dezembro de 2003, em seu art. 30, poderia obstruir o cumprimento da decisão judicial que reconheceu a isenção da Cofins para as sociedades civis dedicadas ao exercício da advocacia, mediante a retenção na fonte da referida contribuição. Requereu, na ocasião, fosse oficiada a Receita Federal para que se abstivesse de exigir o pagamento da Cofins sobre as receitas auferidas pela prestação de serviços de advocacia, bem como de exigir a retenção na fonte de tal contribuição pelas pessoas jurídicas tomadoras dos referidos serviços. O pleito foi deferido monocraticamente e, ao depois, atacado por agravo regimental aviado pela Fazenda Nacional, o qual foi provido com base nos fatos de não ter sido debatida, nos autos, a Lei n° 10.833, de 2003, e de que não seria admissível, naquele momento processual, inovar a actio, transmudando-a.

10.5. Contra essa decisão, recorreu a OAB-PE, mediante o REsp n° 739.784 (n° 2005/0054006-2), cujo provimento foi negado por unanimidade pela Segunda Turma do STJ em sessão de 19/11/2009, tendo-se, em resumo, concluído que a superveniência da Lei n° 10.833, de 2003, não pode ser alcançada pelos efeitos da coisa julgada que concedera a segurança pleiteada, de modo a ampliar o objeto da lide. Registre-se que, no decorrer do voto, o ministro relator, Mauro Campbell Marques, após afirmar, a titulo ilustrativo, que a tese adotada pela instância de origem para reconhecer a isenção postulada pela recorrente não mais subsistia - em razão de o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n° 377.457-3/PR,

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

> relator o Ministro Gilmar Mendes, ter proclamado que a revogação da isenção da Cofins concedida pela LC n° 70, de 1991, pelo art. 56 da lei n° 9.430, de 1996, foi plenamente valida e eficaz, porquanto o referido diploma, não obstante formalmente complementar, ostenta, materialmente, caráter de lei ordinária esclareceu que Primeira Seção do STJ, ao julgar a Ação Rescisória (AR) n° 3.761/PR, na sessão de 12/11/2008, deliberam pelo cancelamento da Súmula n° 276, que enunciava a isenção da Cofins perante as ditas sociedades, independentemente do regime tributário adotado.
>
> 10.6. Da decisão do STJ referida no subitem 10.3, a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 5ª Região propôs Ação Rescisória (AR) n° 5.471-PE (processo n° 2006.05.006.044242-6) junto ao TRF-5a Região, que foi parcialmente procedente, por terem-lhe sido dados efeitos ex nunc. No acórdão exarado, aquele tribunal regional afirmou que o acórdão rescindendo fora proferido antes da manifestação do STF sobre ser a matéria constitucional ou não.
>
> 10.7. Contra os efeitos ex nunc da decisão do TRF-5a Região — que, em tese, daria aos escritórios de advocacia filiados à OAB-PE o direito de não pagarem a Cofins no período abrangido pela ação coletiva até a publicação da decisão na ação rescisória —, a Fazenda Nacional protocolou Reclamação (Rcl) n° 6.917 junto ao STF, tendo o Ministro Joaquim Barbosa deferido, em 10/12/2008, liminar para suspender o acórdão da ação rescisória na parte em que conferiu efeitos meramente prospectivos ao acórdão que julgou procedente a ação rescisória. Encontra-se o processo aguardando apreciação desse Colegiado.

De acordo com os fatos, documentos constantes dos autos, e o histórico elaborado pela DRJ, a ação mandamental coletiva, impetrada pela OAB-PE, em 31/05/2001, objetivava a isenção ao recolhimento da Cofins prevista no inciso II do art.6º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, revogada pelo art. 56 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e a compensação dos valores pagos indevidamente. Segurança denegada pelo juízo de primeiro grau, mas reformada pelo TRF da 5ª, que por unanimidade concedeu provimento à Apelação. A Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN interpôs Recurso Especial Não obtendo êxito maneja Agravo de Instrumento, o qual não foi provido. Assim, a decisão transitou em julgado em 09/09/2004, tendo o STJ reconhecido a isenção pretendida.

Quanto à Reclamação – Rcl 5471, com pedido de medida liminar, ajuizada pela União contra ato praticado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos de ação rescisória, o Ministro Joaquim Barbosa concedeu a medida cautelar pleiteada**,** para suspender o acórdão reclamado na parte em que conferiu efeitos meramente prospectivos ao acórdão que julgou procedente a ação rescisória, em 08 de dezembro de 2008.

Pesquisa realizada, em 27/06/2011, no Portal da Justiça Federal de Pernambuco, sobre o andamento do processo originário 2001.83.00.014525-0 - Mandado de Segurança Coletivo, informa que o mesmo encontra-se aguardando o julgamento da ação rescisória, desde o dia 16/09/2010, portanto, sobrestado.

Nesse ponto, assiste razão a recorrente, o processo encontra-se em suspensão –sobrestado.

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Para melhor enfrentar a questão, vejamos o enunciado dos artigos 170, e 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, que disciplinam o instituto da compensação:

> Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.
>
> Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.
>
> Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do transito em julgado da respectiva decisão judicial.

Depreende-se que o Código Tributário Nacional ao disciplinar os contornos gerais da compensação tributária, tratou de estabelecer que esta seria implementada com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Acrescente-se, ainda, nesse contorno, que é vedada a compensação, mediante aproveitamento de tributo, objeto de ação judicial não transitado em julgamento. Assim é pressuposto que o crédito indicado como pagamento indevido há de ser líquido e certo.

Do exame dos autos, vê-se que, quando do momento do pedido de compensação, a recorrente não tinha crédito líquido e certo para compensar de acordo com a lei. A ação só transitou em julgado em 09/09/2004. A compensação não poderia ser implementada porque faltava as condições necessárias ao crédito de liquidez e certeza, portanto, faltava-lhe os elementos intrínsecos necessários para que esse crédito pudesse implementar a compensação pretendida.

A teor do relatado anteriormente, o Mandado de Segurança Coletivo nº 2001.83.00.014525-0 trata da revogação da isenção da COFINS para as sociedade civis de profissão legalmente regulamentada. Atualmente, o processo encontra-se sobrestado, aguardando o julgamento da ação rescisória. A decisão transitado em julgado esta sob o crivo do juízo rescindendo, podendo ser definitivamente rescindida ou não. Esta situação vulnera a liquidez e a certeza. dos créditos.

Vejo que a compensação tributária na forma pretendida pela recorrente, não pode ser implementada porque continua faltando a liquidez e a certeza dos créditos apontados como pagamento indevido.

A realidade, que ora me apresenta, é a não comprovação da existência dos créditos, líquidos e certos, relativos a pagamentos indevidos de Cofins, sendo assim não pode ser reconhecido o direito de crédito a recorrente relativo ao pagamento realizado a título de Cofins, e por conseguinte, não pode ser homologada a compensação formulada no PER/DCOMP. Dessa forma, não cabe reforma a decisão recorrida.

Ante o exposto, voto no sentido de afastar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Liduína Maria Alves Macambira - Relatora

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 28/07/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA
Emitido em 01/08/2011 pelo Ministério da Fazenda