



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

Processo n° 10480.907059/2009-75
Recurso n° 938.844 Voluntário
Acórdão n° **3803-03.320 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 19 de julho de 2012
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL. ISENÇÃO.
Recorrente ARISTIDES JOSÉ CAVALCANTI BATISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2002 a 30/06/2002

Ementa: **CONCOMITÂNCIA DE OBJETOS NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO.**

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo. Inteligência da Súmula nº 1 do CARF.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente e Relator

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

Relatório

ARISTIDES JOSÉ CAVALCANTI BATISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS transmitiu, em 28/04/2006,, o Pedido Restituição e Declaração de Compensação - PER/DCOMP- nº 30046.31202.280406.1.3.04-6766, visando à extinção de débito de IRPJ e CSLL, no valor de R\$ 6.343,19, utilizando crédito oriundo de pagamento indevido ou a maior de Cofins. A DRF/Recife-PE emitiu Despacho Decisório Eletrônico de não homologação da compensação, porque constatou que o DARF discriminado na DComp estava integralmente utilizado para quitação de débito de Cofins do período de apuração jun/02, não restando saldo disponível para compensação dos débitos indicados. Sobreveio reclamação mediante a qual o declarante alegou ter sido beneficiado por decisão judicial transitada em julgado de iniciativa da OAB-PE, da qual é substituído processual, e na qual restou garantido o seu direito à isenção da Cofins. Por esta razão, entende que "(...) *todos os pagamentos realizados a tal título tornaram-se devidos, 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.*" E aduz, em relação à alegada informação obtida junto ao CAC da DRF/Recife acerca do fato de não ter retificado as DCTF, que isso "(...) *não anula a existência dos créditos, vez que estes decorrem da existência de decisão judicial favorável à OAB-PE, da qual a empresa é sindicalizada, garantindo a isenção de Cofins para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços relativos a profissões legalmente regulamentadas.*"

A DRJ/REC-2ª Turma julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente, considerando a ausência de trânsito em julgado da decisão judicial que embasou as compensações, e a 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 à OAB-PE. O Acórdão nº 11-33.286, de 30 de março de 2011, teve ementa vazada nos seguintes termos:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL – COFINS
Período de apuração: 01/06/2002 a 30/06/2002
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.
Manifestação de Inconformidade Improcedente
Direito Creditório Não Reconhecido*

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 2ª Turma da DRJ/REC. O arrazoadado de fls. s/nº, após síntese dos fatos relacionados com a lide, em sede de preliminar, argui a nulidade da decisão recorrida por ter cerceado o direito de defesa, 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 à existência do crédito oposto na compensação declarada, argumenta que a própria DRJ/Recife informa, no parágrafo 10 do voto, que a decisão judicial em Mandado de Segurança que concedeu o benefício de isenção à Cofins já havia sido encerrada, com reconhecimento o direito, e que apenas em sede de ação rescisória é que foi reanalisada a questão, tendo o TRF da 5ª. Região decidido por conceder parcial provimento à rescisória, com efeitos *ex nunc*, não abrangendo os fatos pretéritos.

Reconhece que a medida liminar concedida pelo Ministro Joaquim Barbosa do STF suspendeu a modulação temporal dos efeitos da decisão da rescisória, todavia destaca a

precariedade de tal decisão e o fato de ela não ter anulado os efeitos materiais da ação rescisória, que se encontram apenas suspensos, e não cassados, aguardando pronunciamento do órgão colegiado do STF quanto à manutenção ou não da liminar. Aduz que a Procuradoria da República, em parecer acostado aos autos, pronunciou-se em sentido contrário à concessão da liminar a fim de garantir os efeitos modulados da decisão rescisória. Conclui inexistir impedimento ao reconhecimento do crédito aventado na Dcomp de que se trata.

Pede provimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. s/nº merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-REC-2ª Turma nº 11-33.286, de 30 de março de 2011.

Preliminar de nulidade

O recorrente, em preliminar, pede reforma da decisão recorrida por inovação dos fundamentos utilizados para o indeferimento do pleito, *vis-à-vis* os empregados no Despacho Decisório da DRF/REC. Ao proceder assim, a autoridade julgadora *a quo* teria cerceado seu direito de defesa.

Com efeito, a Autoridade Fiscal com competência regimental para apreciar o pleito limitou-se a analisar a disponibilidade do pagamento pretensamente indevido. A constatação de que o mesmo estava alocado a débito do período de apuração de jun/02, espontaneamente confessado pelo contribuinte, foi motivo bastante e suficiente para o indeferimento. Não há notícia nos autos de que o contribuinte tenha procedido à retificação da DCTF respectiva, mesmo depois da ciência do Despacho Decisório, de forma que o pagamento indigitado como indevido remanesce alocado a débito espontaneamente confessado. Penso que tal fato também bastaria para que a DRJ/REC julgasse a Manifestação de Inconformidade improcedente.

A DRJ/REC-2ª Turma, no entanto, viu-se constrangida a debruçar-se sobre os novos argumentos aportados aos autos na reclamação, pois foi só então que se conheceu a gênese do pagamento tido como indevido. E fê-lo muito bem. Tivesse aderido inamovivelmente aos fundamentos do Despacho Decisório, sem nada tecer a respeito dos argumentos da reclamação, aí sim configurar-se-ia o cerceamento do direito de defesa de que é, levemente, acusada.

Quanto ao argumento de não ter sido oportunizado à empresa a possibilidade de apresentar defesa sobre o assunto, o recorrente teve tal oportunidade com a interposição do recurso voluntário que ora se analisa, segunda as regras da lei processual administrativa federal vigente.

Rejeito a preliminar.

Mérito – liquidez e certeza do crédito oposto na compensação declarada

Estando vigente a DCTF por meio da qual o contribuinte, ora recorrente, confessou o débito de Cofins de jun/02, extinto pelo pagamento aventado como indevido, e à míngua de prova de que tal confissão tenha sido feita em erro, entendo que somente um provimento judicial nesse sentido poderia autorizar sua restituição.

Consta dos autos que a OAB-PE impetrou mandado de segurança coletivo em nome dos seus escritórios de advocacia associados, autuada em 31/05/2001, sob o nº 2001.83.00.0145250, objetivando, principalmente, em síntese, a isenção do recolhimento da Cofins prevista no inciso II do art. 6º da Lei Complementar nº 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 nº 70, de 1991, pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, tendo em vista que a isenção não é matéria reservada à lei complementar. O magistrado considerou, então, prejudicada a análise do pleito de compensação.

A AMS nº 80.558PE, interposta pela OAB-PE junto à 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, obteve 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 princípio da hierarquia das leis. A Fazenda Nacional interpôs então Recurso Especial, que foi inadmitido. O Agravo de Instrumento manejado pela Fazenda Nacional teve provimento negado. Assim, a decisão no MS nº 2001.83.00.0145250 transitou em julgado em 09/09/2004, restando reconhecido o direito a isenção postulada.

Posteriormente, a OAB-PE atravessou petição alegando que a edição da Lei nº 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 abstinhasse 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 nº 10.833, de 2003, e de que não seria admissível, naquele momento processual, inovar *a actio*, transmutando-a. Contra essa decisão, recorreu a OAB-PE, mediante o REsp nº 739.784 (nº 2005/00540062), 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 nº 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 título 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) nº 377.4573/ PR, relator o Ministro Gilmar Mendes, ter proclamado que a revogação da isenção da Cofins concedida pela LC nº 70, de 1991, pelo art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, foi plenamente válida 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) nº 3.761/PR, na sessão de 12/11/2008, deliberou pelo cancelamento da Súmula nº 276, que

enunciava a isenção da Cofins perante as ditas sociedades, independentemente do regime tributário adotado.

Da decisão do STJ proferido no curso do MS acima referido, a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional na 5ª Região propôs Ação Rescisória nº 5.471PE (processo nº 2006.05.006.0442426) 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.

Contra o efeito apenas *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 nº 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.

Pesquisa realizada no Portal da Justiça Federal de Pernambuco, sobre o andamento do processo originário 2001.83.00.0145250 Mandado de Segurança Coletivo, informa que o mesmo encontra-se aguardando o julgamento da ação rescisória, desde o dia 16/09/2010, portanto, sobrestado.

A decisão que transitou em julgado no MS nº 2001.83.00.0145250 está sob o crivo do juízo rescindendo, podendo ser definitivamente rescindida ou não.

Consoante a jurisprudência deste Conselho, cristalizada na súmula CARF nº 01, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Conforme se observa de todo o exposto, a mesma matéria aqui tratada também encontra-se sob apreciação do Poder Judiciário, qual seja, a revogação da isenção do pagamento da COFINS às prestadoras de serviços relativos a profissões legalmente regulamentada, caracterizando a concomitância entre as demandas.

*Pelo exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente
Recurso Voluntário.*

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, não conhecer do recurso, em face da concomitância entre processos judicial e administrativo com o mesmo objeto.

Sala das Sessões, em

Alexandre Kern



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

TERMO DE ENCAMINHAMENTO

Processo nº:
Interessada:

Encaminhem-se os presentes autos à unidade de origem, para ciência à interessada do teor do Acórdão nº , de , da 3ª Turma Especial da 3ª Seção e demais providências.

Brasília - DF, em .

[Assinado digitalmente]
Alexandre Kern
3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente