



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

Processo nº 10480.908693/2009-25
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3801-001.677 – 1ª Turma Especial
Sessão de 30 de janeiro de 2013
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente FELIPE CARLOS ALBUQUERQUE - ADVOGADOS E CONSULTORES ASSOCIADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Acatada a preliminar de cerceamento de defesa, por supressão de instância, posto que a autoridade julgadora de primeira instância inovou em relação aos fundamentos primeiros apresentados pelo fisco sem que a Requerente tenha sido cientificada dos mesmos e oportunizada sua manifestação.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, anular a Decisão da DRJ nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Flávio de Castro Pontes que negava provimento ao recurso e o Conselheiro Sidney Eduardo Stahl que dava provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Luiz Bordignon - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes (Presidente), José Luiz Bordignon, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antonio Borges e Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

*Trata-se de manifestação de inconformidade protocolizada em 01/07/2009, em face do Despacho proferido eletronicamente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Recife/PE - **DRF/REC/PE**, mediante o qual foi indeferido/não-homologada Pedido Eletrônico de Restituição/ Declaração de Compensação (**PER/DCOMP**).*

*2. Consoante se verifica às fls.01/05, a contribuinte, através de sobredito **PER/DCOMP**, declarou a compensação do débito descrito em sua página com conjecturado crédito, no montante originário de R\$, que seria derivado de pagamento indevido a título da **COFINS**, código de receita: 2172, do período de apuração de setembro de 1999, efetuado aos 15/10/1999.*

*3. Infere-se, do Despacho Decisório de fl.06, que, com fundamento nos arts. 165 e 170, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional - **CTN**) e, ainda, no art. 74, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, não foi reconhecido o direito creditório pleiteado - e, por decorrência, foi não homologada a compensação no qual o pretense crédito foi utilizado – pois o pagamento vinculado ao suposto indébito foi totalmente aproveitado para a extinção do débito de **COFINS** do período de apuração de setembro de 1999.*

*4. O sujeito passivo, cientificado de enfocado Despacho Decisório aos 02/06/2009 (vide aviso de recebimento de fl.43), interpôs a mencionada manifestação de inconformidade, na qual alega possuir créditos pautados em decisão judicial favorável à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Pernambuco - **OAB/PE** (à qual a empresa seria (sic) sindicalizada), garantidora da isenção do pagamento da **COFINS** às empresas exclusivamente prestadoras de serviços relativos a profissões legalmente regulamentadas, motivo por que teria direito ao reconhecimento do indébito do pagamento da **COFINS** tratado nos correntes autos e, conseqüentemente, à homologação das compensações realizadas por intermédio do **PER/DCOMP** aqui examinado.*

*5. Sustenta a recorrente, ainda, que, de acordo com informações colhidas junto ao Centro de Atendimento ao Contribuinte - **CAC** da **DRF/REC/PE**, a conclusão atingida pelo Despacho Decisório censurado se deveria à não-retificação, para o novo valor apurado, da respectiva Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (**DCTF**) - circunstância que, na visão da defendente, não anularia a existência do pretendido crédito.*

6. À manifestação de inconformidade, o sujeito passivo anexou, dentre outros documentos, cópia de acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF/5ª Região (fls.24/39 e de certidão de trânsito em julgado (fl. 40).

7. Este julgador juntou aos presentes autos os seguintes documentos: (i) extrato de consulta processual junto ao sítio do TRF/5ª Região à Ação Rescisória tombada sob o nº 2006.05.00.044242-6 e ementas dos acórdãos proferidos naquela ação aos 23/11/2007, 27/02/2008 e 16/06/2010 (fls.44/55); e (ii) extrato de consulta processual junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal - STF à Reclamação etiquetada sob o nº 6.917/PE e decisão monocrática nela proferida aos 09/12/2008 pelo Exmo. Ministro Joaquim Barbosa (fls.56/59).

A Delegacia de Julgamento em Recife (PE) proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

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

SOCIEDADE CIVIL. COFINS. ISENÇÃO RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. SUBSEQÜENTE POSICIONAMENTO DIVERSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TÍTULO JUDICIAL. INEXIGIBILIDADE.

É inexigível o título judicial, consubstanciado em decisão judicial transitada em julgado que reconhece direito à isenção do pagamento da COFINS a sociedades civis prestadoras de serviços relacionados a profissão legalmente regulamentada, quando sobrevivendo a respeito posicionamento diverso consolidado junto ao Supremo Tribunal Federal, especialmente quando a eficácia da decisão judicial transitada em julgado haja sido desconstituída em ação rescisória.

COMPENSAÇÃO. INDÉBITO FUNDADO EM TÍTULO JUDICIAL INEXIGÍVEL. NÃO-HOMOLOGAÇÃO. DESPACHO DECISÓRIO. PROCEDÊNCIA.

É procedente o Despacho Decisório que não homologa compensações em que é utilizado suposto direito creditório fundado em título judicial inexigível, por inexistir crédito líquido e certo a ser compensado.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 70 a 75, aduzindo, em síntese.

A decisão da DRF/Recife considerou não homologadas as compensações com base no fato de que os DARF's aos quais estavam vinculados os créditos estavam totalmente utilizados.

A Recorrente baseou sua manifestação de inconformidade em argumentos e fatos que tentavam ilidir a decisão da DRF/Recife, buscando demonstrar a existência dos créditos tributários em favor da empresa.

Em sede de julgamento por parte da DRJ/Recife não está ocorrendo apenas a revisão 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.

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.

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 novos fatos e informações apresentados ao processo, merece reparos.

A argumentação da DRJ/Recife não condiz com a realidade dos fatos.

Em seu item 19, a decisão da DRJ/Recife informa que não seria possível 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.

A decisão judicial em Mandado de Segurança que concedeu o benefício de isenção 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 benefício isenção da COFINS somente surtiria efeitos para frente, não abrangendo os fatos pretéritos.

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.

A liminar é decisão precária e não anulou 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.

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 nº 70.235/72, de acordo com os mandamentos do art. 74, da Lei nº 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 título de Cofins e, consequentemente, homologar a compensação realizada no PER/DCOMP relacionado a esse processo que utilizaram tais créditos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, a Requerente teve seu pedido de compensação indeferido em razão do pagamento ter sido integralmente utilizado na quitação do débito declarado em DCTF, não restando saldo disponível a ser aproveitado para compensar com débitos informados no PerDcomp.

Em sua Manifestação de Inconformidade, aduz a empresa que estava isenta do pagamento da contribuição para a COFINS na forma do decidido judicialmente, portanto todos os pagamentos realizados a tal título tornaram-se indevidos consoante disposição do art. 165, I, do CTN.

A Autoridade Julgadora de Primeira Instância, com fulcro no art. 741, II e parágrafo único do Código de Processo Civil, abaixo colacionado, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo a decisão da DRF/Recife, sob o fundamento de que é inexigível o título judicial, consubstanciado em decisão judicial transitada em julgado, quando sobrevindo a respeito posicionamento diverso consolidado junto ao Supremo Tribunal Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Por seu turno, a Recorrente se contrapõe aos fundamentos da DRJ/Recife, pontuando duas questões, a saber:

Cerceamento de defesa em razão da inovação perpetrada pela DRJ/Recife que inovou o conteúdo do indeferimento inicial das compensações sem prévia comunicação e abertura de prazo para alegações da empresa sobre os novos fatos e alegações apresentadas ao processo.

A decisão judicial em Mandado de Segurança que concedeu o benefício de isenção 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 dar parcial provimento à rescisória a fim de conceder efeitos *ex-nunc* a decisão e que apenas contra esta decisão do TRF foi proferida a liminar do Ministro Joaquim Barbosa do STF, suspendendo a modulação dos efeitos da decisão da rescisória.

I - Da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

Protesta a Requerente pela ocorrência de cerceamento de defesa em razão de inovação no conteúdo do indeferimento inicial, consubstanciado na ausência de comunicação prévia dos documentos acostados aos autos e abertura de prazo para manifestação.

Passemos à análise do arguido.

Da análise dos autos, constata-se que foram juntados os documentos de fls. 44a 59, conforme informação de fls. 60, abaixo colacionada:

7. Este julgador juntou aos presentes autos os seguintes documentos: (i) extrato de consulta processual junto ao sítio do TRF/ 5ª Região à Ação Rescisória tombada sob o nº 2006.05.00.044242-6 e ementas dos acórdãos proferidos naquela ação aos 23/11/2007, 27/02/2008 e 16/06/2010 (fls.44/55); e (ii) extrato de consulta processual junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal - STF à Reclamação etiquetada sob o nº 6.917/PE e decisão monocrática nela proferida aos 09/12/2008 pelo Exmo. Ministro Joaquim Barbosa (fls. 56/59).

Importante registrar que a juntada dos referidos documentos ocorreu após a apresentação da manifestação de inconformidade pelo Contribuinte. Também, que não há impedimento legal para a juntada de novos documentos pela autoridade administrativa/julgadora, todavia o que não é permitido é inovar em relação aos fundamentos primeiros apresentados pelo fisco sem que a Requerente tenha sido cientificada dos mesmos e oportunizada sua manifestação.

No caso presente, além do Contribuinte não ter sido cientificado da juntada de novos elementos ao processo, a razão de decidir estampada no acórdão se deu com fundamento nos novos documentos.

Convém aclarar que, nos casos em que a autoridade administrativa/julgadora carrear aos autos documentos após a apresentação da peça impugnatória, é essencial que o contribuinte seja cientificado e aberto prazo para manifestação, se desejar, só assim estará garantido o pleno exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório, postulados gravados na Constituição Federal e no Processo Administrativo Fiscal.

Não obstante, a manifestação de inconformidade é ato que faz nascer o contencioso, repercutindo na mudança do procedimento administrativo preparatório para o de julgamento, comportando ao contribuinte as garantias relativas ao devido processo legal.

Resta claro que o Despacho Decisório emanado pela DRF/Recife teve como fundamento a insuficiência de saldo disponível para proceder-se a compensação, enquanto que

a decisão da DRJ/Recife alicerçou –se nos efeitos das decisões judiciais prolatadas nos processos (i) AMS nº 80558/PE (2001.83.00.14525-0); (ii) Ação Rescisória nº 5471/PE (2006.05.00.044242-6) e (iii) RCL/6917 – STF – Reclamação.

O que não se pode, agora, em segunda instância administrativa de julgamento, é analisar fatos e documentos que não constavam da lide inicial, sob pena de afrontar garantias e princípios processuais, como por exemplo, o do duplo grau de jurisdição.

É fato que a Recorrente tem o direito de participação no processo administrativo em relação a todo e qualquer ato ou documento juntado, sendo que a falta de comunicação acarreta cerceamento de defesa pela ausência de contraditório. Desse modo, as normas reguladoras do processo administrativo fiscal outorgam ao contribuinte o direito de ter a matéria litigiosa, seus fundamentos, argumentos e provas analisados pelas duas instâncias administrativas de julgamento, sem o que teríamos como consequência a supressão de uma delas.

Desse modo, diante das razões acima expostas, encaminho meu voto no sentido de julgar procedente o recurso voluntário para declarar NULA a decisão da DRJ/Recife, como também todos os atos praticados posteriormente à referida decisão, posto que esta inovou em relação aos fundamentos primeiros apresentados pelo fisco sem que a Requerente tenha sido cientificada dos mesmos e oportunizada sua manifestação.

A partir de então, deve o processo retornar à Unidade de Origem para:

1. Cientificar o contribuinte dessa decisão;
2. Cientificar o contribuinte dos documentos de fls. a , juntados pela DRJ/Recife;
3. Abrir prazo para manifestação, se assim desejar;
4. Aplicar o rito do PAF.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Luiz Bordignon