



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

Processo nº 10480.916049/2011-45
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº **3801-004.693 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 13 de novembro de 2014
Matéria COFINS - SOCIEDADES CIVIS
Recorrente FILIPE CARLOS ALBUQUERQUE ADVOGADOS E CONSULTORES ASSOCIADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2001 a 31/03/2001

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DA DRJ.

Não existe cerceamento do direito de defesa quando o órgão julgador aprecia de forma fundamentada as razões da manifestação de inconformidade.

PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. MATÉRIA IDÊNTICA. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A propositura de ação judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica na renúncia à instância administrativa.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado:

I - Por unanimidade votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação aos questionamentos sobre a decisão de primeira instância;

II - Pelo voto de qualidade, não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário. Vencidos os Conselheiros Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Cássio Schappo e Jacques Mauricio Ferreira Veloso de Melo que não reconheciam a concomitância e negavam provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

FLÁVIO DE CASTRO PONTES – Presidente e Relator.

Processo nº 10480.916049/2011-45
Acórdão n.º **3801-004.693**

S3-TE01
Fl. 3

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Marcos Antonio Borges, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Paulo Sérgio Celani, Cassio Schappo e Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo.

Relatório

Por meio de PER/Dcomp (Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação) a requerente postula a compensação de débitos de diversos tributos com crédito referente a valor que teria sido recolhido indevidamente a título da contribuição Cofins (cód. 2172).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil no Recife (PE), conforme Despacho Decisório Eletrônico, não reconheceu o direito creditório e não homologou as compensações efetuadas.

Após ter sido cientificado dessa decisão, a interessada apresentou manifestação de inconformidade.

Aduziu, em resumo, que ocorreu apenas uma falha de procedimento da empresa em não retificar as DCTFs onde constavam as informações dos débitos cuja compensação era solicitada. Tal erro de procedimento 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 fim de comprovar a veracidade das suas alegações, anexou cópia da ação judicial impetrada pela OAB-PE que garantiu o direito de isenção de Cofins da empresa, assim como a certidão de trânsito em julgado relativa a mesma ação.

A DRJ no Recife (PE) não conheceu da manifestação de inconformidade e não reconheceu o direito creditório, nos termos da ementa transcrita abaixo:

AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. CONCOMITÂNCIA. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do procedimento fiscal, com o mesmo objeto do processo administrativo. Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, instruído com diversos documentos, cujo teor é sintetizado a seguir.

Após comentar a decisão da DRJ, sustenta a incoerência entre a decisão da DRF/Recife e a DRJ/Recife. Argumenta que referidas decisões são totalmente diferentes. A decisão da DRF/Recife que considerou não homologadas as compensações baseou-se no fato de que 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.

Pontua que a decisão da DRJ/Recife procedeu em uma inovação completa do conteúdo do indeferimento inicial das compensações.

Insiste 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.

Concluiu este tópico afirmando que por estes fatos merece reparo a decisão proferida pela Turma da DRJ/Recife, por ter cerceado o direito de defesa da empresa, ao inovar juridicamente os argumentos sem prévia comunicação de prazo para alegações da empresa sobre os novos fatos e informações apresentadas ao processo e que seriam objeto de análise, ofendendo frontalmente o art. 5º, Constituição Federal de 1988, quanto ao direito de defesa da empresa.

Quanto ao direito creditório, discorda do entendimento da decisão da DRJ/Recife de 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.

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

Esclarece que 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. Aduz que 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.

Por fim requer que seja processado regularmente o presente Recurso Voluntário, 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 da Cofins e, conseqüentemente, homologar a compensação realizada na PERDCOMP relacionada a este processo que utilizaram tais créditos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele toma-se conhecimento..

De início, examina-se a tese de irregularidade na decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Recife.

A interessada sustenta cerceamento no direito de defesa em relação à decisão da DRJ/Recife, uma vez que esta inovou no conteúdo do indeferimento inicial das compensações, pois 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.

Não merece prosperar essa tese. Ao contrário do alegado, o colegiado de primeira instância discutiu todas as teses necessárias e suficientes para a solução da lide administrativa.

Exemplificando, o julgado “a quo” motivou a decisão em relação a argumentação da recorrente em relação ao fato de que seu direito creditório era decorrente da ação judicial impetrada pela OAB-PE. Ora, foi a recorrente que trouxe ao litígio essa tese, de sorte que a decisão de primeira instância não inovou juridicamente no julgamento.

Destarte, o órgão julgador administrativo estava obrigado a apreciar essa tese da interessada de maneira motivada e fundamentada. Assim, não há reparos a serem feitos na decisão *a quo*.

Não se pode perder de vista que a decisão recorrida apreciou todas as questões relevantes necessárias a solução do litígio, em especial a eficácia das decisões judiciais apresentadas pela própria interessada. Assim, o julgador apresentou razões coerentes e suficientes para embasar a decisão.

Além disso, no âmbito do processo administrativo fiscal as hipóteses de nulidade são tratadas de forma específica no art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

"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."

No caso vertente, nenhum dos pressupostos acima encontra-se presente, uma vez que não ficou evidenciada a preterição do direito de defesa, tendo em vista que a decisão recorrida motivadamente demonstrou de forma clara e concreta as razões da não homologação das compensações, de sorte que não ficou caracterizado qualquer prejuízo à recorrente.

Por tais razões não há que se falar em qualquer irregularidade da decisão guerreada por cerceamento de direito de defesa.

O litígio tem como principal controvérsia eventual direito creditório em razão de ação judicial.

Transcrevo de uma decisão da DRJ o histórico das ações judiciais em debate:

10.1. A OAB-PE impetrou ação de mandado de segurança coletivo em nome dos seus Escritórios de Advocacia associados, autuada em 31/05/2001, sob o nº 2001.83.00.014525-0, objetivando, principalmente, em síntese, a isenção do recolhimento da Cofins prevista no inciso II do art. 6º da Lei Complementar (LC) 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 (Ordinária) 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.

10.2. À apelação da OAB-PE junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5ª Região) – que obteve o nº 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 princípio 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 à isenção postulada.

10.4. 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, transmudando-a.

10.5. Contra essa decisão, recorreu a OAB-PE, mediante o REsp nº 739.784 (nº 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 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 377.457-3/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, deliberara pelo cancelamento da Súmula nº 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) nº 5.471-PE (processo nº 2006.05.00.044242-6/03) junto ao TRF-5ª Região, que foi parcialmente procedente, por lhe terem 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) 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. Encontra-se o processo aguardando apreciação desse Colegiado.

10.8. Embargos de declaração opostos pelas partes – OAB-PE e Fazenda Nacional – contra a decisão proferida pelo TRF-5ª Região no bojo da Ação Rescisória nº 5471/PE (processo nº 2006.05.00.044242-6/03) foram julgados, não tendo, no entanto, ocorrido nenhuma alteração no resultado do julgamento originário por essa corte.

Do exame das ações judiciais, constata-se que a matéria está *sub judice*, uma vez que este processo administrativo tem o mesmo objeto da ação judicial em referência, homologação de compensação em face de pedido de restituição decorrente da legalidade da revogação da isenção do pagamento da Cofins, por parte das sociedades civis de profissão legalmente regulamentada, pela Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que, em seu art. 56, revogou a veiculada pelo art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991.

Como se nota, o direito creditório está dependendo do desfecho da Reclamação no Supremo Tribunal Federal.

Destarte, incide no caso vertente o parágrafo único do art. 38, da Lei nº. 6.830/80, que dispõe:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.(grifou-se)

O excelso Supremo Tribunal Federal já manifestou acerca da constitucionalidade desse dispositivo, conforme decidido no recurso extraordinário nº 233.582:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PAR. ÚN., DA LEI 6.830/1980.(...). É constitucional o art. 38, par. ún., da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF), que dispõe que "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.(STF, RE 233582, DJe-088 de 16-05-2008).(grifou-se)

Em relação ao conteúdo desse dispositivo legal, Leandro Paulsen, René Bergmann e Ingrid Schroder explicam:

O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa mas que a esfera judicial prevalece sobre a administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do exaurimento da esfera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário. Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto

nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka. Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 447 e 448).

De fato, se o sujeito passivo recorre ao Poder Judiciário, por uma questão de lógica, ele está desistindo tacitamente da esfera administrativa, visto que a decisão do Poder Judiciário é soberana.

Eventuais decisões antagônicas, nas esferas administrativa e judicial, teriam uma única solução, qual seja, prevaleceria a da esfera judicial, em razão do princípio constitucional da jurisdição única, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Destarte, não faz sentido a continuação da discussão no âmbito administrativo, pois o mérito da questão será decidido pelo Poder Judiciário com efeito de coisa julgada.

Corroborando esta teoria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recurso especial nº 840.556, assim se pronunciou:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA.AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial. 2.(...) 3. In casu, os mandados de segurança preventivos, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, comporta o objeto da ação anulatória do lançamento na via administrativa, guardando relação de excludência.4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus – tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) - com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a maior(pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato).5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjugar-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional. (...) (STJ, REsp 840556/AM, DJ 20/11/2006) (grifou-se)

Assim sendo, a existência de uma ação judicial, por parte da requerente, com o mesmo objeto desse processo administrativo fiscal importa na renúncia à esfera administrativa. Em relação a essa discussão, aplica-se a Súmula nº 01 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que uniformizou o seguinte entendimento:

Súmula CARF nº 1: 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.(grifou-se)

Além disso, os Conselheiros têm o dever de observar as súmulas, nos termos do art. 72 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009.

Em caso análogo da mesma recorrente, esta tese também foi acolhida, em outro julgado do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL. CUMPRIMENTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial onde se alterca matéria veiculada em processo administrativo, antes ou após a inauguração da fase litigiosa administrativa, conforme o caso, importa em renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso interposto, não competindo ao CARF se manifestar acerca do alcance, efeitos e forma de cumprimento de decisões judiciais cuja execução não lhe caiba.

DESPACHO DECISÓRIO. MOTIVAÇÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Não configura inovação de motivação do despacho decisório a fundamentação da decisão que, acolhendo ou rechaçando a pretensão deduzida em manifestação de inconformidade, examina elementos novos introduzidos na lide administrativa pelo próprio recorrente e que, até então, eram desconhecidos da Administração Tributária

(CARF. 3ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Acórdão 3401-002.634, de 29/05/2014, rel. Robson José Bayerl, Processo nº 10480.905883/2008-18)

Em remate, não se toma conhecimento das alegações decorrentes do direito creditório, isenção ou não da Cofins, visto que a recorrente submeteu à apreciação do Poder Judiciário esta matéria.

Ante ao exposto voto no sentido de:

I – negar provimento ao recurso voluntário em relação aos questionamentos sobre a decisão de primeira instância;

II - não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator

Processo nº 10480.916049/2011-45
Acórdão n.º **3801-004.693**

S3-TE01
Fl. 12

CÓPIA