



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10855.903411/2008-17
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.639 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 15 de janeiro de 2020
Recorrente VOTOCEL INVESTIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010.

COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO DOS CRÉDITOS. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.

Cabe ao contribuinte efetivamente comprovar, nos termos e prazos da legislação de regência, a liquidez e a certeza dos créditos que pretende compensar.

ERRO NO PREENCHIMENTO DA DCOMP. RETIFICAÇÃO. MOTIVAÇÃO DIVERGENTE NO DESPACHO DECISÓRIO.

A divergência na motivação do despacho decisório que ensejou a glosa da compensação e a manifestação de inconformidade do contribuinte, faz com que seja necessário o retorno à unidade de origem para a análise meritória das provas e alegações constantes nos autos, seguindo entendimento emanado pelo Parecer Normativo COSIT/RFB nº 02/2016.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os conselheiros André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento parcial, com retorno dos autos à DRF de origem, vencido o conselheiro André Mendes de Moura, que lhe negou provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Lívia De Carli Germano e Viviane Vidal Wagner.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Lívia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-004.639 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 10855.903411/2008-17

Relatório

Trata-se de recurso especial do contribuinte (fls. 337 e seguintes) interposto em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1401-001.457, por meio do qual a 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida teve a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

ERRO NO PREENCHIMENTO DA DCOMP. RETIFICAÇÃO NA FASE DE DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Não cabe às Delegacias de Julgamento da RFB ou ao CARF, em fase de discussão administrativa, retificar os dados transcritos em Dcomp.

O processo, conforme relato da decisão de primeira instância, trata basicamente de declarações de compensação parcialmente homologadas, oriundas de outro processo administrativo e com diversos detalhes, a seguir transcritos:

Trata o presente processo da Declaração de Compensação, transmitida eletronicamente através do PER/DCOMP, n.º 22075.66541.310505.1.3.024071 (fls. 01 a 02 do processo n.º 10855.903060/2008-44 apensado ao presente), na qual a interessada pleiteia crédito oriundo de Saldo Negativo de IRPJ referente ao exercício de 2004, ano-calendário 2003, no valor de R\$ 924.375,89. Posteriormente, a interessada transmitiu as Dcomp n.º 32606.38276.220906.1.7.028557 e 36516.68895.220906.1.7.020173 vinculados ao mesmo crédito, entretanto informando o Saldo Negativo de IRPJ do exercício de 2004, ano-calendário 2003, no valor de R\$ 1.156.731,49 (fls. 102 a 106 do processo n.º 10855.903060/2008-44).

A DComp n.º 22075.66541.310505.1.3.024071 teve análise eletrônica efetuada pelo Sistema de Controle de Créditos (SCC) e em determinado momento foi verificada inconsistência entre o valor do saldo negativo nela informado e o apurado na DIPJ respectiva. Por tal motivo, foi emitido termo de intimação eletrônico (fl. 107 do processo n.º 10855.903060/2008-44) solicitando a retificação dos documentos pertinentes, sendo que a ciência de tal intimação ocorreu em 04/09/2006.

Não tendo a interessada atendido a intimação, em 12 de agosto de 2008 foi emitido Despacho Decisório eletrônico não homologando as compensações declaradas (fl. 03 do processo n.º 10855.903060/2008-44), com ciência em 21/08/2008, tendo a interessada, em 19 de setembro de 2008, protocolado Manifestação de Inconformidade tempestiva. (fls 07 a 15 do processo n.º 10855.903060/2008-44).

Tal Manifestação foi encaminhada à DRJ Ribeirão Preto e posteriormente à DRJ Rio de Janeiro I por força da Portaria SUTRI n.º 1.036, de 5 de maio de 2010.

Conforme Acórdão n. 1231.079, da 5ª Turma da DRJ/RJ1, datado de 8 de junho de 2010 (fls. 95 a 96 do processo n.º 10855.903060/2008-44) foi declarado nulo o Despacho Decisório eletrônico de 12 de agosto de 2008, tendo o processo sido encaminhado à DRF/Sorocaba/SP para elaboração de novo Despacho Decisório.

Em 16 de setembro de 2010, a Seort da DRF/Sorocaba/SP emitiu o Despacho Decisório DRF/SOR/SEORT n.º 0591 (fls. 04/06), cientificado à interessada em

10 de novembro de 2010 (Aviso de Recebimento – AR de fl. 09), que, confirmando a apuração do saldo negativo de IRPJ do exercício de 2004, ano-calendário 2003, no montante de R\$ 1.156.731,49, homologou as compensações constantes das Dcomp n.ºs 22075.66541.310505.1.3.024071, 32606.38276.220906.1.7.028557 e 36516.68895.220906.1.7.020173 até o limite do crédito.

Apurados e calculados os valores das compensações, restou homologada apenas parcialmente a Dcomp n.º 36516.68895. 220906.1.7.020173, resultando na cobrança, através da intimação DRF/SOR/SEORT n.º 1803/2010 (fl. 08), dos débitos de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (código 5856) do mês de agosto de 2004, no valor original de R\$ 674.409,64, e de Programa de Integração Social – PIS não cumulativo (código 6912), no valor original de R\$ 190.266,56, reduzido para R\$ 171.685,21 pela compensação parcial homologada.

Com a ciência da autuação, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, na qual alegou, em síntese:

- Que o crédito que embasa as compensações declaradas na Dcomp n.º 22075.66541.310505.1.3.024071 seria oriundo de saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2004, e não do ano-calendário de 2003 analisado no Despacho Decisório.
- Que o crédito decorrente de saldo negativo de IRPJ do exercício de 2005, ano-calendário 2004, não foi analisado no Despacho Decisório, a despeito de ter sido suscitado na manifestação de inconformidade datada de 19/09/2006.
- Que houve erro no preenchimento da Dcomp n.º 22075.66541.310505.1.3.024071, atinente ao período de apuração do crédito, comprovado pela Declaração de Informações da Pessoa Jurídica – DIPJ 2005, ano-calendário 2004, onde se verifica, à ficha 12A, o saldo negativo de R\$ 1.405.844,88, tendo pleiteado o montante de R\$ 924.375,89.
- Transcreve acórdãos destacando que o erro de preenchimento da DComp não afasta o direito creditório.
- Que o mero cotejo entre as DComp é apto a demonstrar créditos de períodos distintos, em face da composição dos mesmos, com origem em retenções distintas, efetuadas por fontes pagadoras diversas.
- Que, conforme art. 74, § 1º, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, é o contribuinte que determina quais débitos serão compensados com seus créditos, devendo as Dcomp ser homologadas pela autoridade administrativa na forma como indicado nas mesmas.
- Que seja anulado o Despacho Decisório, determinando esta autoridade administrativa que o saldo negativo de IRPJ do exercício de 2004, ano-calendário 2003, seja compensado com os débitos indicados nas Dcomp n.ºs 32606.38276.220906.1.7.028557 e 36516.68895.220906.1.7.020173, e que os débitos apontados na Dcomp n.º 22075.66541.310505.1.3.024071 sejam compensados com o saldo negativo de IRPJ do exercício de 2005, ano-calendário 2004.

A 5ª Turma da DRJ/RJ (fls. 221), por unanimidade de votos, negou provimento à Manifestação de Inconformidade, mantendo o reconhecimento do direito creditório de saldo negativo de IRPJ do exercício de 2004, ano-calendário 2003, no valor de R\$ 1.156.731,49, com a consequente homologação integral das Dcomp n.ºs 22075.66541.310505.1.3.024071 e

32606.38276.220906.1.7.028557 e a homologação parcial da Dcomp n.º 36516.68895.220906.1.7.020173, nos termos do Despacho Decisório DRF/SOR/SEORT n.º 0591, de 16 de setembro de 2010, que resultou na cobrança dos débitos de Cofins (código 5856) do mês de agosto de 2004, no valor original de R\$ 674.409,64, e PIS não cumulativo (código 6912), no valor original de R\$ 190.266,56, reduzido para R\$ 171.685,21.

O contribuinte, com a ciência da decisão, apresentou recurso voluntário (fls. 228), em que basicamente reiterou os argumentos aduzidos na Manifestação de Inconformidade.

Em 10 de dezembro de 2015, a 1ª Turma da 4ª Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário do contribuinte, ante o argumento de impossibilidade de retificação da Dcomp na fase de discussão administrativa.

Contra a decisão, o contribuinte opôs embargos de declaração (fls. 254), que foram rejeitados pelo despacho de admissibilidade de fls. 328.

Com a ciência da negativa, o contribuinte apresentou recurso especial (fls. 337 e seguintes), reiterando a tese de erro no preenchimento da Dcomp, por defender que o crédito que embasa as compensações é, em verdade, oriundo de saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2004, e não de 2003, como informado.

Protesta pelo reconhecimento do erro no preenchimento da declaração, com base no princípio da verdade material, e indica dois paradigmas que decidiram pela possibilidade de correção da declaração na fase de discussão administrativa.

O recurso especial do contribuinte foi objeto do despacho de admissibilidade de fls. 420, que lhe deu seguimento.

A Fazenda Nacional, ciente da decisão, apresentou contrarrazões (fls. 427), pugnando pelo não provimento do apelo, com base nos seguintes argumentos:

- Não se trata de mero erro formal, mas sim de descumprimento de condições para a validade da compensação como exige a legislação, e, neste ponto, como exige a lei, todos os procedimentos devem ser respeitados;
- O chamado ônus da prova é do contribuinte, no que tange à existência e regularidade do crédito com que pretendeu extinguir a obrigação tributária. Com efeito, ao declarar à Autoridade Tributária que dispunha de crédito capaz de extinguir um débito, o contribuinte assume a incumbência de demonstrar sua liquidez e certeza quando do exame administrativo. Como visto, a disponibilidade do crédito não existia na fase em que aconteceu a conferência eletrônica da compensação e sua liquidez e certeza não foi demonstrada nessa fase de contestação do despacho resultante.
- O procedimento da compensação, nesse ponto, equipara-se, por assim dizer, ao do mandado de segurança, que também exige direito líquido e certo. Ou seja, exige demonstração de plano. Eventuais correções de inexatidões materiais são autorizadas, assim como o são até mesmo em atos judiciais como as sentenças, em virtude de não se entenderem tais como inovações. Porque se houver inovação, em face do disposto no § 11 do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 e do Decreto n.º 70.235/72, arts. 14 e 17, esta deve ser rechaçada.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

O conhecimento do recurso especial do contribuinte não foi questionado pela Fazenda Nacional.

Como se sabe, o conhecimento da matéria depende do preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 67 do anexo II do RICARF:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º Para efeito da aplicação do caput, entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

§ 4º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de 1ª (primeira) instância por vício na própria decisão, nos termos da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 9º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 10. Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União.

§ 11. As ementas referidas no § 9º poderão, alternativamente, ser reproduzidas, na sua integralidade, no corpo do recurso, admitindo-se ainda a reprodução parcial da ementa desde que o trecho omitido não altere a interpretação ou o alcance do trecho reproduzido. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543- C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016);

III - Súmula ou Resolução do Pleno do CARF, e

IV - decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 13. As alegações e documentos apresentados depois do prazo fixado no caput do art. 68 com vistas a complementar o recurso especial de divergência não serão considerados para fins de verificação de sua admissibilidade.

§ 14. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.

§ 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)

No caso dos autos, o despacho de admissibilidade reconheceu a divergência da matéria suscitada, que se resume à possibilidade de correção de erro na declaração de compensação durante a fase de discussão administrativa do crédito (paradigmas de n.ºs. 1301-001.918 e 9101-002.203).

Realmente. No acórdão recorrido decidiu-se que não cabe às Delegacias de Julgamento da RFB ou ao CARF, em fase de discussão administrativa, retificar os dados transcritos em DCOMP.

Ao contrário, no primeiro paradigma, entendeu-se que as compensações pleiteadas devem ser homologadas uma vez demonstrado o erro no preenchimento da declaração e/ou pedido de compensação.

E, no segundo paradigma, concluiu-se pela possibilidade de exame de erros e inexatidões materiais dentro do próprio processo em que a declaração vinha sendo apreciada. Formado então o dissenso jurisprudencial.

Ocorre que, este Colegiado entendeu por sua maioria de membros de que o conhecimento do recurso deveria acontecer, no entanto, de acordo com o primeiro paradigma (1301-001.918), pois este traz a similitude fática necessária à formação do dissenso jurisprudencial.

Neste sentido, curvo-me às conclusões do Colegiado no que toca ao conhecimento deste recurso especial com base apenas no primeiro paradigma, razão pela qual dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito, a questão que se debate nos autos diz respeito apenas à possibilidade de saneamento e correção de supostos erros na declaração de compensação apresentada pelo contribuinte, que levaram à homologação parcial do crédito pleiteado.

A Recorrente aduz que deve ser privilegiado o princípio da verdade material, enquanto que a Fazenda Nacional entende, em síntese, que não foram atendidos os preceitos legais para a efetiva compensação.

No caso dos autos, há 3 (três) Dcomp, em que o contribuinte pleiteou a utilização de crédito decorrente de saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2003, cujos números finais são 4071; 8557 e 0173.

O acórdão recorrido, por unanimidade de votos, considerou inaceitável o fato de que somente **após uma decisão parcialmente desfavorável** ao seu pleito, o interessado busque, já na fase de discussão administrativa dos créditos, que 2 (duas) daquelas Dcomp utilizem o crédito de IRPJ do exercício de 2004, ano-calendário 2003, e que os débitos da 3ª Dcomp (22075.66541.310505.1.3.02.4071) **sejam agora compensados** com o saldo negativo de IRPJ do exercício de 2005, ano-calendário 2004.

Ocorre que é a partir da análise pela unidade de origem do direito creditório apresentado pelo contribuinte, é que ele, após devidamente cientificado, verificou a inconsistência em sua declaração de compensação. Não vejo, in casu, impossibilidade de haver um erro de fato no preenchimento da DCOMP, desde que o contribuinte apresente elementos probantes, no âmbito do julgamento em DRJ, que demonstre o equívoco na respectiva declaração.

Por seu turno, destaco que a autoridade de origem verificou **inconsistências** entre o valor do saldo negativo informado na declaração e o apurado na DIPJ respectiva, razão pela qual foi emitido termo de intimação eletrônico (fl. 107 do processo nº 10855.903060/2008-44), solicitando a **retificação** dos documentos pertinentes. Embora tenha **tomado ciência** de tal intimação em 04/09/2006, o contribuinte **não atendeu à fiscalização** o que ocorreu apenas quando da apresentação da manifestação de inconformidade ao Despacho Decisório ora questionado.

Resta evidente, portanto, em que pese a intimação prévia, antes do despacho decisório, fato é que a impugnação/manifestação de inconformidade é o momento em que o contribuinte pode fazer prova a seu favor, conforme ditames emanados pelo Decreto nº 70.235/1972. A questão, portanto, é saber se, efetivamente, trouxe o contribuinte algum elemento, seja da sua escrituração, seja na própria DIPJ, relativa ao ano-calendário de 2004, que tivesse o condão de atestar que sua DCOMP apresentava, apenas mero erro de preenchimento.

Pois bem. Diante dos documentos apresentados às fls. 111/200, bem como os demonstrativos da escrituração da interessada às fls. 106 e seguintes, nos levam ao fato de que estes valores precisam ser confirmados como referentes ao ano-calendário 2004 e não ano-calendário 2003.

Com efeito, a legislação é clara ao atribuir ao contribuinte o ônus de comprovar, no prazo e na forma previstos, a liquidez e a certeza dos créditos que pretende compensar. Contudo, desde à época da manifestação de inconformidade, o contribuinte, de forma sucessiva, tenta demonstrar ter havido erro no preenchimento, sem, contudo, lograr êxito.

Ocorre que, em sede de análise de PER/DComp, qualquer óbice que impeça essa análise do crédito se dê de forma integral, tanto por força de meros erros de declaração, ou decorrentes de situação jurídica impeditiva, provocava o indeferimento integral do pedido, sem que se promovesse investigação acerca da materialidade do direito creditório pleiteado.

Dessa forma, o recurso apresentado contra decisões desse tipo, de forma a configurar matéria controversa a ser analisada de maneira a representar litígio, deve necessariamente se voltar contra o elemento que motivou a autoridade *a quo* a indeferir o pleito, dando prova de que houve, sim, mera omissão de dados, os meros erros de preenchimento e outros. Resolvidas essas em favor do contribuinte, retornam-se os autos a autoridade de origem para análise do direito, respeitando-se, assim, o referido duplo grau de jurisdição.

Em nossos órgãos julgadores a matéria não carrega muita controvérsia, conforme se observa tanto em nossos tribunais administrativos quanto no Judiciário:

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE - ANÁLISE DE MÉRITO EM FACE AO AFASTAMENTO DE PRELIMINAR - Para que não ocorra supressão de instância, afastada a preliminar que impedia a análise do mérito, deve o processo retornar à origem para conclusão do julgamento (Acórdão 102-47696, 1º Conselho de Contribuintes).

COMPENSAÇÃO. SALDO NEGATIVO. DIFERENÇAS ENTRE A DIPJ E PER/DCOMP. ÚNICO FUNDAMENTO PARA INDEFERIR O DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. Não é possível se negar o direito à compensação pelo singelo argumento de que o saldo negativo informado em PER/DCOMP é diferente daquele declarado na DIPJ, em especial quando o contribuinte busca comprovar seu direito com a apresentação de argumentos e provas em sede de impugnação. No processo administrativo fiscal, deve-se apurar o crédito a que o contribuinte faça jus, não sendo possível encerra-lo com base em argumentos formais não previstos em lei, em especial quando não é mais possível se pleitear nova compensação em virtude da superação do prazo quinquenal decadencial e por ser vedado o envio de DCOMP com o uso de crédito que não tenha sido reconhecido pela autoridade competente em outra declaração de compensação.

DIREITO CREDITÓRIO NÃO ANALISADO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO. RETORNO DOS AUTOS COM DIREITO A NOVO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Em situações em que não se admitiu a compensação preliminarmente com base em argumento de direito, caso superado o fundamento da decisão, a unidade de origem deve proceder à análise do mérito do pedido, verificando a existência, suficiência e disponibilidade do crédito pleiteado, permanecendo os débitos compensados com a exigibilidade suspensa até a prolação de nova decisão, e concedendo-se ao sujeito passivo direito a novo contencioso administrativo, em caso de não homologação total. (Acórdão CARF nº 1102001.107, 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Sessão de 7 de maio de 2014).

REsp 43.359-SP (DJ 7/4/1997)

PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO EXTINTO EM PRIMEIRO GRAU POR ILEGITIMIDADE DA PARTE PASSIVA. PRELIMINAR AFASTADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM POSTERIOR APRECIÇÃO DO MÉRITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONFIGURADA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

II – Se a juíza de primeiro grau extingue o processo por ilegitimidade da parte passiva (art. 267, VI, segunda parte do CPC), é vedado ao tribunal de apelação adentrar no mérito da causa, sob pena de supressão de instância. Deve tão-somente, após afastar a preliminar de ilegitimidade da parte, determinar a remessa dos autos à origem, a fim de que o juiz de primeiro grau prossiga no julgamento do feito.

III – Precedentes do STJ:REsp 57.623-MG, REsp 11.747-SP, REsp 1.418-MA e REsp 28.515-RJ.

IV – Precedentes do STF: RE 66.331-PR, RE81.736-PR e RE 106.124-SC – EDcl.

V – Recurso especial conhecido e provido para cassar a parte do acórdão do TJSP relativa ao mérito, bem como determinar a remessa dos autos a origem, a fim de que o juiz de primeiro grau prossiga no julgamento.”

Resp 131.296 (DJ 12/4/1999)

*“PROCESSUAL. CIVIL. PRINCÍPIO DEVOLUTIVO. EXTENSÃO. SENTENÇA QUE ACOLHE PRELIMINAR. EXAME DO MÉRITO PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. VULNERAÇÃO DA REGRA **TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM**. ARTS. 128, 460 E 515 DO CPC. DOCTRINA. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.*

*I – A extensão do pedido devolutivo se mede pela impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino **tantum devolutum quantum appellatum**.*

*II – A apelação transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada, nos limites dessa impugnação, salvo as examináveis de ofício pelo juiz. Se a sentença acolhe preliminar de extinção do processo (na espécie ilegitimidade ativa **ad causam**), não pode o Tribunal, desconsiderando as razões da apelação, deixar de examina-la e adentrar o mérito da causa, que, inclusive, não fora objeto de suscitação no recurso.“*

“RESP - RECURSO ESPECIAL – 96270- SP

PROCESSUAL CIVIL - PRESCRIÇÃO - FUNDO DE DIREITO - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - REAJUSTE - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - DEC. 20910/32

ART. 1º - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 515.

*Afastada a prescrição cuja preliminar foi acolhida em primeiro grau, não pode o Tribunal, no julgamento da apelação, enfrentar o mérito da demanda propriamente dito, de vez que a matéria impugnada cujo exame foi devolvido ao órgão "ad quem" se restringiu ao tema da prescrição, logo, ao afastá-la, deveria o eg. Tribunal de Justiça ter **determinado a remessa dos autos à primeira instância, a fim de ser julgado o mérito da ação** quanto à prestação dos servidores, em observância ao disposto no art. 515 do CPC, que traduz o princípio "tantum devolutum quantum appellatum". (grifei)*

O entendimento exarado acima, por sua vez, encontra-se hoje positivado por meio do Parecer Normativo Cosit/RFB n.º 2/2016:

(...)

Procedimento de reconhecimento de crédito do sujeito passivo em que houve decisão em julgamento administrativo que apenas analisou questão preliminar e não adentrou no mérito da lide. 10. O Pedido de Restituição, Ressarcimento e Reembolso (PER) e a Declaração de Compensação (Dcomp) são processados pelo programa PER/Dcomp. A primeira fase (de formulação e apreciação do pleito) tem início com a provocação do contribuinte e a análise da Delegacia da Receita Federal (DRF), da qual pode resultar o reconhecimento do direito creditório ou sua negação e, quanto à Dcomp, pode ser (conforme a situação) “homologada” ou “não homologada” (total ou parcial), ou ser considerada “não declarada”. Da decisão da DRF que indeferiu o PER ou que não homologou a Dcomp, é cabível manifestação de inconformidade para seguir o rito do Decreto n.º 70.235, de 1972, nos termos dos §§ 9º e 11 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 10. Foi nesse contexto de PER/Dcomp, exclusivamente, o espectro de aplicação do entendimento contido nos itens 61 a 80 do Parecer Normativo RFB n.º 8, de 2014. Contudo, considerando-se ter havido dúvidas quanto ao alcance de aplicação do seu entendimento, entendeu-se por bem delimitar melhor esse ponto. Não se trata de novo entendimento, uma vez que os processos administrativos de reconhecimento de direito creditório têm um escopo distinto daqueles que visam constituir o crédito tributário, a despeito de ambos estarem englobados pelo rito do Decreto n.º 70.235, de 1972, e serem denominados “processo administrativo fiscal”. 10.1. No caso de um PER, geralmente vinculado a uma Dcomp que extingue o débito do

contribuinte a depender de homologação (situação mais comum), o que se discute não é se o contribuinte deve aquele valor que o Fisco tinha dito que devia ou se realizou aquela conduta objeto de sanção, mas sim se ele possui aquele crédito com a Fazenda Pública. Em outras palavras: a Fazenda Pública possui aquela dívida com o cidadão e naquele valor por ele informado? 10.2. Quando a Dcomp é apresentada, o contribuinte informa qual é o crédito que possui com a Fazenda e qual é o seu valor, compensando-o com o seu débito, com o reconhecimento do crédito exatamente naquele valor. 10.3. Se a Fazenda Pública fizer despacho decisório não homologando a compensação por uma questão prejudicial (inclusive prescrição), não há que se analisar se o valor estaria correto. Ela não homologou o valor total apresentado. Seria um contrassenso exigir que a Fazenda Pública, quando não homologasse a compensação, tivesse que fazer um despacho dizendo que se a questão prejudicial não ocorresse qual seria o valor a ser homologado parcialmente. Note-se que a vinculação da Dcomp é com aquele valor e a Fazenda já se pronunciou não homologando todo ele. 11. Considerando a não homologação de uma Dcomp como um procedimento administrativo que envolve diversos atos, não há que se falar em preclusão do direito de a Fazenda Pública analisar se ela deve aquele valor apresentado. Além de se chegar a tal interpretação do instituto do reconhecimento de crédito em processo administrativo fiscal, merece destaque a indisponibilidade do interesse público. 11.1. Isso porque o regime jurídico administrativo se assenta em dois princípios fundamentais: a indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado. É em decorrência do primeiro que a Administração Pública possui a supremacia do segundo. Não significa que haja relação de hierarquia entre o particular e a Administração, mas sim que como esta última trata de assuntos difusos, ela não pode dispô-los a seu bel-prazer. É por isso que em diversas situações o ideal é se falar em dever-poder da Administração, e não o contrário. Ela tem o dever de defender o interesse público e apenas por isso tem o poder denominado exorbitante. 11.2. Mais especificamente sobre a indisponibilidade do interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello assim a explica: A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever na estrita conformidade do que predispuser a intentio legis. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76). 11.3. Como viga-mestra da atuação administrativa, a indisponibilidade do interesse público deve sempre permeá-la. Evidente que ela não pode prevalecer contra disposição legal expressa (afinal, o princípio da legalidade faz parte dessa indisponibilidade), mas ela se sobrepõe a institutos formais, como a preclusão processual, quando não estão expressos na legislação para determinado caso. Nessa linha, tem-se a seguinte manifestação jurisprudencial: “Na hipótese dos autos, em virtude da indisponibilidade do interesse público, não se opera a preclusão da Fazenda Pública em demonstrar eventual excesso executivo”. (AI nº 2004.04.01.023729-4/PR, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, DJU 29/06/2005). (grifou-se) 11.4. No presente caso, se o despacho decisório inicialmente não homologou a compensação por uma questão prejudicial (incluindo-se a prescrição) e, após trâmite do PAF decide-se essa controvérsia, não há obrigatoriedade de posteriormente homologar a Dcomp se o crédito alegado pelo sujeito passivo, por outro motivo de mérito, não existe (ou mesmo que ele exista, mas não no valor alegado). 11.5. Esse raciocínio não significa vulnerar as decisões provenientes do PAF. É evidente que aquela controvérsia jurídica decidida pelos órgãos julgadores não pode ser modificada. A indisponibilidade do interesse público, contudo, não pode permitir o reconhecimento de uma dívida pública em um valor incorreto e cujo mérito (a questão de fundo) nem foi analisado pela Administração Pública. 12. Sobre a ocorrência de eventual decadência para a Administração Pública não homologar a Dcomp, ressalte-se que o primeiro despacho decisório já não homologou a compensação feita. Após esse momento, independentemente do resultado do julgamento administrativo, somente poderia se falar em algum prazo caso se aceite a prescrição dita intercorrente, o que

não é o caso no âmbito da RFB e da PGFN e também do Judiciário. 12.1. O art. 74, § 5º da Lei nº 9.430, de 1996, dispõe que “o prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação”. Quando a Delegacia da Receita Federal analisa a Dcomp e não homologa a compensação feita, seja a que título for, não há mais o que se falar em prazo decadencial. O “pedido inicial” do procedimento da PER/Dcomp é o pedido de reconhecimento de um crédito num valor certo com a concomitante compensação com um débito do contribuinte com a Fazenda. Nesse momento o débito (ou o crédito tributário) está extinto sob condição resolutória. Se a DRF não homologa a compensação pelo pedido da restituição já ter prescrito, por exemplo, o despacho é líquido: ele não homologa o valor total apresentado. O crédito não está mais extinto: ele passa, nesse momento, a ser exigível.

Conclusão 16. Com base no exposto, conclui-se a) inexistente recurso contra a liquidação pela unidade preparadora de decisão definitiva no processo administrativo fiscal julgando parcialmente procedente lançamento, tendo em vista a coisa julgada material incidente sobre esta lide administrativa, sem prejuízo da possibilidade de pedido de revisão de ofício por inexatidão quanto aos cálculos efetuados; 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;

Assim, dado que estão ainda pendentes de apreciação os elementos constituidores do crédito tributário de que se valeu o interessado para suas compensações, voto no sentido de se **devolver os autos à autoridade unidade de origem (DRF)**, de modo a que, seja apreciado o mérito do direito creditório postulado e da própria compensação formulada pelo contribuinte.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob