



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11020.003118/2006-71
Recurso nº 256.474 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-01.083 – 3ª Turma
Sessão de 25 de agosto de 2010
Matéria Ressarcimento de crédito de Cofins não cumulativa. preclusão, violação à "coisa julgada administrativa", julgamento extra petita
Recorrente Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Interessado Penasul Alimentos Ltda.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2006

Normas Processuais - julgamento pelo colegiado de segunda instância de matéria já decidida em primeira instância e não devolvida no recurso voluntário - Impossibilidade.

O julgamento da causa é limitado pelo pedido, devendo haver perfeita correspondência entre o postulado pela parte e a decisão, não podendo o julgador afastar-se do que lhe foi pleiteado, sob pena de vulnerar a imparcialidade e a isenção, bases em que se assenta a atividade judicante. Viola o princípio da imutabilidade da coisa julgada administrativa a apreciação por julgador *ad quem* de matéria decidida por julgador *a quo* quando predita matéria não foi devolvida à instância superior por meio de recurso **Recurso provido**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso especial para anular os atos processuais a partir do acórdão recorrido, inclusive. Vencida a Conselheira Maria Teresa Martínez López que negava provimento. Os Conselheiros Nanci Gama, Leonardo Siade Manzan e Susy Gomes Hoffmann votaram pelas conclusões.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Henrique Pinheiro Torres - Relator

EDITADO EM: 11/11/2010

Assinado digitalmente em 11-11-2010 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES em 11/11/2010 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Assinado digitalmente em 11-11-2010 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Emite-se em 18-12-2010 pelo Ministério da Fazenda

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, José Luiz Novo Rossari, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Leonardo Siade Manzan, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido.

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da 2ª Turma da DRJ que manteve indeferimento de Pedido de Ressarcimento de créditos da Cofins, incidência não-cumulativa, referentes ao 1º trimestre de 2006.

O órgão de origem reconheceu parcialmente o direito creditório, glosando os valores de transferências de créditos de ICMS para terceiros, considerados como receita a compor o faturamento, sobre o qual são apurados os débitos do PIS e COFINS não-cumulativos segundo a fiscalização

Na Manifestação de Inconformidade o contribuinte se insurge contra a glosa decorrente de transferências de créditos de ICMS e defende aplicação da taxa Selic sobre a parcela deferida

A 2ª Turma da DRJ indeferiu a Manifestação de Inconformidade, interpretando que a transferência em foco é uma cessão de créditos, em que a pessoa jurídica vendedora toma o lugar cedente, o adquirente, o do cessionário, e a Unidade da Federação, o do cedido

Reportando-se à legislação de regência, incluindo a Lei nº 9.718/98, considerou que na incidência das duas Contribuições há generalização, enquanto na exclusão da base de cálculo a norma foi bastante seletiva, restringindo-a a um pequeno rol numerus clausus, no qual o negócio jurídico ora analisado não se enquadrava.

Também entendeu que a cessão em tela não está albergada pela imunidade própria das exportações.

Para amparar sua interpretação, reportou-se à Solução de Consulta Interna da Cosit nº 48, de 30/12/2004, segundo a qual há incidência do PIS, COFINS, IRPJ e CSLL sobre os valores auferidos com a cessão de créditos de ICMS.

No mais, a instância recorrida reputou impossibilitada a aplicação dos juros Selic na espécie, por vedação expressa contida nos arts. 13 e 15 combinados, da Lei nº 10.833/2003, e considerou despidendo haver lançamento na situação em tela.

O Recurso Voluntário, tempestivo, defende, em síntese, que os valores de transferência de ICMS constituem redução de despesa (o valor da rubrica tributos recuperáveis, credora, passa para o ativo), não sendo receita tributável pelo PIS e Cofins.

Ao final requer lhe seja reconhecido o direito à integralidade do crédito pleiteado, com a “correção” pela Selic.

Assinado eletronicamente, em 11/11/2010, pelo Conselheiro CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

Assinado eletronicamente, em 11/11/2010, pelo Conselheiro CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

Assinado eletronicamente, em 11/11/2010, pelo Conselheiro CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

Julgando o feito, a Câmara recorrida deu provimento parcial ao recurso, em acórdão assim ementado:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/2006 a 30/09/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância a quo, exceto quando deva ser reconhecida de ofício.

PEDIDO DE RESSARCIMENTO. COFINS NÃO CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO DOS DÉBITOS. DIFERENÇA A EXIGIR. NECESSIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A sistemática de ressarcimento da COFINS e do PIS não-cumulativos não permite que, em pedidos de ressarcimento, valores de transferências de créditos de ICMS, computados pela fiscalização no faturamento, base de cálculo dos débitos, sejam subtraídas do montante a ressarcir. Em tal hipótese, para a exigência das Contribuições carece seja efetuado lançamento de ofício.

RESSARCIMENTO. COFINS NÃO-CUMULATIVA. JUROS SELIC INAPLICABILIDADE.

Ao ressarcimento não se aplicam os juros Selic, inconfundível que é com a restituição ou compensação, sendo que no caso do PIS e COFINS não-cumulativos os arts. 13 e 15, VI, da Lei nº 10833/2003, vedam expressamente tal aplicação.

Recurso provido em parte..

Inconformada, a PGFN apresentou recurso especial postulando a nulidade do acórdão embargado, por violação dos artigos 128 e 460 do CPC, bem como por divergir de decisão proferida por outro colegiado. Sucessivamente, requereu a reforma do mencionado acórdão com o restabelecimento da decisão de primeira instância.

Contrarrazões do sujeito passivo às fls. 249 a 264.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, dele conheço.

A matéria que se apresenta ao debate passa pela análise de questão processual, qual seja, a possibilidade de o julgador *ad quem* enfrentar matéria decidida pelo julgador *a quo* sem que tal matéria tenha sido devolvida àquele colegiado, ou seja que dita matéria tenha sido abordada no recurso voluntário.

Aqueles que navegam no direito subjetivo sabem ou deveriam saber que o mar processual é bravio e desafiador, quase sempre revoltado e cheio de ondas e marolas que fazem, muitas vezes o barco perder o rumo. Isso faz com que muitos se percam e não consigam completar a travessia. Mas nem tudo está perdido, os instrumentos de navegação vêm, a cada dia, se aperfeiçoando, de tal sorte, que o barqueiro que os utilizar corretamente, nunca perderá o norte e, facilmente, chegará a um porto seguro. Saindo da linguagem figurada para a real, os instrumentos são os princípios gerais e específicos que norteiam a atividade jurisdicional e, por empréstimo, a “judicante” administrativa. Muitos desses princípios são universais, isso quer dizer que estão presente em todos, ou em quase todos, sistemas jurídicos mundiais. Na maioria das vezes, são eles incorporados à legislação processual e até mesmo à constitucional, tornando-se, portanto, obrigatória sua observância. Nos países, como o Brasil, em que a atividade judicante é dissociada da inquisitória, um dos pilares da jurisdição é justamente o princípio da iniciativa da parte, cuja origem remonta ao direito romano onde ao juiz era vedado proceder sem a devida provocação das partes. Predito princípio, versão moderna do *ne procedat iudex ex officio*; *nemo iudex sine actore*, foi consagrado no artigo 2º e, também, no 262, ambos do Código de Processo Civil Brasileiro.

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais

Art. 262 O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Esse princípio tem como corolários (está assentado), dois outros princípios, o **dispositivo** e o **da demanda**, ambos positivados no Código de Processo Civil. Segundo o dispositivo, o julgador deve decidir a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, não lhe sendo permitido perquirir fatos não alegados nem provados por elas. A razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é, justamente, a preservação da imparcialidade do julgador que, em última análise, é o pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição.

Em direito probatório, a norma fundamental que confere expressão legal ao princípio dispositivo encontra-se inserta no artigo ¹333 do CPC o qual incumbe às partes o ônus da prova do por elas alegado. Para o eminente processualista ²Ovídio A. Baptista da Silva, *Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira.*

O princípio dispositivo contrapõe-se ao inquisitório onde são dados ao juiz amplos poderes de iniciativa probatória, a exemplo do direito processual espanhol, italiano etc. Entre nós, o princípio inquisitório tem aplicação bastante restrita, circunscrevendo-se às ações que versem sobre direitos indisponíveis, como ocorre nas ações matrimoniais nas quais a lei confere ao magistrado amplos poderes para investigar os fatos da causa. Essa restrição ao princípio inquisitório é necessária, pois, como bem anotou o professor Ovídio Baptista na ³obra citada linhas acima, *dificilmente teria o julgador condições de manter-se completamente isento e imparcial, se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória.*

Outro princípio que norteia a atividade judicante é o da demanda, que vai balizar o alcance da própria atividade jurisdicional. Aqui, o pressuposto básico é a disponibilidade do direito subjetivo das partes, que têm a faculdade de decidir livremente se o exercerá ou se o deixará de exercê-lo. Isso porque, ninguém poder ser forçado a exercer os direitos que lhe são devidos, tampouco pode-se compelir alguém, contra a própria vontade, a defendê-los perante um órgão julgador, seja ele administrativo ou judicial. Desse pressuposto decorre o princípio, jurisdicizado pelo artigo 2º do CPC, de que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer.

O princípio da demanda também se encontra positivado nos artigos 128 e 460 do CPC, nos seguintes termos:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹ O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

² Curso de Processo Civil, vol. 01, 5ª ed, rev., e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p 60.

³ *Idem*, p. 63.

Art 460 É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado

Traçando-se um paralelo entre o princípio dispositivo e o da demanda, tem-se que o primeiro deles preserva o livre arbítrio das partes na determinação das ações que elas pretendem litigar, enquanto o outro define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação às ações efetivamente ajuizadas pelas partes.

Esse princípio da demanda apresenta-se em nosso ordenamento jurídico como pressuposto a ser seguido por todo o sistema processual, muito raramente, admite exceções ou algum arrefecimento. A quebra desse princípio é raríssima, ocorrendo mais no processo de falência, e, também, nos casos de jurisdição voluntária.

Como consequência lógica dos princípios dispositivos e da demanda, há o que a doutrina denominou de princípio da congruência (adstrição) ou da correspondência, entre o pedido e a sentença, que impede o julgador de atuar sobre matéria que não foi objeto de expressa manifestação pelo titular do interesse. Por conseguinte, é o pedido que limita a extensão da atividade judicante. Daí, considerar-se *extra petita* a decisão sobre pedido diverso daquilo que consta da petição inicial. Será *ultra petita* a que for além da extensão do pedido, apreciando mais do que foi pleiteado. Por fim, é *citra petita* a decisão que não versou sobre a totalidade do pedido.

Em suma, pelo princípio da congruência, deve haver perfeita correspondência entre o pedido e a decisão. Não sendo lícito ao julgador ir além, aquém ou em sentido diverso do que lhe foi pedido. Em outras palavras, o julgamento da causa é limitado pelo pedido, não podendo o julgador dele se afastar, sob pena de vulnerar a imparcialidade e a isenção, bases em que se assenta a atividade judicante.

Assim, o julgado que vai além da matéria devolvida no recurso ao colegiado, indiscutivelmente, viola esses princípios.

De outro lado, o julgador deve observar a definitividade da decisão recorrida (coisa julgada administrativa), não podendo desconSIDERÁ-la, sob pena de nulidade.

No caso sob exame, é patente a violação da definitividade da decisão de primeira instância, pois ao decidir que *a constatação, pelo fisco, de irregularidade na formação da base de cálculo da contribuição, implicará na lavratura de auto de infração para a exigência do valor calculado a menor; jamais um mero acerto escritural de saldos, conforme foi feito neste processo. E que a glosa efetuada no pedido de ressarcimento, em vez do lançamento de ofício pertinente, não pode prosperar*, a Câmara recorrida violou a definitividade da decisão de primeira instância que havia afirmado, justamente o contrário, ao afastar a preliminar de inexistência de lançamento

para cobrança do suposto débito, suscitada na manifestação de inconformidade, e que tal matéria não foi abordada no recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo. Isso porque, não tendo sido recorrida neste ponto, a decisão de primeira instância tornou-se definitiva na esfera administrativa, em relação a tal matéria. Por conseguinte, não poderia o colegiado de segunda instância haver sobre ela se manifestado. Assim o fazendo, rasgou o manto da “coisa julgada” (definitividade da decisão) administrativa, e, com isso, eivou de vício insanável o julgado.

Em síntese, viola o princípio da imutabilidade da coisa julgada administrativa a apreciação por julgador *ad quem* de matéria decidida por julgador *a quo* quando predita matéria não foi devolvida à instância superior por meio de recurso.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional para anular os atos processuais a partir do acórdão recorrido, inclusive, e determinar que outro julgamento seja realizado, observando os princípios norteadores do processo, e a imutabilidade da “coisa julgada” administrativa.

Henrique Pinheiro Torres