



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

Processo nº 13603.001064/2003-31
Recurso nº 139.747 Embargos
Acórdão nº **3101-00.937 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de novembro de 2011
Matéria Finsocial (restituição e compensação)
Embargante BMG LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL
Interessada FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1989 a 30/09/1991

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES.

A omissão do colegiado sobre determinado aspecto do litígio dá azo a embargos de declaração.

NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

As normas que regem o processo administrativo fiscal concedem ao contribuinte o direito de ver apreciada toda a matéria litigiosa em duas instâncias. Supressão de instância é fato caracterizador do cerceamento do direito de defesa. Nula é a decisão maculada com vício dessa natureza.

Processo que se declara nulo a partir do julgamento de primeira instância, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade, em acolher parcialmente os embargos, com efeitos infringentes, para retificar o Acórdão 3101-00.127, de 18 de junho de 2009, e declarar a nulidade dos atos processuais a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que o órgão julgante *a quo* enfrente todas as razões da controvérsia.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente

Tarásio Campelo Borges - Relator

Formalizado em: 18/11/2011

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Corinθο Oliveira Machado, Henrique Pinheiro Torres, Leonardo Mussi da Silva, Luiz Roberto Domingo, Tarásio Campelo Borges e Valdete Aparecida Marinheiro.

Relatório

Tratam os autos de embargos de declaração ^[1] manejados por BMG LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL em face do Acórdão 3101-00.127, de 18 de junho de 2009, da lavra deste relator, no qual restou solucionado litígio inerente a compensações declaradas de direitos creditórios jurisdicionalmente tutelados da contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial) ^[2] com débitos de natureza tributária administrados pela Receita Federal.

A embargante denuncia contradição e omissão no aresto sob três fundamentos:

- contradição entre os fundamentos e o dispositivo quanto ao argumento preliminar (crédito tributário não teria sido devidamente constituído);

- omissão do acórdão quanto à alegada aplicação supletiva da Norma de Execução conjunta SRF/Cosit/Cosar 8, de 1997; e

- omissão do acórdão quanto à alegada homologação tácita das compensações relativas aos fatos geradores de setembro e outubro de 1999.

Na inauguração do litígio, foram oferecidas três razões principais:

- critério de atualização monetária dos créditos (o sujeito passivo alegava ter utilizado os índices da Norma de Execução Cosit/Cosar 8, de 27 de julho de 1997; e acusava o fisco de ter feito uso do IPC, do INPC e da UFIR até 31 de dezembro de 1995, com os expurgos inflacionários judicialmente reconhecidos);

- homologação tácita ^[3], pelo decurso do prazo de cinco anos, da compensação declarada em DCTF para extinguir débitos declarados da Cofins relativa aos fatos geradores de setembro e de outubro de 1999; e

¹ Embargos de declaração às folhas 151 e 152.

² Recolhimentos do Finsocial calculados mediante a aplicação de alíquotas superiores a 0,5% (meio por cento).

³ Em 30 de junho de 2005, data do despacho decisório de folhas 298 a 301 (volume I).

- busca amparo em julgados do STJ para afirmar que “quando o contribuinte declara determinado tributo em DCTF e não procede ao recolhimento do mesmo, essa ‘declaração’ já equivaleria ao próprio lançamento, dispensando o Fisco de formalizar o lançamento através de Auto de Infração” [4].

O órgão judicante de primeira instância administrativa silenciou quanto à homologação tácita. No enfrentamento do discutido critério de atualização monetária, decidiu: “A sentença definitiva em ação judicial produz efeitos nos estritos termos em que foi passada.” [5]

No recurso voluntário, parte as razões iniciais são reiteradas, noutras palavras. Contraditoriamente, traz uma preliminar de ausência de constituição do crédito tributário, apoiada no artigo 90 da MP 2.158-35, de 2001 [6], na Solução de Consulta Interna Cosit 3, de 8 de janeiro de 2004, e em julgamento do STJ, para concluir: “caso a Fiscalização entendesse que compensação seria indevida e que haveria débito fiscal em aberto, teria [que] constituir seu crédito tributário por meio de auto de infração” [7]

O critério da atualização monetária dos créditos a compensar é novamente discutido, em longo arrazoado. Nesse particular, assevera que *a contrário* do decidido pela DRJ, a correção monetária de seus créditos deve ser maximizada mediante uso da decisão judicial em conjunto com a Norma de Execução Cosit/Cosar 8, de 1997.

Neste colegiado, por unanimidade, as controvérsias foram resolvidas na forma do voto condutor do acórdão embargado que ora transcrevo:

Conheço do recurso voluntário interposto às folhas 372 a 384 (volume II), porque tempestivo e atendidos os demais requisitos de admissibilidade.

Versa o litígio, conforme relatado, sobre manifestação de inconformidade [8] da interessada contra homologação parcial das compensações declaradas de direitos creditórios da contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial) com débitos de natureza tributária administrados pela SRF, fundado em tutela jurisdicional com trânsito em julgado.

Preliminarmente, a despeito da competência da Secretaria da Receita Federal para disciplinar as regras da compensação de créditos tributários, outorgada pelo § 5º do artigo 74 Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996 [9], com a

⁴ Manifestação de inconformidade, folha 344 (volume I), segundo parágrafo.

⁵ Acórdão relativo ao julgamento de primeira instância, ementa.

⁶ MP 2.158-35, de 2001, artigo 90: Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

⁷ Recurso voluntário, folha 374 (volume II).

⁸ Manifestação de inconformidade acostada às folhas 337 a 347 (volume I).

⁹ Lei 9.430, de 1996, artigo 74: O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer

redação dada pelo artigo 49 da Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 ^[10], entendendo que a cobrança de valores formalmente confessados e declarados à Receita Federal em procedimento de compensação de créditos tributários é matéria estranha à competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em face do disposto no artigo 25, inciso II ^[11], c/c artigo 9º, *caput* ^[12], ambos do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972.

No que respeita à atualização monetária dos créditos, o Superior Tribunal de Justiça ^[13], em sede de embargos de declaração no recurso especial, fixou os expurgos inflacionários ^[14] inerentes ao caso concreto bem como determinou o uso do IPC ^[15], do INPC ^[16] e da UFIR ^[17].

In casu, nenhuma controvérsia existe acerca da adoção desses índices nem desses expurgos inflacionários no cálculo da atualização monetária dos créditos tributários reclamados pela ora recorrente. O desejo dela é ora utilizar os índices judicialmente definidos, ora utilizar os índices previstos na Norma de Execução Cosit/Cosar 8, de 27 de julho de 1997.

Nesse particular, ainda em preliminar ao mérito, entendo que o ajuizamento de ação judicial implica em renúncia ao direito de questionar igual matéria na via administrativa e desistência de recurso eventualmente interposto, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.

tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. [...] (§ 5º) A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo. (NR)

- ¹⁰ Na data de 30 de junho de 2005, data do despacho decisório de folhas 298 a 301 (volume I), a matéria estava regulada na IN SRF 460, de 18 de outubro de 2004 [posteriormente revogada pela IN SRF 600, de 2005], norma adjetiva, cujo artigo 26 enunciava: “O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela SRF. [...] (§ 4º) A Declaração de Compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados. [...]”.
- ¹¹ Decreto 70.235, de 1972, artigo 25: O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) [...] (II) em segunda instância, aos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, com a ressalva prevista no inciso III do § 1º. [...].
- ¹² Decreto 70.235, de 1972, artigo 9º: A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) [...].
- ¹³ Inteiro teor do voto condutor do acórdão da Primeira Turma do STJ acostado à folha 99.
- ¹⁴ Expurgos inflacionários: 10,14% para o mês de fevereiro de 1989; 30,46% para o mês de março de 1990; 44,80% para o mês de abril de 1990.
- ¹⁵ IPC: até a data da vigência da Lei 8.177, de 1991 (artigo 4º).
- ¹⁶ INPC: na vigência da Lei 8.177, de 1991 (artigo 4º).
- ¹⁷ UFIR: a partir de janeiro de 1992, inclusive julho e agosto de 1994, na forma recomendada pela Lei 8.383, de 1991.

Ademais, dada a prerrogativa constitucional do poder judiciário para o controle jurisdicional dos atos administrativos, tenho por certo irrelevante distinguir se a ação judicial está em curso ou se transitou em julgado, porquanto a decisão lá proferida será sempre soberana.

Por conseguinte, resta caracterizada a renúncia implícita à via administrativa nas razões do recurso voluntário vinculadas à atualização monetária dos créditos da contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial).

Com essas considerações: (1) não conheço das razões do recurso voluntário quanto aos débitos discutidos, matéria estranha à competência deste colegiado; e (2) nego provimento ao recurso voluntário quanto à atualização monetária dos créditos alegados pelo sujeito passivo, matéria já decidida pelo poder judiciário.

Os autos do processo ora submetidos a julgamento têm 422 folhas nos dois volumes principais. Na última delas despacho de encaminhamento para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tarásio Campelo Borges (Relator)

Conheço dos embargos de declaração, porque tempestivos e atendidos os demais requisitos para sua admissibilidade.

Conforme relatado, a embargante vislumbra a ocorrência de contradição e omissão no Acórdão 3101-00.127, de 18 de junho de 2009, sob três fundamentos:

- contradição entre os fundamentos e o dispositivo quanto ao argumento preliminar (crédito tributário não teria sido devidamente constituído);
- omissão do acórdão quanto à alegada aplicação supletiva da Norma de Execução conjunta SRF/Cosit/Cosar 8, de 1997; e
- omissão do acórdão quanto à alegada homologação tácita das compensações relativas aos fatos geradores de setembro e outubro de 1999.

Nada obstante, inexistente no voto condutor do acórdão embargado a alegada **contradição entre os fundamentos e o dispositivo quanto ao argumento preliminar**

(crédito tributário não teria sido devidamente constituído mediante lavratura de auto de infração).

Com efeito, no julgamento de segunda instância administrativa, este colegiado, noutra composição, por unanimidade, adotou como fundamento da decisão a falta de competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para o enfrentamento de litígios decorrentes da cobrança de débitos do contribuinte formalmente confessados e declarados à Receita Federal em procedimento de compensação de créditos tributários.

No dispositivo, alinhado com os fundamentos do voto condutor do acórdão embargado, o colegiado não conheceu das razões do recurso voluntário, nesse aspecto particular.

Outrossim, a grande contradição foi produzida pela ora embargante, porquanto:

(1) na inauguração do litígio, a impugnante busca amparo em julgados do STJ para afirmar que “quando o contribuinte declara determinado tributo em DCTF e não procede ao recolhimento do mesmo, essa ‘declaração’ já equivaleria ao próprio lançamento, dispensando o Fisco de formalizar o lançamento através de Auto de Infração” [18]; e

(2) no recurso voluntário, a recorrente defende tese oposta quando se apóia no artigo 90 da MP 2.158-35, de 2001 [19], na Solução de Consulta Interna Cosit 3, de 8 de janeiro de 2004, e em julgamento do STJ, para concluir: “caso a Fiscalização entendesse que compensação seria indevida e que haveria débito fiscal em aberto, teria [que] constituir seu crédito tributário por meio de auto de infração” [20].

Assim como na inexistente contradição, não há se falar em **omissão do acórdão embargado quanto à alegada aplicação supletiva da Norma de Execução conjunta SRF/Cosit/Cosar 8, de 1997.**

A propósito, trago à colação dois parágrafos do voto condutor do aresto no qual o tema é enfrentado:

No que respeita à atualização monetária dos créditos, o Superior Tribunal de Justiça [21], em sede de embargos de declaração no recurso especial,

¹⁸ Manifestação de inconformidade, folha 344 (volume I), segundo parágrafo.

¹⁹ MP 2.158-35, de 2001, artigo 90: Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

²⁰ Recurso voluntário, folha 374 (volume II).

²¹ Inteiro teor do voto condutor do acórdão da Primeira Turma do STJ acostado à folha 99.

fixou os expurgos inflacionários ^[22] inerentes ao caso concreto bem como determinou o uso do IPC ^[23], do INPC ^[24] e da UFIR ^[25].

In casu, nenhuma controvérsia existe acerca da adoção desses índices nem desses expurgos inflacionários no cálculo da atualização monetária dos créditos tributários reclamados pela ora recorrente. O desejo dela é ora utilizar os índices judicialmente definidos, ora utilizar os índices previstos na Norma de Execução Cosit/Cosar 8, de 27 de julho de 1997.

Contudo, de fato, o acórdão embargado é omissos quanto à alegada **homologação tácita de compensações para extinção de créditos tributários da União relativos a fatos geradores de setembro e outubro de 1999.**

Essas compensações foram declaradas nas DCTF de folhas 109 e 110 ^[26]. Em ambas, consta, na parte inferior do formulário:

- formalização do pedido: judicial
- processo/DCOMP: 9300173448
- medida judicial: outras
- Vara: 11
- município: Belo Horizonte
- UF: MG

Relevante para a solução deste litígio, a ciência da homologação parcial das compensações declaradas se deu por intermédio do Ofício 351, de 8 de março de 2006, expedido pela DRF Contagem (MG), correspondência acostada à folha 321. AR à folha 336. Data da recepção pelo contribuinte: 14 de março de 2006.

Apesar disso, o julgamento de primeira instância, no enfrentamento dessa questão, foi conduzido pelo trecho do voto que transcrevo:

Argumenta, ainda, a interessada, que os valores relativos aos fatos geradores de setembro e outubro de 1999, foram devidamente declarados em DCTF como sendo objeto de compensação, sendo que a autoridade fazendária dispunha de 5 anos para homologar ou não a compensação.

²² Expurgos inflacionários: 10,14% para o mês de fevereiro de 1989; 30,46% para o mês de março de 1990; 44,80% para o mês de abril de 1990.

²³ IPC: até a data da vigência da Lei 8.177, de 1991 (artigo 4º).

²⁴ INPC: na vigência da Lei 8.177, de 1991 (artigo 4º).

²⁵ UFIR: a partir de janeiro de 1992, inclusive julho e agosto de 1994, na forma recomendada pela Lei 8.383, de 1991.

²⁶ Processo 13603.000595/98-42, conforme penúltimo parágrafo do voto condutor do Acórdão 02-14.427, de 11 de junho de 2007, da Primeira Turma da DRJ Belo Horizonte (MG) (folha 365).

Inicialmente, deve ser dito sobre esse ponto, que o trânsito em julgado se deu em 17/04/2002. A ilação que se faz da alegação da interessada, à luz da data do trânsito em julgado é que, quando da apresentação da DCTF, o crédito não existia, o que permite concluir que a informação foi, no mínimo, equivocada.

Ademais, verifica-se que a compensação de créditos tributários em favor do contribuinte com débitos tributários, não é uma liberalidade que pode ser exercida ao bel prazer deste, devendo ser seguidos os princípios, institutos e normas do Direito Tributário. Por ordem cronológica, houve a permissão para a compensação direta pelo contribuinte entre tributos de mesma espécie a partir de 1992 (Lei nº 8.383/1991), posteriormente explicitada, clareando o entendimento contido, em 1995, para que só os tributos de mesma espécie e destinação constitucional fossem passíveis de compensação direta pelo contribuinte (Lei nº 9.250/1995). Posteriormente, os tributos e contribuições de diferentes espécies e destinações constitucionais puderam ser objeto de compensação, mas de forma indireta, ou seja, através de pedido realizado pelo contribuinte à Fazenda Pública, a partir de 1997 (Lei nº 9.430/1996 e Decreto 2.138/1997). Por fim (considerando o período abrangido pelos pedidos da empresa), o contribuinte poderia fazer a compensação direta de qualquer tributo administrado pela Receita Federal, desde que informando ao Fisco através de declaração, sob condição resolutória de ulterior homologação (Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, transformada na Lei nº 10.637, de 30/12/2002).

O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações posteriores, citado pela interessada, deixa claro em seu caput que, em se tratando de crédito judicial, só pode ser objeto de restituição/compensação aqueles com trânsito em julgado, o que não era o caso da interessada quando do pedido constante do processo 13603.000595/98-42, pois o trânsito em julgado se deu em 17/04/2002. Os demais pedidos, sim, foram formulados após o trânsito em julgado, não tendo ocorrido o prazo de 5 anos de que dispõe a autoridade fazendária para homologar ou não a compensação.

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de não acolher a reclamação contra o despacho decisório da DRF Contagem.

Tal e qual se deu na segunda instância, a homologação tácita de compensações para extinção de créditos tributários da Fazenda Nacional relativos a fatos geradores ocorridos em setembro e em outubro de 1999 também não foi enfrentada, preliminarmente, no julgamento proferido pelo órgão judicante *a quo*, cuja decisão de mérito teve como fundamento a inexistência do trânsito em julgado do título judicial à época em que foi oferecido como suporte dos créditos alegados pelo sujeito passivo da obrigação tributária no processo administrativo 13603.000595/98-42.

Por conseguinte, em sede de preliminar, entendo a falta de exame do litígio pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento como supressão de instância, fato caracterizador de cerceamento de direito de defesa.

Com essas considerações, acolho, parcialmente, os embargos de declaração, com efeitos infringentes, e, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição e amparado em precedentes deste colegiado (precedentes relacionados com a observância ao princípio do duplo grau de jurisdição), voto pela declaração de nulidade dos atos processuais a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que o órgão judicante *a quo* enfrente todas as

razões da controvérsia, mormente a preliminar de homologação tácita de compensações para extinção de créditos tributários da Fazenda Nacional relativos a fatos geradores ocorridos em setembro e em outubro de 1999.

Tarásio Campelo Borges