



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.000287/2002-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-009.404 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de novembro de 2021
Recorrente BEIRA MAR EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/03/1997

AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. SÚMULA CARF N. 1.

Nos termos da Súmula Carf nº 1, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo.

AÇÃO JUDICIAL EXTINTA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. IRRETRATABILIDADE.

A renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação, sendo irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/03/1997

NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO FORMAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade de Auto de Infração fundamentado com as razões de fato e de direito que ensejaram o lançamento do crédito tributário, especialmente quando não identificado qualquer cerceamento ao direito de defesa da parte autuada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do Recurso Voluntário, por concomitância da discussão de matéria nas esferas judicial e administrativa, para, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mara Cristina Sifuentes, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Arnaldo Diefenthaler Dornelles, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Carlos Delson Santiago (suplente convocado(a)), Laercio Cruz Uliana Junior, Marcio Robson Costa, Helcio Lafeta Reis (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 80 a 88) interposto em 18/04/2007 contra decisão proferida no Acórdão 15-12.093 - 4ª Turma da DRJ/SDR, de 30 de janeiro de 2007 (e-fls. 67 a 75), que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte o lançamento relativo à COFINS, tendo sido exonerada a multa de ofício.

Os fatos iniciais constam do relatório do referido Acórdão, que reproduzo a seguir:

Contra a empresa qualificada em epígrafe foi lavrado o Auto de Infração eletrônico nº 0000838 (fls. 05 e 07 e Demonstrativos de fls. 06 e 08), para exigir a para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativa ao 1º trimestre do ano-calendário de 1997, no valor de R\$ 250.206,70, acrescida de multa de ofício e juros de mora.

O enquadramento legal aponta infração aos artigos 1º a 4º da Lei Complementar nº 70, de 1991; 1º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; 57 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995; arts. 56 e parágrafo único, 60 e 66 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A interessada apresentou em 09/01/2002 a impugnação de fls. 01/07, conforme sintetizada abaixo:

- Requer a nulidade do auto de infração por não conter no relatório as formalidades e os requisitos essenciais exigidos no art. 10, de Decreto nº 70.235/72;
- É contribuinte do PIS, instituída pela LC nº 7/70, que teve sua sistemática alterada pelos Decretos-leis nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988, mas, o Supremo Tribunal no RE nº 148.754-2 declarou a inconstitucionalidade desses decretos, e o Senado Federal os extirpou do mundo jurídico através da Resolução do Senado nº 49, de 09 de outubro de 1995;
- Tem lícito direito de ser ressarcida dos pagamentos indevidamente feitos a maior conforme art. 165 do Código Tributário Nacional e art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, direito que vem sendo reconhecido pelos arts. 73 e 74, da Lei nº 9.430/96, art. 1º do Decreto nº 2.138/97 e Instrução Normativa nº 21/97, art. 17, que transcreve;
- Ajuizou a ação ordinária nº 95.0002467-5 perante a 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, sendo deferida a antecipação de tutela autorizando a compensação requerida nos termos da inicial, impedindo inclusive as sanções quanto às parcelas compensadas, logo se conclui que todo o período integrante do fato gerador deste Auto de infração está devidamente compensado com os créditos do PIS e apesar disso a Secretaria da Receita Federal - SRF deu prosseguimento ao auto numa atitude arbitrária, com abuso de poder;
- Estando o suposto débito devidamente quitado através de compensação com quantias pagas do PIS e a matéria *sub-judice* a autuação é ineficaz, nula de pleno direito;

- Não cabe a multa de ofício e juros de mora nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, concluindo que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa.
- Requer o cancelamento do auto de infração.

O julgamento em primeira instância, formalizado no Acórdão 15-12.093 - 4ª Turma da DRJ/SDR, resultou em uma decisão de procedência parcial do lançamento, com exoneração da multa de ofício, ancorando-se nos seguintes fundamentos: (a) que a interposição de ação judicial, ainda que preencha as condições do art. 151 do CTN para suspender a exigibilidade do crédito, não tem o condão de impedir o fisco de efetuar o lançamento de ofício, uma vez que essa atividade é vinculada e obrigatória; (b) que as hipóteses de nulidade, previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não se observam no presente caso; (c) que a identificação do fato material que deu origem à autuação está perfeitamente caracterizada no corpo do Auto de Infração, nele constando, ainda, a data de ocorrência do fato gerador, o valor tributável e o percentual de multa de ofício aplicado; (d) que os demonstrativos anexos à autuação contêm os cálculos de apuração do valor da contribuição devida, bem como dos respectivos acréscimos legais, juros de mora e multa de ofício; (e) que não se discutiu se o contribuinte possuía ou não créditos em suficiência ou mesmo se o procedimento adotado foi realizado dentro do prazo decadencial, tendo em vista que essa matéria foi objeto de ação judicial; (f) que a discussão ficou restrita à regularidade do procedimento adotado pelo contribuinte ante a legislação que disciplina a matéria; (g) que se o direito creditório depender de reconhecimento por parte da autoridade tributária ou de decisão judicial, a compensação somente poderia ser efetivada após esse reconhecimento, por ainda não haver a certeza e liquidez exigidas; (h) que a IN SRF nº 21, de 1997, alterada pela IN SRF nº 73, de 1997, e, posteriormente, o art. 170-A do CTN, condicionam a compensação, quando houver discussão judicial, ao trânsito em julgado da ação judicial; (i) que constando a parcela vinculada declarada em DCTF, não há que se falar em constituição do crédito tributário com multa de ofício; (j) que a multa de ofício é indevida face ao art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, e ao entendimento exposto na Solução de Consulta Interna Cosit nº 03, de 2004; (k) que, em face da retroatividade benigna, prevista no inciso II do art. 106 do CTN, deve-se exonerar a contribuinte da multa de ofício; e (l) que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Cientificada da decisão da DRJ em 19/03/2007 (Aviso de Recebimento dos Correios na e-fl. 79), a empresa apresentou Recurso Voluntário em 18/04/2007 (visto de recebido na e-fl. 80), argumentando, em síntese, que: (a) o Auto de Infração é nulo por não conter relatório indispensável para sua lavratura, conforme dispõe o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972; (b) o STF, no julgamento do RE 148754-2, declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988, tendo eles sido extirpados do mundo jurídico por meio da publicação da Resolução do Senado nº 49, de 1995; (c) tem direito de ser ressarcida dos pagamentos indevidamente feitos a maior, por meio da compensação não pagas do próprio PIS, por força do disposto no art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991; (d) para fazer valer o direito, ajuizou ação ordinária, sendo deferida antecipação de tutela que autorizou a compensação requerida nos termos da inicial, impedindo, inclusive, a aplicação de sanções quanto às parcelas compensadas; (e) todo o período integrante do fato gerador do Auto de Infração está devidamente compensado com créditos da Contribuição para o PIS; e (e) a RFB agiu de forma arbitrária e com abuso de poder ao dar prosseguimento ao Auto de Infração contestado.

Vindo o Recurso Voluntário para apreciação deste Conselho, a Turma julgadora resolveu, em 04/07/2011, por meio da Resolução 3801-000.212 (e-fls. 104 a 107), converter o julgamento em diligência à DRF de origem para que fosse informado o andamento processual (Ação Ordinária nº 95.0002467-5/RJ), com a anexação aos autos das decisões prolatadas (definitivas ou interlocutórias), e para que fosse informado, caso mantida a antecipação de tutela na data da lavratura do Auto de Infração eletrônico nº 0000838, se o crédito autorizado na antecipação de tutela foi suficiente para a compensação realizada.

Após realização da diligência, a fiscalização juntou os documentos solicitados ao processo e elaborou a Informação Fiscal de e-fls. 318 a 320, onde informou que os créditos reconhecidos na decisão de antecipação dos efeitos da tutela em favor do contribuinte (666.545,48 UFIR) e da empresa incorporada - LITORAL NORTE DISTRIBUIDORA LTDA – CNPJ: 16.333.890/0001-93 (485.594,65 UFIR) – foram suficientes para extinguir totalmente os débitos constantes no presente auto de infração.

Não tendo a ora recorrente se manifestado em relação à Informação Fiscal produzida pela fiscalização, os autos retornaram para este Colegiado para conclusão do julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Arnaldo Diefenthaler Dornelles, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, razão pela qual dele se toma conhecimento, exceto na parte onde restou caracterizada a coincidência de matéria discutida na esfera judicial.

Da preliminar de nulidade

Em sede de preliminar, “requer a recorrente seja considerado nulo o presente auto de infração, por não conter no mesmo relatório indispensável para sua lavratura, conforme dispõe o artigo 10º do Decreto nº 70.235/72”.

Ao reproduzir o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, a recorrente sublinha, especificamente, o inciso III, que trata da obrigatoriedade de o Auto de Infração conter a descrição dos fatos.

Sem identificá-los, traz o que seriam cinco ementas de Acórdãos proferidos pelos antigos Conselhos de Contribuintes, que dispõem sobre a nulidade formal do Auto de Infração pela não observância dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Mas a razão não assiste a recorrente.

Como bem observado pelo relator do Acórdão recorrido, “a identificação do fato material que deu origem à autuação está perfeitamente caracterizada no corpo do auto de infração, nele constando, ainda, a data de ocorrência do fato gerador, o valor tributável e o

percentual de multa de ofício aplicado”. Além disso, “os demonstrativos anexos à autuação contêm os cálculos de apuração do valor da contribuição devida, bem como dos respectivos acréscimos legais, juros de mora e multa de ofício. Tais anexos fazem parte integrante do auto de infração, conforme consta em sua folha de rosto, e sua utilização, assim como a de eventual relatório fiscal necessário ao esclarecimento das circunstâncias em que se deu a autuação, não afetam o lançamento, desde de que se dê ciência ao contribuinte de tais documentos, a fim de que possa exercer plenamente seu direito de defesa”.

Não obstante, mesmo que algum vício formal pudesse ser observado no Auto de Infração objeto de questionamento, o que se refere aqui apenas para fins de argumento, visto não ser esse o caso, a nulidade só seria autorizada na hipótese em que esse vício tivesse, de alguma forma, contribuído para a preterição do direito de defesa da parte autuada, conforme dispõe o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Porém, não é o que se observa no presente processo. A defesa apresentada pela recorrente, tanto em sede de impugnação quanto em sede recursal, demonstram total compreensão da autuação que lhe foi imputada, não havendo qualquer referência por parte da recorrente a qualquer cerceamento ao seu direito de defesa.

Em resumo, não há o vício formal alegado pela recorrente e, mesmo se houvesse, não foi identificado qualquer cerceamento ao direito de defesa capaz de ensejar, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, a nulidade do Auto de Infração.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, arguida pela recorrente em razão de suposto vício formal.

Do direito à compensação

Reclama a recorrente ter direito “de ser ressarcida (sic!) dos pagamentos indevidamente feitos a maior (art. 165, CTN), através da compensação com prestações não pagas do próprio PIS, por força do disposto no artigo 66 da Lei nº 8.383/91”.

Diz que os “pagamentos indevidamente feitos a maior” têm origem na majoração da base de cálculo e da alíquota da Contribuição para o PIS introduzidas pelos Decretos-Lei nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que foram declarados inconstitucionais pelo STF (RE 148754-2)

e “extirpados do mundo jurídico através da publicação da Resolução nº 49, de 09 de outubro de 1995”.

Acrescenta que, “para fazer valer esse direito, a ora recorrente ajuizou ação ordinária, já acostada à impugnação (doc.01), perante a 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro”.

Sobre esse assunto, a DRJ deixou de se manifestar justamente pelo fato de ter sido proposta ação judicial para discussão da matéria, o que, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, implica em renúncia à discussão na instância administrativa:

No presente litígio, deixa-se de discutir se o contribuinte possuía ou não créditos em suficiência ou mesmo se o procedimento adotado foi realizado dentro do prazo decadencial, tendo em vista que essa matéria foi objeto da ação judicial proposta pelo contribuinte, cabendo a discussão quanto à regularidade do procedimento adotado pelo contribuinte ante a legislação que disciplina a matéria.

E de fato, se olharmos o pedido de aditamento da inicial das e-fls. 25 a 35, onde a recorrente, juntamente com outras 77 empresas, solicita seu ingresso como litisconsorte ativa no processo nº 95.0002467-5, veremos que a causa de pedir é exatamente essa que aqui se pretende discutir:

Realmente as requerentes desejam seja reconhecido o seu direito ao ressarcimento das quantias pagas indevidamente à contribuição para o PIS, alterada pelos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº. 148.754-2; esse ressarcimento será efetivado através de compensação e acrescido de correção monetária e dos juros de mora, tudo contado a partir de cada pagamento indevido, com prestações vencidas e/ou vincendas das demais contribuições sociais-previdenciárias, quais sejam, a contribuição para o próprio PIS, a contribuição social sobre o faturamento - COFINS e a contribuição social para o INSS, sobre a folha de salários (parte patronal, aí incluída a nova contribuição para a Seguridade Social sobre as remunerações pagas ou creditadas aos empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas sem vínculo empregatício, instituída pela Lei Complementar nº. 84/96, de 19/01/96).

Dessa forma, é de se reconhecer a concomitância da discussão aqui pretendida pela recorrente com aquela levada à apreciação do Poder Judiciário, o que enseja a aplicação da Súmula Carf nº 1:

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

O que se poderia contrapor, para fins de não aplicação dessa Súmula, é o fato de a recorrente ter sido excluída do processo judicial sem que tenha sido proferida decisão de mérito em relação a ela, o que lhe permitiria retornar à discussão na esfera administrativa. Mas esse é um argumento que não tem como prosperar, uma vez que a opção pela via judicial é irretratável.

Sobre isso, reproduzo os argumentos apresentados no Parecer Normativo Cosit nº 7, de 2014, com os quais concordo e os quais uso como razão de decidir:

Da extinção do processo judicial sem resolução de mérito

19. Cabe a análise do aspecto concernente à opção do contribuinte pela discussão da matéria controvertida no âmbito judicial, em que se decidiu pela extinção do processo sem resolução do mérito, por uma das hipóteses listadas de forma não taxativa no art. 267 do CPC, o que poderia provocar dúvidas quanto à possibilidade de se retomar o julgamento administrativo da lide quanto ao objeto colidente.

19.1. Entende-se que a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação, mesmo porque, embora se trate de uma forma anormal de extinção do processo (a normal seria com resolução de mérito), é uma das duas formas possíveis, colocadas lado a lado nos arts. 267 e 269 do CPC. Ainda, o art. 268 do CPC faculta ao autor intentar de novo a ação judicial quando foi extinto o processo sem resolução de mérito, salvo as hipóteses ali trazidas. Nessa linha:

O direito atual dá mostras patentes e até desnecessárias de não aceitar esse sistema de extinção do direito. Já no plano infraconstitucional, a permissão de repropor em juízo a mesma pretensão depois de extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, arts. 28 e 268) tem por óbvia premissa a subsistência do direito apesar da experiência processual frustrada. Nem poderia ser de outro modo, porque dar por extinto o direito nessa situação, ou mesmo fechar as portas do Poder Judiciário para sua defesa, seriam efeitos abertamente transgressivos às garantias constitucionais de acesso à justiça e do devido processo legal (supra, nn. 94-95). Essa transgressão ocorreria tanto pela extinção do próprio direito pleiteado, como também, a fortiori, dos direitos concorrentes não pleiteados. No direito moderno a propositura da demanda não tem esse efeito extintivo.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55-57)

19.2. As hipóteses que ensejam a extinção do processo sem resolução de mérito, previstas no art. 267 do CPC, configuram, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito (à semelhança do que prevê o art. 28 do Decreto nº 70.235, de 1972, abaixo reproduzido), o que pode dar azo a novo pleito na via judicial sobre a questão versada nos autos.

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

19.3. Tendo propiciado a extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, deve o contribuinte arcar com o ônus da irreversibilidade da renúncia à via administrativa, materializada pela escolha da seara judicial.

20. Interessante discurrir, neste ponto, sobre a decisão exarada em Embargos de Declaração interpostos pela Fazenda Nacional no REsp nº 840.556-AM, em face do acórdão prolatado pela Colenda Primeira Turma do STJ. Vide a ementa do acórdão originário antes de sua correção mediante embargos:

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. A exegese dada ao dispositivo revela que: "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. (...) Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila. Direito Processual Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 349).

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, despicinda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjugava-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional.

6. Mutatis mutandis, mencionada exclusão não pode ser tomada com foros absolutos, porquanto, a contrario sensu, torna-se possível demandas paralelas quando o objeto da instância administrativa for mais amplo que a judicial.

7. Outrossim, nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa, caso a demanda judicial seja extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), pelo que não estará solucionado a relação do direito material.

8. Recurso Especial provido, divergindo do ministro relator. (grifou-se)

20.1. Apontando contradição no julgamento, a Fazenda Nacional interpôs os aludidos embargos, argumentando que o acórdão incorreu em obscuridade ao fazer a afirmação contida no item 7 da ementa acima transcrita, tendo em vista que o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, não exige que a demanda judicial seja apreciada com resolução do mérito, referindo-se apenas à proposição da ação judicial.

20.2. Com isso, a Fazenda faz os seguintes questionamentos:

c) Indaga-se: tendo em vista a natural demora da tramitação de um processo judicial, vindo este a transitar em julgado, com extinção do processo sem julgamento do mérito, a possibilidade de reingresso na esfera administrativa, tal como admitida no v. acórdão embargado, implicaria na anulação de todos os atos ali praticados, vale dizer, reabertura de prazo para impugnação, se for o caso, conhecimento e julgamento do recurso/impugnação interposto, ou apenas este último?

d) Por outro lado, se já ajuizada a execução fiscal - uma vez que definitiva a constituição do crédito tributário na forma dos artigos 42 e 43 do Decreto 70.235/72 - e admitindo como positivo a resposta à indagação anterior igualmente se poderia falar em nulificação até dos atos judiciais praticados no âmbito do processo de execução, considerando-se que, neste caso, poderia o contribuinte deduzir, nos embargos do devedor, toda a matéria útil à defesa, na forma do art. 16, § 2º, da Lei n.º 6.830/80?

e) admitir tal possibilidade coloca em risco os princípios que se pretendeu prestigiar, qual seja, o da economia e da celeridade processual.

20.3. Os Embargos de Declaração foram acolhidos com base nas disposições do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, do qual se extrai que o ingresso do contribuinte na via judicial importa em renúncia ao poder de recorrer na via administrativa, ou desistência do recurso interposto, e não em suspensão. Daí resultou a alteração do item 7 da ementa do acórdão, que passou a ter a redação abaixo, com os grifos originais:

7. Insta observar que o ingresso do contribuinte na via judicial importa em renúncia da via administrativa, ou desistência do recurso interposto, e não em suspensão, nos exatos termos do parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 6.830/80, verbis:

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.

20.4. Assim sendo, a definitividade da renúncia às instâncias administrativas alcança: (i) os casos em que foi formulada a impugnação do lançamento, apresentada a manifestação de inconformidade ou interposto o recurso administrativo correspondente (inclusive nos processos que não envolvem crédito tributário) antes da opção pela via judicial; e (ii) os casos em que esta opção, na hipótese de propositura de ação preventiva, precedeu a impugnação, a manifestação de inconformidade ou o recurso, mesmo que o prazo para ingressar na via administrativa ainda não tenha sido fulminado pela perempção. Isto porque o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, traz como consequências da propositura de ação judicial: i) a desistência do recurso administrativo acaso interposto e ii) a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa.

20.5. Por fim, não importa se a ação judicial foi extinta com ou sem resolução do mérito, já que, como argumentou a Fazenda Nacional nos embargos retromencionados, o dispositivo em referência não condiciona a renúncia à via administrativa à apreciação da demanda judicial com resolução do mérito, referindo-se apenas à propositura da ação judicial (aí incluídos os casos de petição inicial inepta - arts. 267, inciso I, e 295 do CPC).

É nesse sentido que foram prolatadas as seguintes decisões deste Conselho:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo.

AÇÃO JUDICIAL EXTINTA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. PARECER NORMATIVO COSIT Nº 7/2014.

A renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação, sendo irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito.

(Acórdão: 1001-001.866, de 07/07/2020 – Processo nº 19740.000170/2007-33 – Relatora: Andréa Machado Millan)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 1997

PROPOSITURA DE Ação JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

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. (Súmula CARF nº 1 Portaria MF nº 383 DOU de 14/07/2010)

PROPOSITURA DE Ação JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DECISÃO JUDICIAL EXTINTA SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO.

A propositura de ação judicial afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria objeto da mesma pretensão, ainda que o processo judicial tenha sido extinto sem o julgamento do mérito.

(Acórdão: 2101-002.624, de 17/07/2013 – Processo nº 11831.005579/2002-19 – Relatora: Núbia Matos Moura)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005

CONCOMITÂNCIA DE MATÉRIA DISCUTIDA NA ESFERA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. RENÚNCIA TÁCITA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA.

Importa renúncia tácita à instância administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do despacho decisório, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo irrelevante que o processo judicial venha a ser extinto com ou sem julgamento do mérito.

(Acórdão: 3802-00.473, de 01/06/2011 – Processo nº 11041.000512/2005-29 – Relator: José Fernandes do Nascimento)

Por fim, não por ser relevante para a linha de argumentação seguida no presente voto, mas para servir de argumento a ser apresentado àqueles que possam admitir o reingresso na via administrativa caso o processo judicial seja extinto sem julgamento de mérito, em razão de desistência da ação judicial, é preciso esclarecer que, apesar de não ter obtido uma decisão de mérito, a recorrente jamais desistiu de buscar a tutela judicial, conforme podemos ver nas peças processuais mencionadas a seguir, que foram juntadas ao presente processo nas e-fls. 110 a 289, em atendimento à diligência determinada por este Conselho por meio da Resolução 3801-000.212 – 1ª Turma Especial:

- **08/02/1995** – Petição Inicial (e-fls. 183 a 192) que originou a Ação Ordinária 95.0002467-5, onde SEASTAR – AGENTES MARÍTIMOS E OPERADORES PORTUÁRIOS LTDA, CLÍNICA SÃO RAIMUNDO NONATO LTDA, ALBRAN COMÉRCIO DE SOLDAS E FERRAGENS LTDA e USINA QUATIS QUÍMICA LTDA pediram a tutela judicial para, entre outros, “ser reconhecido o seu direito (a) ao ressarcimento dos pagamentos relativos aos aumentos da contribuição para o PIS, efetuados pelos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, considerados inconstitucionais pela Suprema Corte no RE nº 148.754-2”;
- **08/05/1996** – Pedido de aditamento da inicial (e-fls. 193 a 203) da Ação Ordinária 95.0002467-5 para ingresso no feito, como litisconsortes ativas, de 78 outras pessoas jurídicas, entre elas a ora recorrente;
- **21/05/1996** – Antecipação dos efeitos da tutela (e-fls. 204 a 207) “para que as autoras compensem com prestações impagas do próprio PIS, COFINS e Contribuição para o INSS (parte do empregador) as parcelas de PIS recolhidas indevidamente segundo a sistemática dos Decretos-lei no. 2.445/88 e 2.449/88 até o montante de (...) 666.545 UFIR para Beira Mar Distribuidora de Bebidas Ltda”;
- **09/12/2003** – Sentença de primeiro grau (e-fls. 208 a 217) que, em relação às 78 empresas que haviam peticionado o ingresso no feito como litisconsortes ativas, revogou a tutela antecipada e extinguiu o processo (por ter sido identificada violação ao princípio do juiz natural);

- **04/02/2004** – Sentença (e-fls. 218 a 221) que, conhecendo dos embargos de declaração, negou-lhe provimento e manteve a sentença embargada na íntegra. Interessante destacar excerto dessa decisão onde expressamente é afirmado que “a extinção do processo, sem apreciação do mérito, em relação às 78 empresas excluídas, não as impede de ajuizar ações nos foros próprios. Aplicar o entendimento das embargantes – declínio parcial da competência – seria tumultuar indevidamente o processamento dos presentes autos, impedindo a imediata subida dos autos para apreciar recurso contra o mérito da sentença de folhas 730/739”;
- **11/10/2011** – Acórdão (e-fls. 254 a 276) proferido em face de apelações interpostas por SEASTAR – AGENTES MARÍTIMOS E OPERADORES PORTUÁRIOS LTDA E OUTROS e pela UNIÃO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL, que manteve a extinção do processo em relação às empresas que haviam ingressado no feito como litisconsortes ativas;
- **06/03/2012** – Acórdão (e-fls. 277 a 284) que negou provimento aos embargos de declaração interpostos por SEASTAR – AGENTES MARÍTIMOS E OPERADORES PORTUÁRIOS LTDA E OUTROS, que alegava omissão “quanto à análise do artigo 96 da Consolidação de Normas da Corregedoria-Geral da 2.ª Região (Provimento n.º 1, de 31.01.2001), o qual dispõe que, se o litisconsórcio ativo ulterior for recusado, o feito deve ser desmembrado e sofrer livre distribuição com relação aos litisconsortes ativos excluídos da demanda”; e
- **28/08/2014** – Decisão (e-fls. 285 a 289) que não admitiu o Recurso Especial interposto por SEASTAR – AGENTES MARÍTIMOS E OPERADORES PORTUÁRIOS LTDA E OUTROS.

Diante do exposto, nos termos da Súmula Carf nº 1, não conheço dos argumentos trazidos pela recorrente a respeito do direito creditório que teria em razão da inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, declarada pelo STF no RE 148754-2, e da suspensão da execução dos referidos Decretos-Lei, determinada pela Resolução do Senado Federal nº 49, de 1995.

Da tutela antecipada

A recorrente afirma, em seu Recurso Voluntário, que teve deferida a antecipação de tutela autorizando a compensação requerida nos termos da inicial da ação ordinária 95.0002467-5, e conclui que “todo período integrante do fato gerador deste Auto de Infração está devidamente compensado com créditos do PIS”.

O que não disse a recorrente é que, na data de apresentação do Recurso Voluntário (18/04/2007), a tutela antecipada já havia sido revogada há mais de três anos (ver Sentença de 09/12/2003 nas e-fls. 208 a 217).

Quanto às razões da DRJ para não reconhecer a compensação pretendida, a seguir reproduzidas, a recorrente não apresentou qualquer argumento contrário:

Relativamente ao instituto da compensação, é imprescindível observar a existência da liquidez e certeza dos créditos objeto de compensação. Logo, se o direito creditório depender de reconhecimento por parte da autoridade tributária ou de decisão judicial, a compensação somente poderia ser efetivada após esse reconhecimento.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação o entendimento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que por meio do Parecer PGFN/CRJN n.º 683, de 1993, publicado no DOU de 29/07/93, assim se pronunciou no item 34:

"Para ter direito à compensação, no entanto, não basta o sujeito passivo da relação jurídico fiscal entender que pagou ou recolheu o tributo ou contribuição federal indevidamente ou a mais que o devido, necessitando que o seu respectivo crédito tenha sido reconhecido pela Administração Fazendária ou por decisão judicial com trânsito em julgado, tendo em vista que o art. 170 do CTN exige, para que seja possível a compensação, que o crédito do sujeito passivo contra o Fisco seja líquido e certo" Grifei

Relevante mencionar que somente após o trânsito em julgado da sentença caberia ao contribuinte o direito de exercer judicialmente o direito à compensação, executando a sentença. Ou então, ingressar administrativamente visando ter quantificado e confirmado pelo Fisco os valores que teria a compensar, garantindo a certeza e liquidez ao crédito.

A Instrução Normativa nº 21, de 10 de março de 1997, alterada pela IN SRF nº 73, de 15 de março de 1997, vigente à época das declarações entregues em janeiro, fevereiro e março de 1997, que disciplina a restituição e a compensação de quantias recolhidas ao Tesouro Nacional a título de tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal já previa a necessidade do trânsito em julgado quando a origem do crédito fosse judicial, exigindo do contribuinte a comprovação do direito através da cópia de inteiro teor do processo judicial a que se referia o crédito e a cópia da respectiva sentença determinando a restituição, o ressarcimento ou a compensação (art.17 com a redação dada pela IN SRF nº 73, de 15/09/1997), especificando no § 1º, que nos casos de título judicial em fase de execução, a restituição, o ressarcimento ou a compensação somente poderiam ser efetuados se o contribuinte comprovasse junto à unidade da SRF a desistência, perante o Poder Judiciário, da execução do título judicial, bem como assunção de todas as custas do processo, inclusive os honorários advocatícios. Os demais atos normativos publicados posteriores também dispunham de forma semelhante.

Assim também posteriormente passou a disciplinar o art. 170-A do CTN:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (grifei)

Dessarte, na falta de argumentos da recorrente que possam convencer este julgador que o direito lhe assiste, é de se manter a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Da arbitrariedade e do abuso de poder

Por entender “que todo o período integrante do fato gerador deste Auto de Infração está devidamente compensado com créditos do PIS”, o que seria de conhecimento da RFB, a recorrente afirma que o prosseguimento do Auto de Infração contestado teria sido uma atitude arbitrária, e que estaria caracterizada a prática de abuso de poder.

Mas também aqui não há como dar razão à recorrente.

O débito declarado em DCTF não está devidamente compensado, como foi afirmado. Tanto é assim que a matéria ainda se encontra sob litígio, não tendo a recorrente obtido êxito em demonstrar seu direito. E, diga-se de passagem, isso nem será possível de ser alcançado na instância administrativa, uma vez que a recorrente optou por levar a discussão para o âmbito do Poder Judiciário, caminho esse que, conforme já tivemos a oportunidade de ver, não permite o retorno para o âmbito administrativo.

Assim, estando a premissa incorreta (débitos declarados em DCTF devidamente compensados), não há razão para que sequer seja cogitada a conclusão pretendida pela recorrente (atitude arbitrária e prática de abuso de poder por parte da RFB).

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer em parte o Recurso Voluntário, para, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração e, no mérito, negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles