



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

Processo n° 10935.720994/2011-58
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3401-002.184 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de fevereiro de 2013
Matéria NULIDADE DECISÃO DRJ
Recorrente AGOTRAN - AGOSTINHONETTO TRANSPORTES DE CEREAIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/2007 a 31/12/2010

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DE MÉRITO SUSCITADAS NA IMPUGNAÇÃO.

O Mandado de Segurança interposto pela atuada no curso da ação fiscal objetivou alcançar períodos de apuração posteriores, isto é, períodos outros que não aqueles para os quais houve o lançamento de ofício. Não caracterizada a concomitância de objeto, deve o órgão julgador de primeira instância analisar as razões de defesa contidas na impugnação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, anular parcialmente a decisão da DRJ, nos termos do voto do relator.

Júlio César Alves Ramos - Presidente

Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Ângela Sartori, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte e Jean Cleuter Simões Mendonça.

Relatório

Trata-se de crédito tributário (principal, multa de ofício de 75% e juros de mora) constituído de ofício em 12/8/2011 para a exigência de PIS/Pasep e Cofins, ambas contribuições apuradas sob o regime da não-cumulatividade durante os períodos de apuração compreendidos, ininterruptamente, entre janeiro de 2007 a dezembro de 2010.

Segundo o autor da auditoria fiscal, a infração cometida pela empresa consistiu na retirada da base de cálculo das duas contribuições do valor correspondente ao ICMS incidente sobre as operações de venda. Reportou a existência de um Mandado de Segurança versando sobre a mesma matéria, sem, contudo, que soubesse da existência de medida liminar favorável ao impetrante.

Na impugnação, em síntese, a autuada alegou que os valores do ICMS destacados em suas notas fiscais de prestação de serviços de transporte não podem ser considerados como integrantes do faturamento a que alude a letra “b” do inciso I, do art. 195, da Constituição Federal, que trata das contribuições sociais. Reportou-se, a propósito, ao voto proferido pelo STF no Recurso Especial 240785.

Em relação à multa de ofício, e, diante da hipótese de o lançamento vir a ser mantido, defendeu o seu cancelamento, invocando a regra do art. 112 do Código Tributário Nacional, pois, a seu ver, *verbis*, “[... a Impugnante foi levada a crer na não incidência daqueles tributos sobre a base de cálculo correspondente ao valor do ICMS.]”.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba-PR julgou improcedente a impugnação na parte em que relacionada à aplicação da multa de ofício e não a conheceu na parte em que relacionada à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições, neste caso, sob o argumento de que houve a interposição de Mandado de Segurança com o mesmo objeto, porquanto, não obstante o pedido da impetrante não tratasse diretamente dos períodos de apuração anteriores à impetração, considerou que abarcaria todos os débitos lançados através dos autos de infração contestados, o que caracterizou a concomitância.

No Recurso Voluntário, preliminarmente, a Recorrente suscitou a **nulidade** do Acórdão da DRJ, sob o fundamento de que a concomitância de objeto não teria se caracterizado, e que, portanto, o mérito da autuação deveria ter sido analisado. Alegou que o Mandado de Segurança, que fora impetrado em 11/5/2011, tivera por objetivo regulamentar as situações futuras, de sorte que eventual decisão em seu favor não teria efeitos *ex tunc*.

No mérito, repetiu a argumentação lançada na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho

Cientificada da decisão da DRJ em 6/2/2012, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 29/2/2012, portanto, de forma tempestiva. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Concomitância de objeto

A caracterização da concomitância de objeto é questão determinante para o desfecho da presente lide, pois, se confirmada, nenhum reparo há de ser feito na decisão recorrida quanto a este tópico e, desta forma, o processo poderá seguir normalmente as demais etapas na esfera administrativa.

Do contrário, a decisão da DRJ deverá ser revista e outra ser proferida com o enfrentamento das questões de mérito suscitadas na impugnação.

Como acima relatado, temos, de um lado, a DRJ, que, da leitura dos termos da inicial, concluiu que as pretensões da impetrante abrangiam os fatos passados (inclusive os objetos do presente lançamento) e futuros, e, de outro, a Recorrente, que, na peça recursal, afirmou que sua intenção quando da impetração do Mandado de Segurança, era a de proteger-se da ação do Fisco apenas para os fatos futuros, assim considerados aqueles ocorridos a partir dessa data, a da impetração.

Pesquisando o andamento processual do Mandado de Segurança, que foi tombado sob o nº 5001493-26.2011.404.705/PR, junto aos sítios da Justiça Federal do Paraná e do Tribunal Regional da 4ª Região, não se encontra, dentre as manifestações do Juízo, esclarecimentos acerca de qual período de apuração está se tratando. Aliás, por oportuno, registre-se haver uma sentença denegatória da liminar, mantida pelo TRF 4ª Região, e a interposição de um Recurso Extraordinário que se encontra sobrestado nos termos da sistemática estabelecida no art. 543-B do Código de Processo Civil (tema nº 69 do quadro das Repercussões Gerais do STF).

Resta-nos, portanto, recorrer a excertos da peça inicial do Mandado de Segurança, impetrado, frise-se, ainda no curso da presente ação fiscal para proferir a decisão:

[...]

Em outras palavras, a Impetrante espera a concessão de ordem judicial que determine a Autoridade Coatora que se abstenha de lhe exigir PIS e COFINS mediante a inserção dos valores correspondentes ao ICMS na respectiva base de cálculo desses tributos federais.

[...]

De todo modo, para que não se configurem prejuízos decorrentes da atividade de fiscalização da Autoridade Impetrada, a Impetrante necessita da concessão de provimento jurisdicional que, *inaudita altera pars*:

- i) suspenda a exigibilidade de tais tributos, restringindo-se os efeitos da liminar à parcela cobrada sobre a base de cálculo correspondente ao ICMS;
 - ii) determine à Autoridade Impetrada que se abstenha de realizar atos que ultrapassem o lançamento destinado a evitar a decadência de seu direito, não podendo realizar inscrição em dívida ativa, ajuizamento de execução fiscal, recusar o fornecimento de certidão positiva de débitos com efeito de negativa, etc;
- [...]

Por outro lado, o *periculum in mora* é evidente. É que a não concessão da liminar requerida autorizará a Impetrada a lavrar autos de infração, inscrever débitos em dívida ativa, ajuizar execução fiscal e inserir o nome da Impetrante no CADIN e recusar o fornecimento de certidão negativa, inviabilizando assim o regular desempenho da atividade da Impetrante.

[...]

Por fim, pede [...] e:

- a) declare o direito da Impetrante de recolher PIS e COFINS sem que o ICMS por ela recolhido componha a respectiva base de cálculo daqueles tributos federais; e em consequência
- b) ordene à d. Autoridade Impetrada que se abstenha de exigir quaisquer valores a título de PIS e COFINS calculado sobre o ICMS incidente nas operações de prestação de serviços desempenhadas pela Impetrante; [...]

Ainda que, como ressaltado acima, o referido Mandado de Segurança tenha sido impetrado no curso da ação fiscal, o que, em princípio, poderia sugerir que a intenção da impetrante era a de abranger os períodos que estavam sendo auditados pelo Fisco, entendo que não podemos decidir com base em mera presunção, até porque os excertos da inicial acima reproduzidos não estão voltados, de forma clara, para os fatos passados, devendo ser tomados, portanto, como direcionados para os fatos posteriores ao da impetração, na linha do que afirma quem idealizou o pleito junto ao Poder Judiciário, o que afasta a concomitância.

Descaracterizada a concomitância, o processo deve retornar à DRJ para que esta profira nova decisão, desta feita debruçando-se sobre as razões de defesa suscitadas pela Impugnante, notadamente as relacionadas com a inclusão na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins do ICMS incidente sobre as receitas de prestação de serviços de frete.

O enfrentamento do outro tema do Recurso Voluntário, qual seja, o cabimento da multa de ofício, se dará quando do eventual retorno deste processo a julgamento.

Odassi Guerzoni Filho - Relator

Processo nº 10935.720994/2011-58
Acórdão n.º **3401-002.184**

S3-C4T1
Fl. 4

CÓPIA