



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

Processo nº 11070.001747/2009-14
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº **3803-003.666 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 25 de outubro de 2012
Matéria COFINS - PER/DCOMP
Recorrente REDEMAQ REAL DISTRIBUIDORA DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA.

Existe concomitância quando no processo administrativo se discutir o mesmo objeto da ação judicial, hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio, nos termos da Súmula CARF n.º 1.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente

(assinado digitalmente)

Juliano Lirani - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern, Juliano Eduardo Lirani, Hécio Lafetá Reis, Belchior Melo de Souza, Jorge Victor Rodrigues e João Alfredo Eduão Ferreira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o indeferimento do Pedido de Ressarcimento e de Declaração de Compensação em relação a crédito de COFINS referente ao quarto trimestre/2004.

Às fls. 42/43 sobreveio Despacho Decisório, por meio do qual o pleito foi indeferido com fundamento de ausência de previsão legal para o creditamento, uma vez que os créditos nas operações com substituição tributária no regime de tributação não cumulativa é vedado pelo art. 30, inciso I, alínea “a” da Lei n.º 10.833/2003.

Assim, para os julgadores “a quo”, embora o art. 17 da Lei n.º 11.033/2004 tenha autorizado créditos em relação a vendas realizadas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência do PIS e COFINS, por outro lado o art. 16 da Lei n.º 11.116/2005 ditou a regra de que a apuração dos créditos, nos termos do art. 17 da Lei n.º 11.033/2004, necessariamente precisam seguir a regra do art. 3º das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, razão pela qual há vedação do creditamento quando o produto adquirido estiver sob regime de substituição tributária e cuja saída esteja com suspensão das contribuições.

Irresignado com a decisão, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade às fls. 45/47, sob os seguintes argumentos:

- Em se tratando do regime da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, se apura o crédito em razão da aquisição de insumos e bens para revenda, por meio da aplicação das alíquotas das contribuições sobre os valores de aquisição destes bens. Neste mesmo sentido, apura o débito mediante a aplicação das alíquotas das contribuições sobre o valor de venda das mercadorias que produz ou revende;
- Com a edição da Medida Provisória n.º 206/2004, art. 16, atualmente artigo art. 17 da Lei n.º 11.033/04, os contribuintes cujas operações de venda são isentas, não tributadas, tributadas com alíquota zero, ou com suspensão, tem direito a manutenção dos créditos de PIS e COFINS decorrente da aquisição de insumos;
- Alertou que o regime não cumulativo do PIS e a COFINS não é idêntico ao previsto para o IPI e ICMS, onde lá a sistemática de apuração daqueles tributos é feita pela técnica imposto contra imposto, onde o imposto pago na operação anterior serve para ser abatido do imposto gerado na operação presente;
- Na não cumulatividade do PIS e da COFINS, não se perquire se houve ou não tributação da etapa anterior para fins de direito de crédito. Além do que deve ser observado o § 12 do art. 195 da CF, o qual prevê que as contribuições em exame serão não cumulativas, sem qualquer restrição ao creditamento.

Às fls. 58/61 a DRJ de Porto Alegre proferiu o Acórdão n.º 10-35.351-2ª Turma, com o seguinte teor:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

*INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO
REGULARMENTE EDITADA. PRESUNÇÃO DE
LEGITIMIDADE.*

*A autoridade administrativa não possui atribuição para
apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de*

ilegalidade de dispositivos normativos, bem como a legislação regularmente editada goza de presunção de constitucionalidade e de legalidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. TRIBUTAÇÃO CONCENTRADA. PRODUTOS. AQUISIÇÃO.

DISTRIBUIDOR/COMERCIANTE. REVENDA. APURAÇÃO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.

No regime da não-cumulatividade da COFINS, a aquisição de produtos sujeitos à tributação concentrada não gera créditos para o comerciante na revenda/distribuição dos mesmos por expressa vedação legal, não se aplicando A hipótese a disposição contida no art. 17 da Lei nº 11.033, de 2004.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido

Com efeito, a DRJ manifestou-se pelo indeferimento do pedido com fundamento na impossibilidade do reconhecimento, na esfera administrativa, da inconstitucionalidade do art. 30, inciso I, alínea “a” da Lei nº 10.833/2003, que vedou a apuração de créditos em relação às operações sujeitas à substituição tributária.

A DRJ ainda utilizou como argumento para indeferir o pleito, o fato de que não consta no contrato social da empresa a atividade de industrialização de qualquer dos bens objetos do pedido.

Apontou ainda que as aquisições para as quais a empresa requer os créditos para o PIS e COFINS estão relacionadas no artigo 43 da Medida Provisória nº 2158-35 de 24 de agosto/2001 e na Lei nº 10.485/2002, que por sua vez estão sujeitos aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica, respectivamente.

Em outras palavras, entende a DRJ que as vendas realizadas pelo Recorrente, que por sua vez é comerciante, fica desonerada da incidência das contribuições, já que diante da substituição tributária a obrigação pelo pagamento do tributo, se dá em relação às operações praticadas pelos fabricantes ou importadores. Deste modo, o art. 1º da Lei nº 10.485/2002 reduziu para zero as alíquotas das contribuições em relação à receita bruta auferida por comerciante, com a venda dos produtos para os quais se desejam os créditos e por esse motivo o creditamente é indevido.

Os julgadores de primeiro grau, afirmaram que inexistente o direito aos créditos, ainda que o art. 17 da Lei nº 11.033/2004 tenha dito caber créditos para as vendas realizadas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência das contribuições, uma vez que o art. 16 da Lei nº 11.116/2005 determina que a sua apuração segue a regra disposta no art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, que por sua vez proíbem créditos em relação às operações com substituição tributária.

Inconformado com a decisão da DRJ, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário e basicamente repetiu seus argumentos já trazidos na Manifestação de Inconformidade e reforçou o seu direito aos créditos com fundamento no art. 17 da Lei n.º 11.033/2004, bem como no art. 195 da Constituição Federal, sob o argumento de que a norma constitucional não impôs qualquer restrição aos créditos.

Por fim, requer que seu recurso seja conhecido e ao final que o seu direito creditório seja reconhecido.

Em que pese a DRJ ter ingressado ao mérito e negado o pedido, cumpre informar que o Recorrente optou por discutir a matéria no Poder Judiciário, conforme citado às fl. 02.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Juliano Lirani

O Recurso Voluntário é tempestivo e merece ser conhecido.

Conforme se observa do contrato social, a Recorrente tem por objeto a *revenda de máquinas agrícolas e a distribuição de peças*, sendo que adquire os produtos das indústrias para posterior distribuição. Cumpre informar que estes produtos são vendidos sem a incidência do PIS e COFINS.

O cerne da questão está em se apurar se há créditos em relação as vendas de produtos com suspensão do pagamento das contribuições, quando a lei estabelece o regime de substituição tributária.

Alega o Recorrente que embora as vendas das máquinas e peças agrícolas estejam com a suspensão do pagamento do PIS e COFINS, ainda assim o art. 17 da Lei n.º 11.033/2004 confere o direito creditório e por essa razão torna-se pertinente reproduzir a redação desta norma:

Lei n.º 11.033/2004:

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Em que pese a discussão de mérito, analisando os autos, constatei que a matéria aventada no presente Recurso Voluntário está sendo tratada na esfera judicial, conforme mencionado às fl. 02, tendo por objeto igual pretensão pleiteada administrativamente, qual seja, crédito referente ao PIS e CONFINS.

Reputa-se idênticas 2 (duas) ações que possuam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, como determinam os §§ 1º e 2º do art. 301, do CPC:

Art. 301:

“§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

Sobre a litispendência, leciona Nelson Nery Junior:

“Ocorre a litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso. As ações são idênticas quanto têm os mesmos elementos, ou seja, quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). A citação válida é que determina o momento em que ocorre a litispendência (CPC 219 caput). Como a primeira já fora anteriormente ajuizada, a segunda ação, onde se verificou a litispendência, não poderá prosseguir, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC 267 V).” (Código de Processo Civil Comentado, 6ª edição, RT, p. 655).

Analisando o Mandado de Segurança nº 5001702-49.2012.404.7105 – 2ª Vara da Justiça Federal de Santo Ângelo - Rio Grande do Sul, impetrado contra o Delegado da Receita Federal de Santo Ângelo, nota-se que esta demanda discutiui de maneira genérica a possibilidade de creditamento, tanto para o PIS, como também para a Cofins. Logo, considerando que a matéria em litígio no presente processo administrativo é relativa também a possibilidade de créditos dessas contribuições, reputo se tratar de matéria idêntica.

Segue abaixo, trecho extraído do relatório da sentença exarada junto ao processo nº Mandado de Segurança nº 5001702-49.2012.404.7105:

Asseverou que a edição das Medidas Provisórias nº 66 (convertida, posteriormente, na Lei nº 10.637/2002) e nº 135 (convertida, posteriormente, na Lei nº 10.833/2003), passaram a determinar o cálculo das contribuições para o PIS e COFINS sobre a sistemática não cumulativa, com a aplicação das alíquotas de 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento) e 7,6% (sete vírgula seis por cento), respectivamente. Referiu que, ao efetuar o levantamento da base de cálculo do tributo, apura o faturamento conforme previsto no artigo 1º de ambos os normativos, passando a descontar os créditos listados no artigo 3º dos mesmos. Discorreu que a Fazenda Nacional, quando da emissão dos normativos regulamentadores das legislações acima citadas, não elucidou pormenorizadamente quais os créditos passíveis de aproveitamento, pelas empresas, motivo pelo qual não estaria se aproveitando de determinados créditos por falta de um maior detalhamento. Advogou que, em prestígio ao princípio da não cumulatividade, todas as mercadorias e serviços que sejam utilizados para a consecução do objeto social e que já tenham sido tributados pelas contribuições para o PIS e COFINS poderiam ser aproveitadas como crédito dedutível da base de cálculo. Discorreu sobre a legislação que rege a matéria. Pugnou pela declaração, como forma de aplicação integral do princípio da não cumulatividade, nos termos do § 12 do artigo 195 da Constituição Federal, do direito de aproveitar todos os créditos referentes às contribuições para o PIS e COFINS sobre os bens adquiridos e serviços prestados por pessoas jurídicas, que integrem todas as etapas do processo produtivo, até mesmo posteriores, na formação do produto ou

serviço, inerentes à atividade da empresa, 'tais como serviços prestados por empresas nos setores industrial, administrativo, comercial (aqui incluídas as comissões do representante comercial), jurídico, contábil, marketing, vigilância, transporte dos funcionários, limpeza etc., bem como combustíveis e lubrificantes, material de limpeza, equipamentos de proteção individual, etc

Deste modo, optando a Recorrente pela via judicial ocasiona impedimento da manifestação do CARF a respeito na matéria em razão da concomitância verificada.

Assim, aplica-se a 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.

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso quanto à matéria apreciada pelo Poder Judiciário.

(assinado digitalmente)

Juliano Lirani - Relator