



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13819.721934/2016-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-012.966 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2023
Recorrente BREDAS TRANSPORTES E SERVIÇOS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. REJEITADA.

A decisão motivada, e que atende aos requisitos legais (Art. 50 da Lei nº 9.784/99), deve ser mantida.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA CARF Nº 1.

Resta prejudicado o conhecimento de matéria de direito abordada concomitantemente em processo judicial e administrativo, desde que constatada similaridade entre partes, causa de pedir e pedidos. Aplicação da Súmula CARF nº 1.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do Recurso Voluntário, e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade e negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ari Vendramini, Laercio Cruz Uliana Junior, Jose Adão Vitorino de Moraes, Juciléia de Souza Lima, Sabrina Coutinho Barbosa, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente).

Relatório

Transcrevo o relatório do Acórdão Recorrido, por bem retratar as vicissitudes do presente processo:

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada em face do Despacho Decisório DRF/SBC/SEORT nº 140/2017, complementado pelo Despacho Decisório DRF/SBC/SEORT nº 149/2017, que indeferiu pedido de restituição apresentado pela contribuinte.

No pedido de restituição, fls. 24/31, datado de 23/05/2016, a contribuinte reclama valores supostamente recolhidos a maior decorridos da inclusão equivocada dos valores devidos a título de ICMS na base de cálculo da “COFINS Cumulativo – código de receita 2172” (fl. 2), no período de janeiro/2009 a março/2016. O suposto crédito atingiria o montante de R\$ 5.644.289,62 (cinco milhões, seiscentos e quarenta e quatro mil, duzentos e oitenta e nove reais e sessenta e dois centavos). Alega também suposta impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP por inexistência de opção em que se enquadre seu crédito reclamado. Vinculou ao suposto crédito a declaração de compensação 07639.06397.240317.1.3.04-2887, fls. 34/37.

Afirma ainda que em 28 de agosto de 2008 e em 29 de janeiro de 2014 ingressou com medidas judiciais visando, respectivamente, ao reconhecimento do seu direito de excluir valores a título do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como excluir valores a título de PIS, COFINS, ICMS (independente do regime de apuração) e ISS do conceito de "receita bruta" para fins de cálculo da contribuição previdenciária prevista no art. 7º da Lei 12.546/2011.

Afirma que o período abrangido pelo pedido de restituição encontra-se dentro do prazo decadencial de 5 anos contados da data de ajuizamento da ação judicial.

Por fim, pede que seja apreciado o pedido de restituição, homologando-se o direito creditório pleiteado.

O despacho decisório 140/2017 foi fundamentado na Lei nº 9.430/96, art. 74, § 12, II, d e na Instrução Normativa nº 1300/2012, art. 41, § 3º, I, d e art. 81, com a seguinte ementa:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO – Para aproveitar crédito oriundo de ação judicial, deve-se aguardar sentença definitiva, ou seja, transitada em julgado. Mesmo após o trânsito em julgado de sentença judicial, deve o contribuinte habilitar o crédito para posterior pleito de compensações.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO INDEFERIDO DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA.

O referido despacho decisório esclarece como o pedido da contribuinte deveria ter sido feito pelo Programa PERDCOMP.

Assevera que, uma vez que a contribuinte que ingressou com ação judicial com o mesmo objeto do pedido de restituição, isto implica em renúncia às instâncias administrativas, conforme Parecer Normativo Cosit nº7/2014. Aduz ainda que como a propositura da ação judicial é anterior ao pedido de restituição, tal situação fica caracterizada como tentativa de aproveitar crédito judicial antes da obtenção de sentença judicial transitada em julgado, em flagrante desrespeito ao preconizado na Instrução Normativa nº, 1.300/2012, art. 81.

Quanto à declaração de compensação, foi considerada como não declarada, com fundamento na Lei nº 9.430/96, em seu art. 74, inciso II, alínea d c/c Instrução Normativa nº 1.300/2012, art. 81.

O despacho decisório 140/2017 foi complementado pelo 149/2017, uma vez que a contribuinte ainda não havia sido cientificada da decisão quando transmitiu nova

DCOMP vinculada ao mesmo crédito. Com base nos mesmos fundamentos, esta também foi considerada como não declarada.

Irresignada, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade. Preliminarmente, pede a nulidade do despacho decisório por falta de motivação, afirmando que a RFB não apontou qualquer fundamento legal válido, afirmando apenas que o fato de existir ação judicial implica renúncia a esfera administrativa, o que, segundo ela, não é verdade.

No mérito, afirma que o despacho decisório está equivocado e que a existência de uma ação judicial em trâmite, ajuizada antes do pedido de restituição, em nada prejudica a análise do direito creditório.

Afirma ainda que o citado Parecer refere-se a renúncia de recurso administrativo, o que não seria o caso, pois o que se pleiteia é um pedido de restituição e não um recurso. Conclui dizendo que o objeto das ações judiciais e o objeto do pedido de restituição são distintos e que o parecer não guarda qualquer relação com o caso concreto, de modo que o despacho decisório deve ser reformado.

Alega que o auditor-fiscal, autor do despacho decisório, fez "chacotas" e "em seguida, passa dar uma espécie de aula à Recorrente de como manusear o programa eletrônico, como se realmente isso fosse necessário".

Aduz que, apesar de ter tentado diversas vezes, não teve êxito em apresentar o pedido de restituição eletronicamente, uma vez que seu pedido não se enquadra nas hipóteses previstas pelo programa da RFB. Assim, pede que seja analisado o seu pedido formulado em papel.

Afirma ainda que o despacho decisório se ateu aos aspectos formais do pedido, sem análise do mérito.

Segundo a contribuinte, seu direito creditório é resultado da inclusão indevida de PIS, COFINS, ICMS (ressalvado o devido em substituição tributária) e ISS no cálculo de sua receita bruta, para fins de apuração da contribuição previdenciária prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.546/2011.

Isso porque, a inclusão desses tributos no cálculo da receita bruta se revela indevida, uma vez que desrespeita os limites do conceito de "receita" e ocasiona a tributação de valores que são, em verdade, despesas da empresa e cita o Parecer Normativo Cosit nº3/2012.

Cita decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para embasar seus argumentos.

Requer preliminarmente a nulidade dos despachos decisórios recorridos, haja vista violação aos princípios constitucionais da motivação, moralidade, contraditório e ampla defesa e que outra decisão seja proferida, e devidamente fundamentada.

Caso não seja atendido o pedido anterior, pede que o despacho decisório seja reformado, sendo o pedido de restituição processado e apreciado, homologando-se o direito creditório pleiteado.

Ato contínuo, a 5ª Turma da DRJ/FNS, por unanimidade de votos, decidiu pela improcedência da inconformidade apresentada pela ora Recorrente, em razão de concomitância dos presentes autos com os processos judiciais citados pela empresa em defesa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL.

A proposição de ação judicial contra a Fazenda Pública antes ou após o pleito administrativo, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PAGAMENTO INDEVIDO.

Incabível o pedido de restituição de pagamento indevido enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão que tenha dado origem ao direito creditório.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Mediante Recurso Voluntário, a Recorrente busca a reforma do *decisum* arguindo:

(i) nulidade da decisão recorrida; (ii) inoportunidade de renúncia à esfera administrativa; (iii) possibilidade de transmissão de PER/DCOMP em papel; e (v) origem do crédito apurado. Ao final pleiteia:

VI — Dos Requerimentos

79. Diante de todo o exposto, a Recorrente requer, preliminarmente, seja decretada a nulidade da r. decisão recorrida, tendo em vista a evidente violação aos Princípios constitucionais da legalidade, motivação, moralidade, do contraditório e ampla defesa, de tal modo que outra decisão seja proferida, dessa vez, devidamente fundamentada e que tenha por base uma lei, não um mero parecer.

80. Caso não seja acatado o pedido anterior, o que se admite apenas em homenagem ao Princípio da eventualidade, a Recorrente requer seja reformado o v. acórdão, de tal sorte que o Pedido de Restituição seja regularmente processado e apreciado, homologando-se o direito creditório pleiteado, o qual decorre da indevida inclusão que fez de (i) valores a título do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, bem como de (ii) valores a título de PIS, Cofins, ICMS (ressalvado o devido em substituição tributária) e ISS no cálculo de sua receita bruta, para fins de apuração da contribuição previdenciária.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, Relatora.

O Recurso Voluntário atende aos requisitos legais necessários de admissibilidade devendo, pois, ser conhecido.

Infere-se do relatório que o argumento atinente à certeza e liquidez do crédito pleiteado pela Recorrente não foi conhecido pela Autoridade Julgadora em razão de concomitância declarada.

Por essa razão, neste momento a Recorrente busca não só a nulidade da decisão recorrida, com amparo na ausência clara de fundamentação e inoportunidade de renúncia à esfera administrativa; como defende a possibilidade de transmissão de PER/DCOMP em papel, e a legitimidade do crédito apurado.

Acerca do argumento de nulidade do *decisum* recorrido, incabível.

A teor do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, faz-se necessária à demonstração de uma das seguintes hipóteses (i) ato e termo lavrado por pessoa incompetente; ou, (ii) despacho e decisão proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No caso em tela, inexistente vício de legalidade ou arbitrariedade pela DRJ que, claramente, motivou a sua decisão (art. 50 da Lei nº 9.784/99¹), não implicando em supressão do direito de defesa da Recorrente.

Quanto à concomitância que deu azo ao argumento pela Recorrente de “*Preliminarmente - Da inoportunidade de renúncia à esfera administrativa*”, ledo engano.

Como bem colocado pela Autoridade Fiscal, sendo as ações judiciais 0005181-70.2008.4.03.6114 e 0000492-70.2014.4.03.6114 anteriores ao presente pedido de ressarcimento e, sob litígio a base de cálculo das contribuições, resta cristalina a correlação entre elas. Vejamos teor da decisão do TRF3 no bojo da ação nº 0005181-70.2008.4.03.6114:

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012) e a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Corroborando, a própria Recorrente afirma, ainda em Manifestação de Inconformidade, o que segue:

IV — Considerações finais

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[omissis];

§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

25. A Requerente informa que, em 28 de agosto de 2008 e em 29 de janeiro de 2014, ingressou com medidas judiciais visando, respectivamente, ao reconhecimento do seu direito de (i) excluir valores a título do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como (ii) excluir valores a título de PIS, Cofins, ICMS (independente do regime de apuração) e ISS do conceito de "receita bruta" para fins de cálculo da contribuição previdenciária do artigo 72da Lei n.º 12.546/2011.

26. Os processos judiciais foram distribuídos, respectivamente, sob os n.ºs 0005181-70.2008.4.03.6114 e 0000492-70.2014.4.03.6114, ambas perante a 32ª Vara Federal da Justiça Federal da Subseção de São Bernardo do Campo/SP, conforme extratos processuais anexos (Doc. 04).

27. Portanto, não resta dúvida de que o período abrangido pelo Pedido de Restituição encontra-se dentro do prazo decadencial de 05 (cinco) anos previsto pela legislação de regência, contados da data do ajuizamento da ação judicial.

Ou seja, a Recorrente utiliza como marco inicial do pedido de ressarcimento a data de ajuizamento das ações quando, na verdade, ato legal determina a transmissão do PER/DCOMP da data do trânsito em julgado da decisão declaratória/condenatória (CTN):

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

[omissis]

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa **ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.**

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.** (Artigo incluído pela Lcp n.º 104, de 2001) **(grifos nossos)**

Logo, aplicável a Súmula Vinculante CARF n.º 1, *in verbis*:

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.

Por derradeiro, oportuno destacar que embora não analisada a certeza e liquidez do crédito, reconhecido pelo Judiciário o direito alegado pela Recorrente nos MS n.º 0005181-70.2008.4.03.6114 e 0000492-70.2014.4.03.6114, e, após o trânsito em julgado, poderá a Recorrente transmitir novos pedidos de Ressarcimento, a teor do art. 82 da IN RFB n.º 1.300/2012, que assim dispõe:

Art. 82. Na hipótese de crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, a Declaração de Compensação será recepcionada pela RFB somente depois de prévia habilitação do crédito pela DRF ou pela Delegacia Especial da RFB com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n.º 1661, de 29 de setembro de 2016)

§ 4º O pedido de habilitação do crédito será deferido por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, mediante a confirmação de que: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n.º 1661, de 29 de setembro de 2016)

I - o sujeito passivo figura no polo ativo da ação;

II - a ação refere-se a tributo administrado pela RFB;

III - a decisão judicial transitou em julgado;

IV - o pedido foi formalizado no prazo de 5 (cinco) anos da data do trânsito em julgado da decisão ou da homologação da desistência da execução do título judicial; e (grifos nossos)

Ante o exposto, conheço parte do Recurso Voluntário, não conhecendo os argumentos atinentes à certeza e liquidez do crédito pleiteado e, na parte conhecida, rejeito a nulidade suscitada, negando provimento ao Recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa