



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

Processo nº 16624.001197/2006-09
Recurso nº 0000000 Voluntário
Acórdão nº 3201-001.167 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de novembro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS
Recorrente BARDELLA S/A INDUSTRIAS MECÂNICAS
Recorrida Fazenda Nacional

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 28/02/1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA.

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, somente importa renúncia às instâncias administrativas das matérias debatidas perante o Judiciário, sendo obrigatória a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial, arguida em defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.


MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO - Presidente.


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mércia Helena Trajano D'Amorim, Paulo Sérgio Celani (Suplente), Daniel Mariz Gudiño e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional. Procedeu à sustentação oral o representante da parte, Dr. Guilherme de Macedo Soares - OAB-DF nº 35.220.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata o presente processo de pedido de restituição (fls.01), formulado em papel, protocolado em 21/08/2006, cujo débito decorre de supostos pagamentos a maior a título de COFINS, relativos aos períodos de FEVEREIRO/1999 a JANEIRO/2004, no montante de R\$ 4.869.960,54. Alega a interessada que efetuou tais pagamentos sobre base de cálculo definida no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718/98, e, portanto, acabou por incluir nesta base de caçulo, os ingressos financeiros.

Segundo seu entendimento, o indébito se justificaria em função de, à época da promulgação da Lei nº 9.718/98, o conceito vigente de faturamento era restrito, não admitido a inclusão de ingressos financeiros.

Desta, reclamou o direito creditório no judiciário, Impetrando Mandado de Segurança, porém obteve decisão final desfavorável. Contestou esta decisão final, propondo Ação Rescisória, ainda em curso.

Em relação ao pedido de restituição na via administrativa, a interessada justificou a não utilização do aplicativo PER/DCOMP por estarem incluídos, no montante, valores correspondentes a período de apuração anteriores a 5 anos da data do pedido, e assim a via eletrônica não seria aceita.

Apesar da existência de valores correspondentes a período de apuração anteriores a 5 anos da data do pedido, entendeu a interessada que o prazo prescricional se iniciou na data da homologação do lançamento, e não na data do pagamento indevido.

Em tempo, alegou que a Ação Rescisória proposta no judiciário justificaria o presente pedido de restituição, que quando menos, teria o efeito de sobrestar a contagem do prazo prescricional até a decisão final daquela ação judicial.

O Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Guarulhos emitiu o Despacho Decisório nº 857/2007, de fls. 236/241, no qual indeferiu o pleito pelas razões a seguir.

Consignou a autoridade do Seort da DRF Guarulhos, que os fundamentos jurídicos do presente Pedido de Restituição é conexo com a causa de pedir do Mandado de segurança impetrado no judiciário, assim como da decorrente Ação Rescisória, ainda em curso.

Argumentou aquela autoridade, que embora o contribuinte tenha o direito constitucional de litigar judicialmente contra a Fazenda Pública, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o

e

paralelismo de instâncias, não podendo haver a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial.

Disse que ao Poder Judiciário é dada exclusividade de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, granado-as com os efeitos de coisa julgada. Desta feita, à Administração Tributária seria impossível conhecer pleitos com relação a mesma matéria litigada judicialmente, o que o legislador reputou prudente a abstenção da autoridade administrativa em face da supremacia do Poder Judiciário.

Em relação ao citado Mandado de Segurança, consignou a autoridade que sendo desfavorável a decisão final à interessada, o objeto do presente pleito se resumiria à restituição dos valores pagos em obediência à Lei nº 9.718/98, o que tornaria o pleito indevido. Neste contexto, ao pleitear administrativamente o que o Mandado de Segurança não reconheceu, perdeu-se o objeto.

Na mesma toada, entendeu a autoridade que o efeito de interromper o prazo prescricional, um motivo do pleito da interessada, não é cabível por estar a matéria em análise no judiciário.

Por fim, aquela autoridade consignou que a administração, no presente caso, não está vinculada ao teor das decisões do Supremo Tribunal Federal, notadamente à decisão do RE nº 346.084, conforme o Decreto 2.346/97. Isto pelo motivo de que o efeito daquele recurso aplicou-se apenas em favor das partes que litigaram naquele processo, e que eventual extensão dos seus efeitos somente com o ato editado pelo Presidente da República, o que não foi o caso.

Sendo assim, propôs a autoridade do Seort da DRF Guarulhos o indeferimento do Pedido de Restituição sem o conhecimento do mérito.

A contribuinte, inconformada com o despacho decisório que indeferiu seu pleito, apresentou manifestação de inconformidade (fls. 245/249), alegando em síntese o que se segue.

Discorreu a interessada que embora esteja discutindo no judiciário o direito de recolher o PIS e a CONFINS sem a ampliação de suas bases de cálculo conforme disposto na Lei nº 9.718/98, não renunciou ao pleito de restituição na esfera administrativa nos termos do item "a", do ADN nº 03/96.

Afirmou a interessada que o pedido judicial é distinto de pedido administrativo, uma vez que naquele, o seu objetivo é o pagamento do PIS e COFINS sem a ampliação de suas bases de cálculo prevista na Lei nº 9.718/98, e este (o pleito administrativo), é da restituição dos valores já pagos, justamente porque levaram em consideração a ampliação da base de cálculo, o que segundo ela, ocasionou os pagamentos indevidos.

Por conclusão da contribuinte, embora as causas de pedir sejam próximas e guardem semelhança, posto que consideraram

ilegítimo o disposto na Lei nº 9.718/98, em verdade seriam distintas, até pelo motivo de que o pleito administrativo teria o efeito de suspender, ou quando ao menos, interromper o curso do prazo prescricional do direito de restituição do indébito.

Seguindo este entendimento, a interessada rechaçou que o caso ora em análise se encaixaria no item "a", do ADN nº 03/96, mas sim no item "b" do mesmo Ato Declaratório, pois, existindo diferentes objetos, um processo judicial e outro do processo administrativo, o objeto deste último teria prosseguimento normal.

No final, em relação ao mérito, insistiu que a mais alta corte de país já decidiu pela inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da lei 9.718/98, elencando algumas decisões proferidas pela referida corte.

Em sendo assim, e tendo o entendimento que a inconstitucionalidade do dispositivo da citada lei é assunto já pacificado, afirmou que sua aplicação seria obrigatória por parte da Administração conforme o Decreto nº 2.346/97.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Data do fato gerador: 28/02/1999

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

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira

Entendo que o recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais, portanto, dele tomo conhecimento.

Ao teor do relatado, cuidam os autos de pedido de restituição formulado pela empresa BARDELLA S/A INDÚSTRIAS MECÂNICAS (fl. 01), protocolizado em 21/08/2006. Alega a interessada que efetuou tais pagamentos sobre a base de cálculo definida no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718/98, e, portanto, acabou por incluir nesta base de cálculo, os ingressos financeiros.

A DRJ-Campinas/SP deixou de apreciar o mérito do pleito por entender que havia concomitância entre os processos judicial e administrativo, nos seguintes termos:

O ordenamento jurídico brasileiro não alberga o instituto da dualidade de jurisdição, não podendo haver, sob nenhuma hipótese, a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial como direito público subjetivo.

O exercício dessa faculdade produz, como efeito processual obrigatório, a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa. Destarte, em se discutindo o mesmo objeto concomitantemente em ambas as esferas, o legislador reputou prudente a abstenção da autoridade administrativa em face à supremacia do Poder Judiciário. (grifo não constante do original).

A argumentação da douta DRJ-Campinas/SP não procede, como se passa a demonstrar.

A verificação da correção da decisão recorrida implica verificar se há similitude de objeto entre os pleitos judicial e administrativo a que alude o Ato Declaratório Normativo nº. 3/1996. Para esse efeito, impõe-se a identificação daquilo que vem a ser o objeto de um determinado feito.

Não há dúvidas de que, em termos de *processo*, o termo *objeto* corresponde a **pedido**.

Assim, é fácil perceber a completa disparidade dos objetos dos dois feitos em destaque, a saber, (i) a Ação Rescisória n. 2006.03.00.008473-6 e (ii) o Pedido de Restituição em tela.

Em relação à Ação Rescisória n. 2006.03.00.008473-6, seu objeto é a rescisão de acórdão lavrado em manifesta contrariedade à tranquila jurisprudência do C.



Supremo Tribunal e à literalidade de disposição legal, nos autos do referido Mandado de Segurança.

Diversamente, o Pedido de Restituição em testilha visa à devolução de valores indevidamente recolhidos.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais recentemente se manifestou nesses exatos termos, em acórdão da lavra da ilustre Conselheira Irene Souza da Trindade Torres. Note-se que o precedente cuidou de pedido de restituição idêntico ao de que ora se cuida, por se tratar de empresa do mesmo grupo econômico da recorrente (a Energo Agro Industrial Ltda), a qual também figura como autora da mesma Ação Rescisória em tela. A decisão possui a seguinte ementa:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSOS JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. Não há concomitância entre os processos judicial e administrativo em relação à matéria que for distinta entre ambos, cabendo ao órgão de julgamento apreciá-la.” (Acórdão nº 3202-000.324, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, em 08/07/2011).

Nesse aresto, a relatora tece as seguintes considerações, *litteris*:

“Note-se que a restituição, objeto deste processo administrativo, somente existiria se houvesse pagamento a maior realizado pela contribuinte. A existência ou não desse pagamento a maior decorre do resultado da ação judicial proposta, mas não propriamente o direito à restituição pretendida, que se mostra inexistente sem a ocorrência daquele pagamento a maior.”

Assim, entendo assistir razão à contribuinte, quanto à inocorrência da concomitância, devendo a autoridade julgadora de primeira instância manifestar-se quanto ao objeto deste processo administrativo, no que se diferencia do processo judicial”. (destacamos)

Adoto as mesmas razões de decidir porque entendo Inquestionável que não há qualquer similitude entre os objetos dos feitos em análise. Se não há identidade de objeto entre o processo judicial e o processo administrativo, não há que se falar em renúncia à via administrativa, como se depreende da inteligência da Súmula nº 01 do CARF:

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 apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.



Assim, entendo assistir razão à contribuinte, quanto à inoccorrência da concomitância, devendo a autoridade julgadora de primeira instância manifestar-se quanto ao objeto deste processo administrativo, no que se diferencia do processo judicial.

Isto posto, observando-se o princípio do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário, para anular a decisão recorrida e determinar que a autoridade julgadora *a quo* aprecie as demais matérias destes autos.


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - relator