



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

Processo n° 16682.901654/2013-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-006.875 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2019
Matéria Processo Administrativo Fiscal
Recorrente TIM S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2011 a 31/12/2011

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa. Caracteriza-se a concomitância quando o pedido e a causa de pedir dos processos administrativos e judiciais guardam irrefutável identidade.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), Walker Araújo, Jose Renato Pereira de Deus, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Muller Nonato Cavalcanti Silva (Suplente Convocado) e Corinto Oliveira Machado.

Relatório

Trata o presente processo do Pedido de Restituição (PER), transmitido pelo contribuinte acima identificado, no qual solicita a restituição de COFINS.

Consta no processo Despacho Decisório Eletrônico proferido pela unidade de origem, o qual concluiu pela improcedência do crédito original informado no PER, sob o

fundamento de que o pagamento relacionado havia sido integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição.

Cientificado desta decisão, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, julgada improcedente pela DRJ, nos termos do Acórdão nº 12-082.412.

Inconformado com a decisão da DRJ, apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual argumenta que:

a) A ausência de retificação de DCTF ou de qualquer outra obrigação acessória jamais poderia ser impeditivo do reconhecimento do seu direito ao crédito, na medida em que o Fisco possui outros meios de apurar a existência de eventual indébito tributário. Assim, não restam dúvidas de que a falta de retificação da DCTF não deve implicar na perda do direito ao crédito;

b) Não há concomitância entre o presente processo e o Mandado de Segurança nº 0024185-79.2013.4.02.5101. A lide proposta foi no sentido de que fosse reconhecido o direito líquido e certo da recorrente não se sujeitar à incidência do PIS/Cofins sobre as receitas de interconexão, bem como para reconhecer o crédito referente a eventuais valores pagos indevidamente, relativamente a contribuições apuradas e recolhidas após a impetração do *writ*. O objeto da ação judicial se destina apenas às contribuições de PIS e Cofins apuradas e recolhidas após a distribuição do referido MS;

c) No caso concreto, há uma divisão muito clara. Os pagamentos indevidos de PIS/COFINS sobre receitas de interconexão de redes, apuradas antes de 23.9.2013, foram objeto de pedido administrativo de restituição. Apenas os pagamentos realizados com base em apurações de PIS/COFINS feitas partir de 23.9.2013, foram objeto do pedido judicial formulado no Mandado de Segurança nº 0024185-79.2013.4.02.5101. Bem verdade que há certa semelhança entre as causas de pedir dos processos administrativos e judicial. Ambos estão fundados na “não incidência do PIS/COFINS sobre receitas de interconexão”. Todavia, os pedidos efetuados para se afastar o PIS e a COFINS sobre as receitas de interconexão, bem como para se reconhecer o crédito sobre pagamentos indevidos realizados envolvem a mesma discussão para períodos de apuração distintos. Frise-se: os pedidos administrativos se voltam às contribuições apuradas e pagas antes da impetração do mandado de segurança. Já aquelas apuradas e pagas após o ajuizamento da ação judicial são objeto do mandado de segurança. Diante desse cenário, verifica-se que não há concomitância entre o mandado de segurança em curso perante o Poder Judiciário e o presente processo administrativo, tendo em vista que os períodos de apuração relativos ao crédito referente ao indébito tributário são distintos;

d) Os valores recebidos pela Recorrente e repassados a outras operadoras a título de interconexão de redes não configuram receita tributável pelo PIS e COFINS, pois não se trata de “receita” auferida pela Recorrente, quer do ponto de vista jurídico, quer mesmo do ponto de vista contábil. No caso dos valores recebidos pela Recorrente e repassados a terceiros a título de interconexão de redes, o que se verifica é um mero e transitório ingresso de recursos que devem ser repassados ao terceiro que cedeu seus meios de rede à Recorrente. Não há, portanto, qualquer efetivo acréscimo patrimonial da Recorrente, porque já há um imediato e compulsório destino para aquele valor recebido, que é repassado para as outras operadoras de telecomunicação;

e) A tributação nos moldes pretendidos pelo Fisco implica a tributação pelo PIS/COFINS da receita total auferida pela Recorrente pela prestação do serviço de

telecomunicação, incluindo a parcela que será repassada a terceiros pela interconexão de redes. E, além dessa tributação, nos termos da pretensão fiscal, haveria uma nova incidência do PIS/COFINS pelo terceiro que realiza a interconexão, no momento em que ele apropriar a receita que lhe é repassada, caracterizando o *bis in idem* tributário;

f) A base de cálculo do PIS/COFINS não deve ser integrada por elementos estranhos à receita auferida, notadamente pelos valores que devem ser repassados a terceiros a título de interconexão de redes. Na prática, isso faz com que todo o valor pago pela Recorrente a título de PIS/COFINS sobre esses valores de interconexão de redes seja qualificado como indébito tributário, que lhe deve ser restituído.

Termina o recurso requerendo o provimento para que seja reformado o acórdão recorrido, a fim de que seja deferido o pedido de restituição formulado.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède, Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido na Acórdão nº 3302-006.815, de 25 de abril de 2019, proferido no julgamento do processo 16682.900008/2014-90, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcrevem-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, os entendimentos que prevaleceram naquela decisão (Acórdão nº 3302-006.815):

"O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

O cerne da questão está em decidir se há concomitância entre esse processo administrativo e o Mandado de Segurança nº 0024185-79.2013.4.02.5101. Para tanto, é necessário analisar os objetos dos respectivos processos.

Conforme já mencionado na decisão a quo, o indébito pleiteado no Pedido de Restituição decorre, nas palavras do contribuinte, "da indevida inclusão na base de cálculo do PIS de valores referentes a ingressos de numerário em razão de contratos de interconexão, os quais não constituem "receita" da Manifestante". Portanto, defende em processo administrativo a não incidência do PIS/COFINS sobre tarifas de interconexão.

Vejamos o objeto do MS nº 0024185-79.2013.4.02.5101:

Pela petição inicial, temos os seguintes pedidos:

a) concessão de medida liminar para assegurar o direito líquido e certo da impetrante à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do art. 151, IV, do CTN, das

contribuições ao PIS e a Cofins, sobre os meros ingressos apurados mensalmente pelo regime de competência pela impetrante decorrentes tão somente das tarifas de interconexão recebidas dos usuários pela co-prestação dos serviços de telecomunicações prestados pelas demais operadoras e a elas integralmente repassadas (serviços de transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza);

b) determinação à Autoridade Coatora sobre o contido da decisão liminar, bem como acerca do conteúdo do presente mandamus, para que no prazo legal, preste as informações que entender necessárias, com a posterior oitiva do representante do Ministério Público;

c) Ciência à União Federal, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009;

d) ao final, a concessão da segurança para confirmar a liminar requerida e assegurar o direito líquido e certo de a impetrante não se sujeitar à incidência das contribuições ao PIS e à Cofins, sobre meros ingressos apurados mensalmente pelo regime de competência pela impetrante decorrentes tão somente das tarifas de interconexão recebidas dos usuários pela co-prestação dos serviços de telecomunicações prestados pelas demais operadoras e a elas integralmente repassadas (serviços de transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza), sob pena de violação ao art. 2º da Lei nº 9,718/99 e aos arts. 5º, II; 145 § 1º; 150, I e IV e 195, I, "b" da Constituição Republicana de 1988, com a conseqüente compensação do indébito dessas contribuições, apurados desde a distribuição do presente writ, devidamente atualizado pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado, nos termos dos artigos 165, 170 e 170-A do CTN.

A sentença de primeiro grau do Mandado de Segurança nº 0024185-79.2013.4.02.5101, assim decidiu:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por INTELIG COMUNICAÇÕES LTDA contra ato atribuído ao DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE MAIORES CONTRIBUÍNTES NO RIO DE JANEIRO - DEMAC, objetivando a declaração de não incidência das contribuições ao PIS e à COFINS, sobre os ingressos apurados mensalmente pelo regime de competência pela Impetrante, decorrentes de tarifas de interconexão - serviços prestados pelas demais operadoras, que são posteriormente repassados àquelas congêneres, bem como a declaração do direito de compensar o indébito referente a estas contribuições, apurado desde a distribuição do writ.

Sustenta, em apertada síntese, que as chamadas "tarifas de interconexão" não constituem receita, e sim meros ingressos econômicos ou financeiros, tendo em vista que são recebidas, em um primeiro momento, pela Impetrante, porém repassadas em seguida às operadoras que efetivamente prestaram os serviços ao cliente usuário da Impetrante.

(...)

Pelo exposto, com fulcro no art. 269. I, do CPC. JULGO PROCEDENTE O PEDIDO e CONCEDO A SEGURANÇA, para determinar ao Impetrado que se abstenha de exigir da Impetrante que recolha o PIS e a Cofins, incluindo na base de cálculo o valor recebido pela Impetrante e posteriormente repassado a operadora congênera, que prestou efetivamente o serviço, a título de "tarifa de interconexão", bem como para declarar o direito da Impetrante à compensação do indébito, apurado desde a distribuição do presente, na forma da lei de regência, de acordo com a modalidade escolhida pelas Impetrantes, aplicando-se a SELIC como critério de atualização do indébito, vedada a cumulação com qualquer outro índice, nos termos da fundamentação supra.

Analizando as razões jurídicas apresentadas na peça recursal, fico convencido da identidade das demandas administrativa e judicial, pois nas duas esferas o que se discute é a inexistência de relação jurídica tributária do PIS e da Cofins em relação as receitas de interconexão. O próprio recorrente reconhece essa congruência entre os processos administrativo e judicial. Sua alegação para afastar a concomitância se ampara no fato de que os pagamentos indevidos de PIS/COFINS sobre receitas de interconexão de redes, apuradas antes de 23.9.2013, foram objeto de pedido administrativo de restituição, e que apenas os pagamentos realizados com base em apurações de PIS/COFINS feitas partir de 23.9.2013, foram objeto do pedido judicial formulado no Mandado de Segurança nº 0024185-79.2013.4.02.5101.

Não comungo do entendimento no qual a concomitância é afastada pela falta de identidade entre os períodos de apuração apontados nos processos judicial e administrativo. O diferencial entre os períodos de apuração, aqueles contemplados pelo mandamus e os não contemplados, na minha visão, refere-se somente à possibilidade de o recorrente utilizá-los para pedido de compensação antes do trânsito em julgado, por ordem judicial, conforme sua solicitação na exordial. Os demais períodos de apuração, os que foram apurados antes da distribuições do writ, deverão esperar o trânsito em julgado da ação para poderem se credenciar a objeto de um pedido de restituição, com possíveis compensações.

Digo isso, pois a decisão do Poder Judiciário sobre a incidência do PIS e da Cofins nas receitas oriundas das tarifas de interconexão, terá reflexos para todos os períodos de apuração, independentemente se foi contemplado no pedido do MS nº 0024185-79.2013.4.02.5101 ou não

Isso se deve ao fato de que na existência de processos paralelos, com objeto e finalidade idênticos, não é salutar que haja decisões com efeitos redundantes ou antagônicos. Em qualquer das hipóteses, prevalecerá a decisão judicial, motivo pelo qual a concomitância de processos ofende o princípio da economia processual. Em face disso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o processo administrativo fiscal em definitivo, em qualquer das fases em que ele se encontre.

Registre-se que a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais.

Sendo assim, nos casos em que o sujeito passivo opta pela via judicial para a discussão de matéria tributária implica na renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e do § 2º, art. 1º do Decreto-lei nº 1.737, de 1979.

Ratificando este entendimento, foi aprovado o enunciado de Súmula CARF nº 01, in verbis:

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.

Na linha do entendimento fixado, não conheço do recurso quanto à matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário e na parte conhecida, nego provimento ao recurso por enxergar identidade entre os pedidos e as causas de pedir apresentados no MS nº 2007.70.00.022276-5 e neste recurso administrativo."

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do Anexo II do RICARF, o colegiado decidiu por conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède