



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

Processo nº 18471.000226/2008-95
Recurso nº 161.103 Voluntário
Acórdão nº **3402-002.084 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de junho de 2013
Matéria COFINS/PIS - BASE DE CÁLCULO EXCLUSÕES - RESSARCIMENTOS DE CRÉDITOS DE IPI
Recorrente SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A
Recorrida DRJ - RIO DE JANEIRO - RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/11/2005 a 31/12/2006

CRÉDITO PRÊMIO DE IPI. AÇÃO RESCISÓRIA.

Receita de crédito-prêmio do IPI reconhecida por força de decisão judicial e posteriormente estornada em virtude de reconhecimento expresso do contribuinte quanto a procedência de ação rescisória e renúncia ao direito de crédito correspondente, não integra a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 30/11/2005 a 31/12/2006

PAF - CONCOMITÂNCIA - INOCORRÊNCIA

Não há concomitância, quando não coincidentes os objetos dos processos judicial e administrativa. Precedente do STJ e da CSRF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos dar provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Winderley Moraes Pereira (Suplente), Luiz Carlos Shimoyama, João Carlos Cassuli e Silvia de Brito Oliveira. O Conselheiro João Carlos Cassuli apresentará declaração de voto.

SILVIA DE BRITO OLIVEIRA

Presidente Substituta

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvia de Brito Oliveira (Presidente Substituta), Winderley Moraes Pereira (Suplente), Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça (Relator), Luiz Carlos Shimoyama (Suplente), João Carlos Cassuli Júnior e Adriana Oliveira e Ribeiro (Suplente).

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício Voluntário (fls. 416/448 Vol. III) interposto contra o v. Acórdão/DRJ/RJO nº 13-20.362 exarado em 27/06/08 (fls. 383/405 vol. II) pela 2ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro - RJ que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedentes”, “nos termos do relatório e voto os seguintes lançamentos originais:

a) Contribuição para o PIS (MPF nº 071900/01692/06 fls. 13/17 vol. I), notificado em 04/03/08 (fls. 14 vol. I), no valor total de R\$ 3.781.582,30 (PIS R\$ 3.033.158,10; e Juros R\$ 748.424,20), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 30/11/05, 31/12/05 e 31/12/06 em razão de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS do “valor obtido em decisão favorável na 21ª Vara Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0016658-2-RJ o valor relativo ao crédito prêmio de IPI, uma vez que o mesmo não o incluiu na determinação do débito apurado das referidas contribuições” (cf. TVF fls. 11/12), pelo que a d. Fiscalização considerou infringidos os dispositivos capitulados no AI, e devidos juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96;

b) COFINS (MPF nº 071900/01692/06 fls. 18/22 vol. I), notificado em 04/03/08 (fls. 19 vol. I), no valor total de R\$ 17.418.197,29 (COFINS R\$ 13.970.910,05; e Juros R\$ 3.447.287,24), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 30/11/05, 31/12/05 e 31/12/06 em razão de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS do “valor obtido em decisão favorável na 21ª Vara Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0016658-2-RJ o valor relativo ao crédito prêmio de IPI, uma vez que o mesmo não o incluiu na determinação do débito apurado das referidas contribuições” (cf. TVF fls. 11/12), pelo que a d. Fiscalização considerou infringidos os dispositivos capitulados no AI, e devidos juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. decisão de fls. 383/405 (vol. II) da 2ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro - RJ, houve por bem “julgar procedentes”, os lançamentos originais, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

*“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

*Período de apuração: 01/11/2005 a 31/12/2005, 01/12/2006 a
31/12/2006*

PIS/COFINS. BASE TRIBUTÁVEL. CRÉDITO-PRÊMIO DE 'PI.

*É cabível a tributação das receitas relativas ao crédito-prêmio
de IPI, que deve compor a base de cálculo das contribuições, nos
termos de suas respectivas legislações de regência.*

Lançamento Procedente”

Em suas razões de Recurso Voluntário (fls. 416/448 Vol. III) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve tendo em vista: a) preliminarmente a prejudicial de coisa julgada; b) a errônea diferença entre o tratamento da denominada receita auferida com crédito-prêmio de IPI pela empresa participante do programa BEFIEX e a auferida pela recorrente; c) a não submissão do crédito-prêmio às bases de cálculo do PIS de da COFINS; d) a imunidade e isenção do crédito-prêmio como ingresso de exportação; o crédito-prêmio como subvenção ou prêmio e a não incidência do pis e da COFINS.

Submetido o recurso a julgamento, em sessão de 11/03/08, através da Resolução nº 3402-00.083 (fls. 458/459) a C. 2ª Turma ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção do CARF, acolhendo proposta do ínclito Cons. Leonardo Siade Manzan, por maioria de votos (vencido o relator original Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça) converteu o julgamento em diligência, na forma do artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, para que restassem esclarecidos nos presentes autos os seguintes fatos: a) A decisão judicial proferida no writ impetrado pela Recorrente (Mandado de Segurança nº 99.0016658-2-RJ) transitou em julgado? Se sim, quando ocorreu o transito em julgado? A decisão final foi favorável à Recorrente e consignou expressamente os períodos discutidos nos presentes autos (30/11/05, 31/12/05 e 31/12/06)? b) Há prova na escrita fiscal da Recorrente de que os valores excluídos da base de cálculo das referidas contribuições sociais efetivamente referem-se a credito-prêmio de IPI? Se sim, até que ano o crédito-prêmio foi considerado?

No atendimento à diligência solicitada, às fls. 476/493, 546/547 e 565 a d. Fiscalização certifica que:

“7 — Pequeno resumo do desenvolvimento da Ação da SAB Trading

Em 11 de junho de 1999, a SAB TRADING, CNPJ Nº 42.354.274/0001-29, entrou com um Pedido de Ressarcimento de Crédito do IPI proveniente de exportação de produtos adquiridos no mercado interno, conhecido como Crédito Prêmio de IPI. Este benefício tem sua base legal no Art. 1º do Dec Lei Nº 469/69 e no Art. 10, inciso II, do Decreto-Lei Nº 1.894/81. Apesar de citado no pedido, o Art. 1º, inciso III, da lei nº 8402/92, se refere apenas ao inciso I do Art. 1º do DL Nº 1.894/81.

A SAB TRADING impetrou, em 08 de julho de 1999, na 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o Mandado de Segurança Nº 99.0016658-2 objetivando: a) concessão de medida liminar in alibi altera pars no sentido de obstar qualquer ação por parte da SRF que venha exigir o estorno ou impedir a utilização do crédito lançado em sua escrita fiscal e, b) no mérito da sentença, reconhecer em definitivo, o direito à manutenção dos créditos e assegurada a utilização dos créditos de IPI nos termos das IN SRF 21/97, 37/97 e 73/97. A liminar foi indeferida em 10 de dezembro de 1999, foi encaminhado a DRF-RJO/SRF o Ofício nº 1379/1999/21VF informando que foi concedida a liminar substitutiva, através de decisão proferida no Agravo de

Instrumento nº 99.02.29446-4/RJ (041242-AG/RJ), para não sofrer a agravante, qualquer coação que venha exigir-lhe o estorno e, via de consequência, cobra do valor do IN, conforme requerido.

A sentença foi prolatada no dia 07 de maio de 2001 concedendo a segurança, assegurando, a impetrante, a utilização dos créditos de IPI nos termos da IN SRF nº 21/97, consolidada pela IN SRF nº 73/97 e 37/97. Em julho de 2001, a União entrou com a Apelação em Mandado de Segurança, distribuída no Egrégio TRF/2a Região com o nº 2001.02.01.047030-0 (41778-AMS/RJ).

No dia 04 de setembro de 2002, por unanimidade, a Segunda Turma do TRF/2a Região, negou provimento h apelação e A. remessa necessária. No dia 16 de junho de 2003, foi expedido o Ofício nº 542/03, comunicando que em 12 de junho de 2003, foi prolatada decisão que determinava o cancelamento das glosas efetuadas, aplicando a correção dos valores e a alíquota de 15% a todos os bens, e a expedição das Notas de compensação e dos DARF SIAFI relativas às compensações.

Em 15 de agosto de 2003, a Unido apresentou um recurso Extraordinário. Em 19 de abril de 2004, o recurso foi inadmitido. Em 03 de outubro de 2005, ocorreu o trânsito em julgado.

Em 15 de dezembro, a PFN ajuizou Medida Cautelar Inominada nº 2005.02.01.014472-3, preparatória de ação rescisória, cuja liminar foi deferida em 19 de dezembro de 2005.

Em 14 de março de 2006, o TRF/2a Regido esclareceu que a liminar deferida não autoriza a desconstituição dos pedidos de ressarcimento e compensações tributárias.

Em 18 de janeiro de 2006, a Unido Federal ajuizou a ação rescisória nº 2006.02.01.000416-4. Em 12 de abril de 2007, a ação rescisória foi julgada procedente, estabelecendo que o crédito-prêmio foi extinto na melhor das hipóteses em 05/10/1990.

A decisão judicial vigente para o Mandado de Segurança nº 99.00 16658-é o Acórdão prolatado pelo o TRF/2a Regido na Ação Rescisória nº 2006.02.01.0 0416-4. Este acórdão estabelece que:

A - O crédito-prêmio de IPI foi extinto em 30 de junho de 1983 (folha 2 da Ementa);

"Afastadas as normas inconstitucionais que autorizavam o Ministro da Fazenda a dispor sobre os incentivos fiscais, prevalecem as regras anteriores, ou seja, os Decretos-lei nº 1.658/79 e 1.722/79, que estabeleceram a extinção do crédito-prêmio de IPI na data de 30 de junho de 1983."

B — Mesmo desconsiderando o efeito dos Decretos-Lei, o benefício se extinguiu em 05 de outubro de 1990 (folha 2 da Ementa);

"Se assim não fosse, a extinção ocorreria em 05 de outubro de 1990, de acordo com o disposto no artigo 41 e seu § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988."

C — A ação quando proposta, o prazo prescricional já tinha sido extinto, resultando em crédito inexistente (folhas 141 e 142 do voto do relator).

"Feitas essas considerações acerca da aplicação do art. 41, § 1º, do ADCT da Constituição Federal, chega-se à conclusão que a ação na qual foi proferido o acórdão rescindendo, quando proposta, em julho de 1999, observado o prazo prescricional, o crédito-prêmio pleiteado era inexistente, eis que extinto antes do período cuja restituição é pretendida (mesmo considerada a extinção do crédito-prêmio em 05/10/90 — artigo 41 do ADCT)."

Na conclusão do voto do relator (folha 148) este volta a se manifestar declarando;

"Concluí o meu voto reconhecendo,-consoante a fundamentação nele consignada, a extinção do benefício do crédito-prêmio instituído pelo Decreto-lei nº 491/69 em 30/06/1983."

"Contudo, ainda que sua extinção houvesse acontecido em 05/10/1990, nos termos do artigo 41, § 1º do ADCT à CF/88, resultou dos debates que a lide, no caso, diz respeito a fatos verificados a partir de 1994."

O texto final do Acórdão é dado abaixo.

"Decide a Egrégia Segunda Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória e, em juízo rescisório, dar provimento à apelação e à remessa necessária, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial da ação de mandado de segurança, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."

Conforme se observa dos trechos citados acima, de acordo com a decisão judicial vigente, o direito creditório pleiteado é inexistente. Portanto, todos os processos estão em condições de ser indeferidos.

A ação da SAB não está transitada em julgado.

8 - Situação do Caso SAB Trading

A decisão vigente para o Mandado de Segurança Nº 99.0016658-2, impetrado pela SAB não contempla a existência de créditos para o impetrante. Desta forma, todos os processos que pleiteiam créditos lastreados neste direito creditório estão em condições de ser decididos indeferindo os respectivos pleitos. Relativamente a este mandamus existem para ser decididos:

-quatro processos de ressarcimento com compensações de débitos próprios (total de 25 milhões de reais):

-um processo de compensação;

- trinta e oito processos de ressarcimento, sendo que onze com compensação com débitos de terceiros;

Além desses, consta do processo de ressarcimento nº 10768.005718/2003, uma solicitação de compensação em nome de SAB INVESTIMENTOS e no processo nº 15374.000644/2006-21, uma solicitação de compensação de débito próprio relativo ao processo de ressarcimento nº 10768.001995/2007-18, já decidido e sem indeferir esta compensação. É importante verificar se estas compensações já não foram decididas antes.

Uma relação de processos da SAB existentes no gabinete da DERAT/RJO é colocada ao fim do relatório.

O controle dos processos da SAB foi feito através de um programa desenvolvido em access pela DITEC da Superintendência. O acesso era feito através do computador da AFRFB Tania Caldas e que teve um problema no disco rígido, sendo perdidos todos os dados nele registrados, inclusive o acesso ao referido programa. Neste programa, provavelmente pode-se verificar se já houve cobrança das duas compensações citadas acima. Assim que for decidido em que máquina este controle deva ser reativado, é necessário verificar a viabilidade de se reativar tal sistema.

Apesar da legislação ser bem clara de que o indeferimento de pedidos de ressarcimento e de compensação lastreados em crédito-prêmio de IPI não admite o recurso denominado Manifestação de Inconformidade, a SAB tem incansavelmente procurado este direito na justiça, sem resultado. Impetrou diversos Mandados de Segurança com tal objetivo, como por exemplo os de nº 2007.51.01.029900-6 e 2008.51.01.014218-3, tendo sempre a segurança denegada. A SAB também entrou com ação ordinária na Justiça Federal em Brasília nº 2008.34.00.012925-8 tentando obter a antecipação de tutela para anular as decisões administrativas proferidas pela DERAT/RJO. -0 pedido foi julgado improcedente.

Os recursos contra as decisões administrativas indeferindo os pleitos da SAB devem ser encaminhados à DISIT/SRRF07, salvo se algum Mandado de segurança o impedir.

Com relação aos demais processos, eu solicitei a AFRFB Tania Caldas que fornecesse algumas informações que estão colocados ao fim deste relatório.”

(...)

MF/RFB/Derat-RJO/Gabin

Em 20/03/09”

(...)

“Trata o presente processo de Autos de Infração referentes aos tributos PIS e COFINS relativos ao período de apuração NOV/2005, DEZ/2005 e DEZ/2006, lavrados com exigibilidade

suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos da Medida Cautelar Inominada Preparatória de Ação Rescisória nº 2005.02.01.014472-3, da 21 Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, conforme fls. 13/22.

A DICAT/DRJ/RJOI encaminhou o presente processo a esta EAJUD com o escopo de que seja informado o andamento da ação judicial nº 99.0016658-2, em atendimento à solicitação formulada no item "a" da Resolução nº 3402-00.083 proferida pelo CARF/MF (fls. 458/459 e 475).

Sendo assim, informamos que o Mandado de Segurança no 99.0016658-2 transitou em julgado em 03 de outubro de 2005 (fls. 125), garantindo à interessada o direito à utilização dos créditos provenientes de estímulos fiscais relativos ao IPI incidente sobre venda de produtos industrializados no exterior, bem como o reconhecimento dos créditos, para que sejam utilizados nos termos do § 1º do art. 39 da Lei nº 9.532/97, admitindo-se, assim, as formas de restituição, ressarcimento, compensação entre tributos, contribuições de diferentes espécies e compensação com débito de terceiro (fls. 513/520), não tendo sido especificados expressamente os períodos discutidos nos presentes autos.

Ocorre que, a União Federal propôs a supracitada Ação Cautelar com objetivo de obter provimento cautelar, inclusive liminar, para suspender a execução do acórdão proferido nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.047030-0 (Mandado de Segurança originário nº 99.0016658-2). A liminar foi deferida, determinando a suspensão dos efeitos e da consequente execução do acórdão nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.047030-0, até a decisão definitiva da lide na Ação Rescisória a ser proposta no prazo do artigo 806 do CPC, como consta do pedido liminar formulado pela Fazenda Nacional (fls. 121/152).

Sucedede que, a interessada em epígrafe interpôs Agravo Interno, em face de decisão proferida (vide fls. 512/519) que autorizou a União Federal a desconstituir os pedidos de ressarcimento e compensações tributárias realizadas pela agravante no regime de lançamento por homologação e em razão do acórdão transitado em julgado, cujos efeitos foram apenas suspensos (não desconstituídos) pelo referido provimento cautelar. O referido recurso foi provido nos termos da liminar anteriormente deferida (fls. 153/162).

Os autos da mencionada Medida Cautelar, atualmente, encontram-se arquivados, conforme fls. 521.

A União Federal ajuizou a Ação Rescisória nº 2006.02.01.000416-4, cujo acórdão proferido pelo TRF-2a Regido a julgou procedente e, em juízo rescisório, deu provimento à apelação e à remessa necessária, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial dos autos do Mandado de Segurança nº 99.0016658-2, rescindindo-se,

portanto, o acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal nos autos do citado Mandado de Segurança (fls. 362/365).

Os Embargos de Declaração opostos pela União Federal em face do acórdão proferido nos Embargos de Declaração apresentados nos autos da citada Ação Rescisória foram parcialmente providos, para declarar que o julgamento de procedência da citada Ação Rescisória alcança a decisão rescindida de forma a desconstituir seus efeitos ab initio (desde começo), consoante fls. 524/545.

Os autos judiciais da Ação Rescisória encontram-se, atualmente, no TRF-2ª Região (fls. 522/523).

Ressalte-se que foi juntada, às fls. 476/520, cópia de peças processuais extraída dos autos do PM nº 10768.017.223/99-56 (acompanha MS nº 99.0016658-2), destacando-se às fls. 484/486 (item 7) do Relatório elaborado pela antiga DERAT/RJ relativamente aos trabalhos desenvolvidos com a contribuinte em epígrafe.

Ante o exposto, e considerando a solicitação às fls. 475, proponho encaminhamento a DIFIS/DRF/RJOI para prosseguimento.

Em 07/06/2011”

(...)

“Trata o presente processo de Auto de Infração referente, aos tributos de PIS e COFINS, lavrados com exigibilidade suspensa por força de liminar concedida nos autos da Medida Cautelar Inominada Preparatória de Ação Rescisória nº 2005.02.01.014472-3, da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Conforme solicitado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais às fls. 458/459, estamos anexando cópia da registro contábil do crédito prêmio de IPI referente aos meses de NOV/2005, DEZ/2005 e DEZ/2006 (fls. 549/558).

Em função do Supremo Tribunal Federal ter decidido pela extinção do crédito prêmio de IPI após 04/10/1990, por força do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT(RE nº 577.348/RS, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos), e sujeito passivo apresentou juntamente o razão da conta onde foram estornados os valores tidos como receita de crédito prêmio de IPI decorrentes de exportações realizadas após 04/10/1990. Cabe, ainda, informar que os respectivos registros do "estorno do crédito prêmio ocorreram em 30/08/2009 e 30/09/2009 (559/560).

Isto posto, proponho o encaminhamento deste processo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Em 24/11/11”

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/07/2013 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 17/07/2013 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 18/07/2013 por SILVIA DE BRITO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 18/07/2013 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Impresso em 09/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

Inicialmente registro que há na primeira folha da petição de recurso (fls. 44) duas autenticações de protocolo do DERAT/RIO: uma datada de 27/08/08 e outra de 02/09/08. Entretanto, considerando que há na mesma folha 44 um carimbo da DERAT encaminhando o Recurso datado de 01/09/08, tudo leva a crer que o recurso foi realmente protocolado na data da primeira autenticação (27/08/08), e portanto é tempestivo, vez que a decisão ora recorrida foi notificada à Recorrente por via postal em 29/07/08 (cf. AR de fls. 408 vº - vol. III), razões pelas quais dele conheço.

Da mesma forma, verifico que a questão relativa à prejudicial de concomitância foi bem afastada pela própria r. decisão recorrida, eis que o objeto da ação judicial (ressarcimento e compensação de crédito-prêmio de IPI) em nada interfere com o objeto da presente ação fiscal que tem por objeto supostas exclusões indevidas das bases de cálculo de PIS e da COFINS no período excogitado.

Nesse sentido já assentou o 1º CC que: “só existe concomitância quando no processo administrativo se discutir o mesmo objeto da ação judicial” e “se isso não ocorrer, então não há concomitância e a autoridade administrativa julgadora deve conhecer o mérito do litígio” (cf. Ac. nº 108-08494 da 8ª Câmara do 1º CC, em sessão de Sessão de 13/09/05, Rel. José Henrique Longo), sob pena de nulidade da decisão, por desatender aos requisitos essenciais que os artigos 31 e 59, inc. II do Decreto nº 70.235/72 enumeram como condição de sua validade (Ac. da 3ª Turma da CSRF no Recurso de Divergência nº 301-122696, Proc. nº 13149.000230/96-05 em sessão de 17/05/05 Acórdão de CSRF/03-04.421, Rel. Cons. Paulo Roberto Cucco Antunes, em nome de VIAÇÃO XAVANTE LTDA).

Assim, não há concomitância, quando não coincidentes os objetos dos processo judicial e administrativa, ou quando o objeto do processo administrativo for mais abrangentes que o judicial, tal como já reconheceu a Jurisprudência Administrativa e judicial e se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial.

2. A exegese dada ao dispositivo revela que: "O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser

tomada. (...) Entretanto, tal **pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial**". (Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila. *Direito Processual Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 349).

3. In casu, os **mandados de segurança preventivos**, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, **comporta o objeto da ação anulatória do lançamento na via administrativa**, guardando **relação de exclusão**.

4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus – tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) - com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a maior (pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato).

5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjugar-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional.

6. Mutatis mutandis, mencionada exclusão não pode ser tomada com foros absolutos, porquanto, a contrario sensu, torna-se possível demandas paralelas quando o objeto da instância administrativa for mais amplo que a judicial.

7. Outrossim, nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa, caso a demanda judicial seja extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), pelo que não estará solucionado a relação do direito material.

8. Recurso Especial provido, divergindo do ministro relator. (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no REsp nº 840.556-AM; Reg. nº 2006/0085196-9, em sessão de 26/09/06, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel p/Ac Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 20/11/06 p. 286)

"IRF Aplicações financeiras de renda fixa Instituições de Previdência Privada Pessoas jurídicas imunes opção pela via judicial as **questões postas ao conhecimento do judiciário implica a impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa**, (...), posto que a decisão daquele Poder detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetido de forma definitiva, com efeito, de coisa julgada. Todavia, **sendo a autuação posterior à demanda judicial, nada obsta que se conheça o recurso quanto à legalidade no lançamento em si, que não o mérito litigado no judiciário**. (...)." (Ac un da 4ª C do 1º CC nº 10418.397 Rel. Cons. Nelson Mallmann j 17/10/01 DOU 1 07/01/02, p 61 ementa oficial, publ. in RJOB-1 Trib., Const. e Adm. nº 02/2001, E-1-16839)

exigibilidade do crédito tributário constituído através do lançamento, e dos consectários lógicos do seu inadimplemento (acréscimos moratórios), que não forem objeto da sentença.

Superada a questão da concomitância passo ao exame do mérito do recurso que se prende à legitimidade (ou não) de supostas exclusões indevidas das bases de cálculo de PIS e da COFINS no período excogitado.

Nesse ponto, o recurso merece provimento, eis que a Jurisprudência desta Corte Administrativa tem reiteradamente proclamado que as parcelas relativas à recuperação de créditos de IPI e ICMS registrados extemporaneamente não representam entradas de receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial, e não portanto não integram as bases de cálculo do PIS e da COFINS, como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/08/2000

Ementa: BASE DE CÁLCULO. RECEITA. CRÉDITO DO ICMS.

O valor do ICMS registrado extemporaneamente não representa entrada de receita e não integra a base de cálculo do PIS.

(...)

Recurso provido em parte. (cf. ACÓRDÃO nº 201-79494, Rec. nº 122665, Proc. nº 10940.000811/2001-33, em sessão de 27/07/06, Rel. Cons. Walber José da Silva, publ. in D.O.U. de 14/08/2007, Seção 1, pág. 288,)

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1998 a 28/02/1998, 01/06/1998 a 30/06/1998, 01/09/1998 a 31/12/2002

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1998 a 28/02/1998, 01/06/1998 a 30/06/1998, 01/09/1998 a 31/12/2002

(...)

CRÉDITO PRESUMIDO. ICMS E IPI. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98 DECLARADA PELO STF. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS.

O crédito presumido do ICMS e do IPI são parcelas relacionadas à redução de custos e não à obtenção de receita nova oriunda do exercício da atividade empresarial. Por decisão definitiva proferida pelo STF, deve ser afastada a inclusão na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins das parcelas relativas ao crédito presumido do ICMS e do IPI, por não se constituírem em receitas decorrentes da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços.

Recurso provido.” (cf. ACÓRDÃO nº 202-18396 da 2ª Câmara do 2º CC, Rec. nº 139098, Proc. nº 13973.000401/2003-65, em sessão de 18/10/07, Rel. Cons. Maria Cristina Roza da Costa, publ. in D.O.U. de 07/03/2008, Seção 1, pág. 29)

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/09/2004

(...)

BASE DE CÁLCULO. ICMS. CESSÃO DE CRÉDITO.

As cessões onerosas e outras operações semelhantes envolvendo créditos de ICMS, por representarem mera mutação patrimonial, não integram a base de cálculo da contribuição.

Recurso provido em parte.” (cf. ACÓRDÃO nº 201-80864 da 1ª Câmara do 2º CC, Rec. nº 142593, Proc. nº 13609.000792/2004-57, em sessão de 13/12/07, Rel. Cons. José Antonio Francisco, publ. in D.O.U. de 23/04/2008, Seção 1, pág. 45)

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/2003

Ementa: PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS.

Não há incidência de PIS sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial.

(...)

Recurso provido em parte. (cf. ACÓRDÃO nº 201-80785 da 1ª Câmara do 2º CC, Rec. nº 131895, Proc. nº 10825.001520/2003-41, em sessão de 11/12/07, Rel. Cons. Fabíola Cassiano Keramidas, publ. in D.O.U. de 23/04/2008, Seção 1, pág. 41),

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

Ementa: COFINS. CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA DE COFINS.

Não há incidência de Cofins sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial.

Recurso provido.” (cf. ACÓRDÃO nº 201-80505 da 1ª Câmara do 2º CC, Rec. nº 138254, Proc. nº 13005.000506/2005-33, em sessão de 15/08/07, Rel. Cons. Gileno Gurjão Barreto, publ. in D.O.U. de 08/01/2008, Seção 1, pág. 22)”

Isto posto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário**, para julgar improcedentes os lançamentos de PIS, da COFINS e respectivos Juros consubstanciados nos Autos de Infração inicialmente referenciados, e incidentes sobre as parcelas relativas às receitas decorrentes de ressarcimentos de créditos-prêmio de IPI extemporâneos que, por não representarem entradas de receitas novas oriundas do exercício da

atividade empresarial, não integram as bases de cálculo do PIS e da COFINS, tal como pacificamente reconhecido pela Jurisprudência retro mencionada.

Sala das Sessões, em 26 de junho de 2013

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Declaração de Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, com Declaração de voto.

Em face do resultado do julgamento, que por unanimidade de votos, houve por bem em concluir pelo cancelamento dos lançamentos tributários constituídos em desfavor da Recorrente neste Processo Administrativo Tributário, mas que, parte dos Conselheiros entenderam por votar “pelas conclusões” do Ilustre Relator, coube-me a honrosa tarefa de exprimir as razões desta divergência de fundamentos, embora o resultado final seja o mesmo, no sentido de se exonerar o crédito tributário em questão.

É que nestes autos foi constituído crédito tributário das contribuições ao PIS e à COFINS, decorrente do entendimento da autoridade autuante de que o registro contábil feito pela Recorrente do crédito-prêmio de IPI decorrente da ação judicial que transitara em julgado em seu favor, representa receita tributável, de acordo com as bases de cálculo previstas nas Leis ns. 10.637/02 e 10.833/03.

Embora defenda a Recorrente que este crédito-prêmio de IPI não reveste-se da natureza de receita, por ser uma subvenção dada ao exportador, ou um incentivo fiscal visando a recuperação de custos, e, conseqüentemente, não teria natureza de receita, tese a qual o Ilustre Relator, Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça houve por bem agasalhar em sua fundamentação para prover o recurso; a maioria dos Conselheiros entendeu que não seria pertinente adentrar nessa temática, pois que haveria outra motivação e especialmente fato superveniente que resolveria a contenda no mesmo sentido. Assim, não se colocou em votação a natureza jurídica do crédito-prêmio de IPI, se de receita, de subvenção ou recuperação de custos. Votou-se pelas conclusões, baseado em outros fundamentos que passo a explicar.

A primeira motivação que ensejara o fundamento condutor das conclusões a que chegou a maioria do Colegiado, decorre do próprio fato dos lançamentos em questão terem sido lavrados com a finalidade de prevenir a decadência, com expressa suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pois que havia Ação Rescisória em tramitação, visando a desconstituição do julgado que concedera o direito ao sujeito passivo. Logo, se a Rescisória viesse a ser procedente, desapareceria o crédito, e, conseqüentemente a discussão sobre a existência ou não de “receita”: se improcedente, aí sim, os créditos seria hígidos e conseqüentemente, a Administração entendia que o registro da “receita” seria definitivo.

Mas de grande repercussão no deslinde da contenta foi o fato de ter havido sentença procedente da Ação Rescisória.

Compulsando os autos, se pôde extrair do “resultado da diligência” determinada nestes autos (transcrita no relatório) que:

“A União Federal ajuizou a Ação Rescisória nº 2006.02.01.000416-4, cujo acórdão proferido pelo TRF-2a Região a julgou procedente e, em juízo rescisório, deu provimento à apelação e à remessa necessária, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial dos autos do Mandado de Segurança nº 99.0016658-2, rescindindo-se, portanto, o acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal nos autos do citado Mandado de Segurança (fls. 362/365).

Os Embargos de Declaração opostos pela União Federal em face do acórdão proferido nos Embargos de Declaração apresentados nos autos da citada Ação Rescisória foram parcialmente providos, para declarar que o julgamento de procedência da citada Ação Rescisória alcança a decisão rescindida de forma a desconstituir seus efeitos ab initio (desde começo), consoante fls. 524/545”

Pela leitura que se viu da conclusão da diligência, se conclui que a Rescisória desconstituiu a própria sentença e acórdão anterior, produzindo efeitos “ab initio”, ou seja, reconheceu como se jamais houvera o direito pleiteado na Ação rescindenda. Assim, se em algum momento pudesse sobrevir dúvida dos efeitos da sentença da Ação Rescisória, neste caso em particular, o TRF da 2.^a Região foi expresso em atribuir-lhe efeitos “ex tunc”, ou seja, retroativos.

Ainda restou um fundamento decisivo na conclusão da douda maioria, que igualmente se colhe da conclusão da diligência, abaixo transcrita:

“Em função do Supremo Tribunal Federal ter decidido pela extinção do crédito prêmio de IPI após 04/10/1990, por força do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT(RE nº 577.348/RS, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos), e sujeito passivo apresentou juntamente o razão da conta onde foram estornados os valores tidos como receita de crédito prêmio de IPI decorrentes de exportações realizadas após 04/10/1990. Cabe, ainda, informar que os respectivos registros do "estorno do crédito prêmio ocorreram em 30/08/2009 e 30/09/2009 (559/560).”

Ou seja, o procedimento do contribuinte de ter procedido ao estorno dos créditos que havia registrado em sua contabilidade, para com isso amoldar-se ao entendimento consagrado pelo STF, e mais, que ficou comprovado que este estorno refere-se aos períodos objeto do lançamento em questão, também influenciou nos fundamentos da decisão. Isso porque, se a decisão prolatada na Ação Rescisória rescinde a sentença com efeitos “ab initio”, significa que os créditos, na realidade, não existem validamente, carecendo de substrato material para a base de cálculo. Portanto, em que pese ter havido motivo para o registro contábil dos créditos em um determinado momento (em que vigorante sentença favorável), na realidade a superveniência da decisão da Ação Rescisória e a atribuição de efeitos “ab initio”, é determinante para o cancelamento dos créditos, pois que inconsistentes. Inclusive sequer poderiam ser objeto de manutenção na escrita societária.

Finalmente, mas não menos importante, foi igualmente verificado que a sentença proferida na Ação Rescisória ainda não transitou em julgado. Porém, constatou-se que o sujeito passivo fez acostar aos autos petição em que informa ter concordado expressamente com a procedência da Ação Rescisória, renunciando ao seu direito de defesa, com relação aos

créditos gerados anteriormente a 04 de outubro de 1990, alinhando-se ao entendimento pacificado pelo STF, tudo isso, para fins de aderir ao parcelamento instituído pela MP 470/09.

Desta forma, ainda que não haja o trânsito em julgado da Ação Rescisória como um todo, quanto aos créditos que foram estornados, nos termos que a diligência acima constatou, é certo que não há nenhuma possibilidade de que futuramente o sujeito passivo possa vir a registrar idênticos créditos em sua escrita, quando já decaído o direito da Fazenda constituir o crédito fiscal. Já há, efetivamente, pleno reconhecimento judicial que não há direito a crédito de exportações realizadas posteriormente a 04 de outubro de 1990. E, tendo havido o estorno dos créditos indevidamente registrados (digo “indevidamente” porque a Rescisória atribuiu efeitos “ab initio” à sentença rescindenda), falecendo de substrato material para sobre ele haver a incidência tributária.

Assim sendo, nos termos da fundamentação acima declaradas, votou-se pelo cancelamento do lançamento tributário, diante do estorno dos créditos em virtude de reconhecimento expresso do contribuinte quanto a procedência de ação rescisória e renúncia ao direito de crédito correspondente.

É a declaração de voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Jr. – Conselheiro com Declaração de Voto.