



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

Processo nº 10882.003047/2004-32
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3401-002.894 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Recorrente WALMART BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001

DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8.

Editada a súmula vinculante nº 8 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo aplicável à Fazenda para providenciar a constituição do crédito tributário passa a ser 05 (cinco) anos, nos moldes do Código Tributário Nacional.

CONCORRÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. CONCOMITÂNCIA. CONFIGURAÇÃO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial onde se alterca a mesma matéria veiculada em processo administrativo, a qualquer tempo, antes ou após a inauguração da fase litigiosa administrativa, conforme o caso, importa em a ao direito de recorrer ou desistência do recurso interposto

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade não conhecer do Recurso de Ofício e do Recurso voluntário, apenas se conheceu quanto a decadência que se deu provimento.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Ângela Sartori - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: JULIO CESAR ALVES RAMOS (Presidente), ROBSON JOSE BAYERL, JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, ELOY EROS DA SILVA NOGUEIRA, ANGELA SARTORI e BERNARDO LEITE DE QUEIROZ LIMA

Relatório

Trata-se de lançamento de crédito tributário para exigibilidade de COFINS, no valor de R\$ 2.368.078,99 (dois milhões, trezentos e sessenta e oito mil, setenta e oito reais e noventa e nove centavos), relativo à contribuição calculada sobre o faturamento à alíquota de 2%, não recolhida nos períodos de 09/1998, 02/2000, 07/2000, 07/2001 e 10/2001.

Relata a autoridade fiscal, no Relatório Fiscal, fl. 226/228, que durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados em DCTF e os valores declarados em DIPJ.

Em análise à impugnação apresentada, fls. 274/285, a Primeira Turma Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP - DRJ/CPS, prolatou, na sessão de 04 de abril de 2005, a Resolução nº 587, fls. 885/887, a qual converteu o julgamento em diligência, conforme trechos colacionados abaixo:

Vê-se, nos autos, que a fiscalização não logrou êxito em obter esclarecimentos do contribuinte no curso do procedimento fiscal, acerca da formação da base de cálculo, assim decidindo por determinar o crédito tributário a partir daquela informada na DIPJ (fls. 58). Por outro lado, para determinar a COFINS incidente sobre "outras receitas", valeu-se dos valores informados pelo contribuinte no início do procedimento fiscal (fls. 19/32).

Ocorre que, embora o contribuinte não traga prova documental dos fatos alegados, há freqüente coincidência entre o total a que se chega somando a receita bruta de vendas e as outras receitas informadas pelo contribuinte no início do procedimento fiscal (fls 19/32) e o total da receita bruta declarada em sua DIPJ. Os valores estão abaixo demonstrados:

(...)

Assim, é possível que, ao menos em alguns períodos, a base de cálculo informada na DIPJ contemple, de fato, as "outras receitas" dos períodos analisados.

Ressalte-se, ainda, que ao proceder os cálculos da falta de recolhimento imputada ao contribuinte nos autos do processo administrativo nº 10882.003047/2004-32, a autoridade lançadora também fez uso da base de cálculo informada na DIPJ, razão pela qual os fatos alegados pelo impugnante podem repercutir nessa exigência.

Assim, para garantir o bom julgamento da lide, SOLICITO, nos termos do art. 18 do Decreto 70.235/72, com as alterações posteriores, a realização de Diligência Fiscal, a fim de que a Autoridade Fiscal da DRF/Osasco (SP):

(...)

c) confirme a base de cálculo utilizada nos autos do processo administrativo nº 10882.003047/2004-32.

Concluída a diligência, conta Informação Fiscal nas fls. 920/921, onde entendeu a autoridade lançadora por manter integralmente o lançamento, sendo então o processo encaminhado à DRJ/CPS.

Em julgamento no dia 18 de novembro de 2005, a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas-SP, DRJ/CPS, prolatou o acórdão nº 11.395, fls. 923/970, que julgou parcialmente procedente a impugnação, de acordo com a ementa abaixo:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Ano-calendário: 1998, 2000, 2001

Ementa: DECADÊNCIA. A decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário relativo à Contribuição ao PIS e à COFINS rege-se pelo artigo 45 da Lei 8.212, de 24 de Julho de 1991. Essa Lei, que organiza a seguridade social e seu plano de custeio, aduz como fontes de financiamento, entre outras: (1) a COFINS, explicitamente no art. 23, inciso I; (2) a Contribuição ao PIS, implicitamente, na medida em que (2.1) entendida como contribuição parafiscal social no âmbito da Seguridade Social (seja pela interpretação do STF assentada no RE nº 138.284-8/CE, seja em atenção ao disposto no art. 201, III, em cotejo com o art. 239, caput, ambos da CF/88), e (2.2) porque assim o expõe o regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99, art. 204, parágrafo primeiro). Ademais, o Decreto-Lei nº 2.052/83, art. 3º, também labora, no que interessa à Contribuição ao PIS, na assunção de um prazo decadencial de 10 (dez) anos para a formalização da respectiva obrigação tributária. ERRO NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIA. Infirmada a presunção de que as demais receitas, distintas das provenientes de vendas de mercadorias e serviços, não estariam computadas na base de cálculo informada na DIPJ, exclui-se a multa de ofício incidente sobre a contribuição cuja exigibilidade estaria suspensa no início do procedimento fiscal, em razão de liminar e sentença em Mandado de Segurança. RECOLHIMENTO A MAIOR. Não prospera a alegação de recolhimentos a maior se o contribuinte não logrou fazer prova consistente da efetiva base de cálculo dos períodos questionados. JUROS. TAXA SELIC. Nos termos da Lei 9.430, de 1996, os juros serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente em Parte.

Houve Recurso de Ofício, tendo em observância o art. 34, inciso I, do Decreto 70.235/72, c/c a Portaria do Ministro da Fazenda nº 375, de 07 de dezembro de 2001, **em face da conexão com a matéria tratada nos autos do processo administrativo nº 10882.003048/2004-87.**

Nas fls. 985/991 consta requerimento de desistência parcial da impugnação apresentado pela recorrente, referindo-se ao crédito tributário dos períodos de: 02/2000, 07/2000, 07/2001 e 10/2001.

Irresignada, a empresa interpôs Recurso Voluntário, fls. 1083/1101, alegando, em síntese, a decadência da competência relativa à 09/1998 e o cancelamento dos valores de COFINS incidentes sobre as "outras receitas", conforme se percebe de trecho do respectivo recurso na fl. 1088, in verbis:

Frise-se, por fim, que a Recorrente desistiu de parte da impugnação referente a este Auto de Infração, mais especificamente das competências de fevereiro e julho de 2000, bem como de parte das competências de julho e outubro de 2001, uma vez que pagou estes valores nos termos do art. 9º da Medida Provisória 303/2006 (petição de desistência parcial anexa).

Assim, este Recurso Voluntário está adstrito à discussão relativa aos valores da COFINS incidentes sobre "outras receitas", com exigibilidade suspensa pela decisão de 1ª instância, bem como relativa à competência de setembro de 1998, para a qual ocorreu a decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento. Vejamos.

No dia 04 de fevereiro de 2009, em julgamento na 4ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, foi decidido, de acordo com a Resolução 204-000.683, fls. 1449/1451, por converter o julgamento em diligência, para perquirir se toda a base de cálculo apurada nos períodos de julho e de outubro de 2001 compreendem apenas receitas tributadas à luz da Lei nº 9.718/98.

De acordo com Informação Fiscal da Diligência, presente nas fls. 1779/1782, os valores não são compostos apenas de receitas tributadas à luz da Lei 9.718/98, vejamos:

10. O valor informado na linha 1, da ficha 19 A, da DIPJ, para o mês de julho de 2001, foi de R\$ 115.906.736,49. Cabe, neste momento, esclarecer que este valor não é composto apenas de receita tributada à luz da Lei 9.718/98, ou seja, Receita Bruta (Venda de Mercadorias) acrescida a Outras Receitas (Aluguéis, Cartões, Financeiras e Outras), mas também possui contido o valor proveniente de receitas isentas, escrituradas sob a rubrica "Venda de Produtos com alíquotas Diferenciadas", conforme demonstrado abaixo:

(...)

11. Da mesma forma o valor da linha 1, da ficha 19 A, da DIPJ, para o mês de outubro de 2001, foi de R\$ 134.072.318,92. Cabe, neste momento, esclarecer que o valor não é composto apenas de receita tributada à luz da 9.718/1998, ou seja, Receita Bruta (Venda de Mercadorias) acrescida a Outras Receitas (Aluguéis, Cartões, Financeiras e Outras), mas também possui contido o valor proveniente de receitas isentas, escrituradas sob a rubrica

"Venda de Produtos com alíquotas Diferenciadas), conforme demonstrado abaixo:

(...)

A recorrente se pronunciou após a diligência através do documento de fls. 1785/1790, requerendo o cancelamento integral do auto de infração, visto que o lançamento foi formalizado para cobrar COFINS sobre uma base de cálculo, mas está cobrando COFINS sobre outras, bem como a decadência da competência de 09/1998.

A DRJ havia cancelado a multa de ofício dos períodos de julho de outubro de 2001 em virtude de o crédito tributário estar com a exigibilidade suspensa por força de liminar concedida em mandado de segurança.

É o breve relato do necessário.

Voto

Conselheira Ângela Sartori

O recurso voluntário preenche os demais pressupostos para a sua admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Conforme relatado acima, a DRJ entendeu por bem recorrer de ofício ante a exoneração por ela procedida, em razão de estar conexa com outro processo, onde, somados os valores, haveria exoneração em valor adequado ao patamar normativo para interposição do recurso de ofício.

No entanto, esse entendimento não merece prosperar, uma vez que o valor deve ser analisado por processo, e não cumulando os valores de processos em razão de estarem apensados, conforme constante na atual Portaria MF n. 3/2008, que se aplica ao presente caso nos termos da Súmula CARF n. 103, que determina que o valor de exoneração deve ser observado à época da apreciação do Recurso de Ofício, *in verbis*:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001.

Diante do exposto, não conheço do Recurso de Ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

DA DECADÊNCIA

O recorrente argui, como preliminar de mérito, a ocorrência de decadência do direito à constituição do crédito tributário da competência de setembro de 1998, tendo em vista que o auto de infração foi lavrado em 30 de dezembro de 2004 (tendo o contribuinte tomado ciência na mesma data de forma pessoa, fl. 228), logo, mais de cinco anos após o referido marco.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil quando do julgamento da impugnação considerou que não haveria que se falar em decadência, uma vez que deveria ser observado o disposto no art. 45 da Lei 8.212/91 que previa o prazo decadencial de 10 (dez) anos para constituição do crédito tributário pela fiscalização.

No entanto, merece provimento a alegação recursal neste ponto.

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 12 de Junho de 2008, aprovou a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Referida Súmula declara inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que impõem o prazo decadencial e prescricional de 10 (dez) anos para as contribuições previdenciárias, o que significa que tais contribuições passam a ter seus respectivos prazos contados em consonância com os artigos 150, § 4º, 173 e 174, do Código Tributário Nacional:

CTN - Art. 150. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)*

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (...)

Art. 173. *O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

De acordo com o art. 103-A, da Constituição Federal, a Súmula Vinculante nº

8 vincula toda a Administração Pública a partir de 24/08/2001

No presente caso, considerando a existência de pagamentos parciais, como denota o próprio auto de infração, aplica-se a forma de contagem do lapso extintivo nos termos do art. 150, parágrafo 4º do CTN, devendo ser excluído do presente lançamento a competência de setembro de 1998.

DO MÉRITO – DAS COMPETÊNCIAS DE JULHO/2001 E OUTUBRO/2001

Além da decadência acima relatada, cumpre destacar que a irrisignação do contribuinte permanece com relação à exigência de contribuição nas competências de julho/2001 e outubro/2001, uma vez que foi constatado mediante diligência fiscal que ali estavam sendo cobrados valores a título de “outras receitas”.

Tal questão foi abordada pela DRJ, que entendeu por bem determinar a exclusão da multa aplicada nas referidas competências, uma vez que o contribuinte estava sob o pálio de medida liminar que abarcava seu entendimento, conforme se percebe dos itens 8.8. e 8.9., do Acórdão da DRJ, fl. 969, abaixo colacionados, *in verbis*:

8.8. Observa-se que, nos cálculos da Fiscalização, a COFINS apurada em fevereiro/2000, julho/2000 e julho/2001 é inferior à determinada a partir da aplicação da alíquota de 2%. Ausentes esclarecimentos acerca deste procedimento diferenciado, seus efeitos não puderam ser reproduzidos no cálculo da COFINS incidente sobre "outras receitas", razão pela qual neste voto o confronto limitou-se à COFINS lançada e a incidente sobre o faturamento ajustado pela exclusão das "outras receitas".

8.9. Diante do exposto, e tendo em conta que a Fiscalização reconheceu, no momento dos lançamentos, a suspensão da exigibilidade da COFINS incidente sobre as "outras receitas" incluídas no conceito de faturamento pelo art. 3º da Lei nº 9.718/98, e tendo em conta a Certidão de Objeto e Pé exarada em 20/01/2005, afirmando a concessão da segurança, precedida de liminar, em favor do contribuinte para afastar as exigências contidas naquele artigo em 16/12/1999 (fl. 552), suspendendo a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso IV do CTN antes do início do procedimento fiscal que resultou nesta exigência (24/03/2003), cumpre exonerar a multa de ofício sobre as parcelas de R\$ 27.903,81 relativa a julho/2001 e R\$ 37.939,14 pertinente a outubro/2001, acima demonstradas, com fundamento no art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96.

A medida judicial que a decisão faz ressalva é decorrente do Mandado de Segurança n. 1999.61.00.024775-0, na qual o recorrente noticia o trânsito em julgado da referida decisão, conforme os termos da Manifestação de Diligência presente nas fls. 1785/1790 destes autos e confirmados pelos documentos a ela anexos. Não discrepa, quanto a substância, o teor do art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80:

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.” (destacado)

Desta Casa Julgadora, cito o verbete da 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*) e o art. 78, § 2º, *in fine* do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, que reproduz:

“Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

(...)

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

(...)” (grifei)

Da leitura dos excertos coligidos, infere-se sem maiores dificuldades que a legislação de regência afastou qualquer possibilidade de discussão paralela de questão submetida tanto à esfera administrativa quanto a judicial, prevalecendo, sempre este último em vista do já aventado monopólio da jurisdição.

Assim, pouco importa que a opção pela via judicial seja anterior ao lançamento, ao passo que a submissão da causa ao Poder Judiciário redundará **sempre** na renúncia ao direito de recorrer ou na desistência do recurso interposto. Devendo, portanto, a decisão judicial ser cumprida na sua íntegra.

Diante do exposto não conheço do recurso voluntário e do recurso de ofício apenas reconhecendo a decadência, devendo ser mantida a decisão judicial.

Angela Sartori