



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

Processo nº 10882.003049/2004-21
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3401-002.733 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2014
Matéria COFINS
Recorrentes WAL MART BRASIL LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001, 01/01/2004 a 31/01/2004

COFINS. 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) cinco anos, nos moldes do Código Tributário Nacional.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001, 01/01/2004 a 31/01/2004

PARCELAMENTO. DESISTÊNCIA DO RECURSO ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE FUNDA O RECURSO. REQUISITO.

A teor do art. 1º, § 3º da Medida Provisória nº 303/2006, que dispunha sobre programa especial de parcelamento, era condição *sine qua non* a desistência expressa e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e cumulativamente a renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundariam os processos administrativos e ações judiciais respectivas.

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

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001, 01/01/2004 a 31/01/2004

RECURSO DE OFÍCIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO EM DUPLICIDADE. LANÇAMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

Mostra-se improcedente o lançamento para constituição de crédito tributário relativo a fatos geradores para os quais o contribuinte comprovadamente efetuou o recolhimento, na forma da lei, sob pena de indevida cobrança em duplicidade, razão pela qual deve-se negar provimento à decisão reexaminanda, objeto de recurso de ofício, confirmando-a.

Recurso de ofício negado e recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Fez sustentação oral pela recorrente a Dr^a Liliane Patrícia Lima OAB/DF 31.749.

Robson José Bayerl – Presidente *ad hoc* e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Jean Cleuter Simões Mendonça, Robson José Bayerl, Eloy Eros da Silva Nogueira, Angela Sartori, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios e Bernardo Leite de Queiroz Lima.

Relatório

Cuida-se de auto de infração de Cofins, referente ao período de apuração fevereiro/1999 a dezembro/2001 e janeiro/2004, decorrente da formalização da diferença equivalente à majoração da alíquota do tributo em 1% (2% para 3%), nos termos da Lei nº 9.718/98, com a exigibilidade suspensa em função de medida judicial deferida nos autos da ação judicial 1999.61.024775-0.

Em impugnação o contribuinte requereu, preliminarmente, o sobrestamento do julgamento administrativo ante a prejudicial concernente à discussão no processo judicial; na seqüência, sustentou a decadência de parte do lançamento, por força do art. 150, § 4º do CTN; excesso de lançamento em razão de equívocos na alocação de recolhimentos realizados, bem como, na inclusão de “outras receitas” na base de cálculo; arrolou as inconstitucionalidades da Lei nº 9.718/98; e, por fim, a ilegalidade da adoção da taxa selic no cálculo dos juros de mora.

A DRJ Campinas/SP, em 18/11/2005, acolheu em parte o recurso interposto, em decisão que restou assim ementada:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Conforme unânimes manifestações do Conselho de Contribuinte, o processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentro os quais o da oficialidade, que obriga à administração impulsionar o processo até sua decisão final. Não pode, pois, a autoridade administrativa sobrestar o julgamento de parte do processo.

NORMAS PROCESSUAIS CONOCMITÂNICA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A propositura de ação judicial, antes ou após a lavratura do auto de infração, com o mesmo objeto, além de não obstaculizar a formalização do lançamento, impede a apreciação, pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento, das razões de mérito submetidas ao Poder Judiciário. Já, outros aspectos do lançamento, não submetidos ao Poder Judiciário, são passíveis de apreciação na esfera administrativa. DECADÊNCIA. A decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário relativo à Contribuição ao PIS e à COFINS rege-se pelo art. 45 da Lei nº 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 do âmbito da Seguridade Social (seja pela interpretação do STF assentada no RE nº 138.284-8/CE, seja em atenção ao disposto no rt. 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. RECOLHIMENTOS A MAIOR. Mantém-se a exigência n parte em que há indícios suficientes que o contribuinte deixou de recolher a parcela correspondente ao diferencial de alíquota de 1%, instituído pela Lei nº 9.718/98, e 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 nº 9.430, de 1996, os juros são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária não é da competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.”

Os períodos de apuração exonerados referem-se a fevereiro a abril/1999 e agosto a dezembro/2000, havendo recurso de ofício desta parcela do julgado.

O contribuinte, por seu turno, aviou recurso voluntário alegando alteração do critério jurídico do lançamento pela decisão recorrida; decadência do período de apuração fevereiro a dezembro/1999, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN; e, necessidade de submissão à decisão do STF a respeito da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, oportunidade que correu sobre a questão.

Em agosto de 2006 o contribuinte desistiu parcialmente do recurso voluntário para adesão a parcelamento especial, relativamente ao período de apuração janeiro a julho/2000, janeiro a dezembro/2001 e janeiro/2004.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

1 Recurso de Ofício

Tocante ao reexame necessário, após compulsar os autos e revisar os demonstrativos de apuração constatei que a decisão reclamada, neste ponto, não merece reparo.

Com efeito, destaca-se dos meses excluídos da autuação, pela decisão *sub examine*, que o contribuinte, por equívoco, tendo em conta o provimento judicial de que era detentor, efetuou o recolhimento da COFINS já com alíquota de 3% (três por cento), como se extrai do demonstrativo de apuração de fl. 618, extrato de recolhimento de fl. 815 e dos demonstrativos do próprio decisório, não havendo razão alguma para manutenção do diferencial de alíquota de 1% nesses meses, sob pena de exigência de crédito tributário em duplicidade.

Portanto, acertada a decisão de piso, nego provimento ao recurso de ofício.

2 Recurso Voluntário

O recurso interposto é tempestivo e preenche os demais requisitos formais para sua admissibilidade.

Inicialmente, cumpre acentuar que a adesão ao parcelamento especial e conseqüente renúncia ao direito em que se fundaria a irrisignação, como expressamente disposto no requerimento de fls. 1180/1184, implica, na mesma medida, a desistência do recurso voluntário respectivo, por força do art. 1º, § 3º, II da Medida Provisória nº 303/2006, que dispôs sobre aludido parcelamento, *verbis*:

“§ 3º O parcelamento de que trata este artigo:

(...)

II - somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e cumulativamente renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais;

(...)”

Na mesma linha o art. 59, § 2º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF 147/07, e o art. 78 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF 256/09, consoante os quais o pedido de parcelamento importa desistência do recurso voluntário manobrado e renúncia ao direito em que se embasa.

Considerando que o contribuinte incluiu no programa os valores integrais, como lançados e mantidos pela decisão sob vergasta, referentes aos períodos de apuração de janeiro a julho/2000, janeiro a dezembro/2001 e janeiro/2004, remanesce a discussão acerca do

período fevereiro a dezembro/1999, encontrando-se os demais acobertados pelo atributo da incontrovérsia.

Feita a delimitação preambular, prossigo.

O recorrente argui, como preliminar de mérito, a ocorrência de decadência do direito à constituição do crédito tributário, mantido com lastro nas disposições do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Neste sentido e sem maiores delongas, assiste razão ao recorrente, ao passo que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a alteração envolvendo o prazo decenal estatuído em referido diploma legal, pacificou sua posição jurisprudencial editando a súmula vinculante nº 8, cujo verbete reproduzo: “*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*”.

Considerando que tal ato produz efeitos imediatos sobre os processos administrativos não definitivamente julgados e, ainda, o disposto no art. 103-A, *caput*, da CF/88, que impõe a vinculação, desde a publicação da súmula, dos órgãos da administração pública federal, imediatamente prevalecem os prazos estabelecidos no Código Tributário Nacional, mormente o art. 150, § 4º, que trata dos denominados “lançamentos por homologação”.

No caso vertente, considerando a existência de pagamentos parciais, como denota o próprio auto de infração, aplica-se a forma de contagem do lapso extintivo estatuída no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, de modo que o período de fevereiro a **novembro/1999**, inclusive, foi alcançado pela decadência, porquanto a ciência do lançamento ocorreu em 30/12/2004 (fl. 367).

Ressalto, porém, que o período de apuração **dezembro/1999** permanece hígido, uma vez que, sendo o critério temporal da exação o término do mês em que auferido o faturamento (critério material da regra matriz de incidência), a efetiva ocorrência do fato gerador, para os fins do parágrafo quarto do preceptivo, concretiza-se tão-somente com o encerramento do mês.

Neste processo, como a ciência do lançamento ocorreu em 30/12/2004, portanto, antes do encerramento do mês, o fato gerador da Cofins – o faturamento do mês – ainda não havia se verificado, razão porque dezembro/1999 não foi colhido pela decadência e corresponde ao único fato jurídico tributável em julgamento nesta oportunidade.

Diante do quadro descortinado, passo ao mérito.

Respeitante à alegação de alteração de critério jurídico do lançamento pela decisão reclamada, nada obstante o recorrente qualificá-la como “manifesta”, não houve indicação precisa na peça recursal onde isto teria ocorrido.

Revedo o lançamento e o julgado *a quo* não vislumbrei qualquer modificação nos fundamentos, seja de fato ou de direito, do lançamento, eis que mantida a razão da autuação, limitando-se o órgão julgador a confrontar as apurações aos elementos de prova carreados aos autos, não havendo aí nada que se possa caracterizar como a propalada **mudança de critérios jurídicos**.

Demais disso, ainda que possível transpor o obstáculo, o que se admite apenas como exposição de raciocínio, enfraquece o argumento deduzido o fato do recorrente, posteriormente ao recurso, ingressar em programa de parcelamento, com renúncia ao direito em que lastreava, e nele incluir a totalidade dos débitos, tal qual lançados, sem qualquer ressalva ou questionamento.

Quanto à discussão acerca da (in)constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, é incontestável sua dedução perante o Poder Judiciário, sendo esse o objeto da ação judicial 1999.61.024775-0, esbarrando a pretensão de debater esta questão nesta seara na impossibilidade de concomitância de discussões sobre a mesma matéria na esfera judicial e administrativa, porquanto vigora em nosso sistema jurídico positivo o princípio da unidade de jurisdição, cujo monopólio é detido com exclusividade pelo Poder Judiciário, de modo que a opção do contribuinte pela via judicial importa em renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso administrativo porventura apresentado, como se extrai do art. 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 1.737/79, *in verbis*:

“Art 1º - Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

I - relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;

II - em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;

IV - em garantia, na licitação perante órgão da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos.

§ 1º - O depósito a que se refere o inciso III, do artigo 1º, suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição de Dívida Ativa.

§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.” (destacado)

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 reproduzo:

“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.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹, certas circunstâncias, quando presentes no processo, tomam caráter de verdadeiro “negócio processual”, alterando os direitos processuais conferidos aos sujeitos do processo, tal é o que ocorre na renúncia ao direito de recorrer e na desistência do recurso interposto, diferindo uma pelo momento de sua verificação, na medida em que esta última se opera posteriormente ao oferecimento do recurso, enquanto aquela antecede à sua apresentação.

Assim, pouco importa que a opção pela via judicial seja anterior ao lançamento, ao passo que a submissão da causa ao Poder Judiciário redunda **sempre** na renúncia ao direito de recorrer ou na desistência do recurso interposto.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário para declarar a decadência do período de apuração fevereiro/1999 a novembro/1999, inclusive.

Robson José Bayerl

¹ *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pág. 516 e 518.

CÓPIA