



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

**Processo n°** 11516.000001/2008-26  
**Recurso n°** 000.001 Voluntário  
**Acórdão n°** **3301-01.030 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 9 de agosto de 2011  
**Matéria** COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO  
**Recorrente** ASB S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/10/2006 a 31/12/2006, 01/01/2007 a 31/10/2007

LANÇAMENTO. NULIDADE.

É válido o procedimento administrativo fiscal desenvolvido em conformidade com os ditames legais.

**MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.**

SÚMULA CARF n° 01. 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.

**RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Antonio Lisboa Cardoso, Fábio Luiz Nogueira e Maria Teresa Martínez López que davam provimento para afastar a renúncia. A conselheira Maria Teresa Martínez López apresentou Declaração de voto. Esteve presente pela parte Vivian Casanova de Carvalho Eskenazi, OAB/RJ n° 128.556.

(Assinado Digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva, Fábio Luiz Nogueira, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão proferida pela DRJ Florianópolis que não conheceu da impugnação apresentada pela recorrente contra o lançamento da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) referente aos fatos geradores dos meses de competência de outubro de 2006 a outubro de 2007.

O lançamento decorreu das diferenças entre os valores das contribuições declarados/pagos e os valores efetivamente devidos, apurados com base em sua escrita contábil, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 72.

Inconformada com a exigência do crédito tributário, a recorrente impugnou o lançamento, alegando razões que foram assim resumidas por aquela DRJ:

*“... afirma que a autoridade fiscal busca reformar o que foi decidido no acórdão da decisão judicial. Entende que a autoridade fiscal, ao definir a receita operacional como fato gerador da COFINS, afrontou a decisão do Tribunal Regional Federal, que já havia decidido qual o conceito de receita bruta a ser utilizado. Além do mais, teria afrontado também o direito positivo, pois não há ato legal prevendo o uso da receita operacional como base de cálculo da COFINS. Defende a contribuinte que com o expurgo do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/1998 pelo Poder Judiciário, restou afastada a aplicação da Lei n.º 9.718/1998 para a cobrança da COFINS, com a conseqüente determinação da aplicação da legislação anterior, a Lei Complementar n.º 70/1991.”*

Constou também de seu relatório que:

*“Anteriormente à apresentação da impugnação acima relatada de forma sintética, a contribuinte ingressou com novo mandado de segurança junto à 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC (petição inicial às folhas 104 a 107), no âmbito do qual pleiteia o reconhecimento do Poder Judiciário de que o auto de infração contra ela lavrado o foi com base em uma interpretação da autoridade fiscal que afronta decisão judicial anteriormente prolatada em seu favor. A rigor, as alegações da contribuinte estão baseadas na idéia, igualmente exposta na impugnação administrativa, de que com o expurgo do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/1998 pelo Poder Judiciário, restou afastada a aplicação da Lei n.º 9.718/1998 para a cobrança da COFINS; e que, assim, a autoridade fiscal, ao definir a receita operacional como fato gerador da COFINS, teria afrontado a decisão do Tribunal Regional Federal, que já havia decidido qual o conceito de receita bruta a ser utilizado. Ao final de sua petição (folha 107), a contribuinte pede expressamente: o reconhecimento de que nada pode lhe ser exigido com base na Lei n.º 9.718/1998; o cancelamento do auto de infração já lavrado; e a ordem para que o Delegado da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC se abstenha da prática de qualquer medida constritiva no sentido da cobrança da COFINS com base no ato legal retromencionado.*

*Nas informações prestadas pela DRF/Florianópolis/SC no âmbito do processamento do mandado de segurança, foram reexpostas as razões que justificaram o lançamento, bem como a interpretação dada à decisão judicial que*





literalmente: “ANTE O EXPOSTO, rejeito as alegações e pedidos da impetrante contidas na petição às 265/268 e não conheço do pedido de esclarecimentos formulado pela autoridade impetrada”.

Contra essa decisão, a recorrente interpôs agravo de instrumento cuja decisão do TRF da 4ª Região negou-lhe provimento, conforme decisão às fls. 153/156. Ainda, insatisfeita, interpôs embargos de declaração que foram acolhidos apenas para fins de questionamento (fls. 160/163). Posteriormente, a recorrente apresentou recurso especial contra a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento, cuja decisão do Superior Tribunal de Justiça lhe negou seguimento, nos termos da sentença e acórdão às fls. 167/168 e fls. 169.

Dessa forma não há que se cogitar da nulidade do lançamento por cerceamento de seu direito de defesa e/ ou por vícios.

No mérito, a matéria discutida neste processo administrativo é a mesma discutida no mandado de segurança nº 2006.72.00.009485/4/SC, com decisão transitada em julgado, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, bem como a validade dos demais dispositivos desta lei, dentre eles, os art. 2º e 3º, caput, que elegeram como base de cálculo o faturamento da pessoa jurídica, ou seja, a receita operacional bruta decorrente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços.

Ao contrário do entendimento da recorrente, ao ter optado pela via judicial para discutir a mesma matéria objeto do lançamento em discussão, houve renúncia às instâncias administrativas, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, e do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria já sumulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), nos termos da Súmula nº 01 que assim dispõe:

*“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.”*

Dessa forma, em relação à renúncia, aplica-se esta súmula, prevalecendo a decisão judicial que reconheceu a legalidade da exigência da Cofins, nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, com a exclusão da aplicação do § 1º do art. 3º, ou seja, exclusão das receitas não-operacionais.

Finalmente quanto à suscitada hipótese de pairar dúvidas a respeito da inexistência de outra ação judicial sobre a matéria tratada neste processo administrativo, que é a mesma do mandado de segurança, nenhuma existe. No próprio curso do mandado de segurança nº 2006.72.00.009485/4/SC, o MM Juiz Federal reconheceu que o lançamento em discussão não afrontou a decisão judicial e que a Cofins apurada sobre o faturamento, assim entendido, a receita bruta operacional é legal, tendo em vista que o STF julgou inconstitucional apenas e tão somente o §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliava a base de cálculo dessa contribuição estendendo-a a receitas não-operacionais.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

## Declaração de Voto

CONSELHEIRA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Ouso divergir do ilustre conselheiro.

As matérias colocadas em discussão dizem respeito em síntese a: I) nulidade do auto de infração sob entendimento de que teria ocorrido manifesta violação à coisa julgada; e II) inoportunidade de renúncia à esfera administrativa.

O respeitável Conselheiro relator, enfrentou a primeira questão (nulidade do auto de infração) e quanto ao mérito manifestou-se pela ocorrência da renúncia administrativa.

Passo às minhas breves e sucintas considerações:

### I) Nulidade do auto de infração

No que diz respeito à nulidade do auto de infração, penso que a matéria foi sim objeto de decisão/despacho pelo Judiciário, motivo pela qual, no meu sentir, um novo pronunciamento deste Colegiado, implica em análise desnecessária e prejudicial ao andamento processual. Isto porque, uma vez analisada novamente por este Colegiado, processualmente permite a discordância de meus pares quanto à matéria. No caso, o assunto foi analisado pelo Judiciário, não cabendo a este órgão administrativo nova análise. A análise da matéria, traz como consequência, a continuidade de discussão em grau recursal, se houver interesse e dentro das condições que se apresentarem. A rediscussão de matéria já analisada pelo Judiciário vai de encontro com o princípio da celeridade processual.

Ainda, por amor ao debate, se nos fosse possível reanalisar a decisão Judicial, ainda sim, entrando na discussão do art. 59 do Dec. nº 70.235/72 (nulidade) discordo do i. relator ao se referir que “o lançamento somente seria nulo se tivesse sido lavrado por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 59, inciso I, in verbis”. Entendo, com a máxima vênias, que quando o legislador explicitamente se referiu, no art. 59, a duas regras sancionadoras de nulidade, não quis dizer que apenas estas duas hipóteses seriam sancionadoras de nulidade. Evidentemente, há outras hipóteses que invalidam o auto de infração, implicitamente inseridas nas regras administrativas (vide RICARF e Lei nº 9784/99), dos quais exemplificativamente cito os vícios materiais no lançamento.

### II) inoportunidade de renúncia à esfera administrativa

A DRJ e o i. relator aplicaram a figura da renúncia administrativa. Discordo. Em primeiro lugar, se o auto de infração foi lavrado após o trânsito em julgado, como poderíamos dizer ter ocorrido a figura da renúncia administrativa, em matéria que não está em julgamento na esfera administrativa? A assim chamada “renúncia administrativa” nada mais é do que uma forma de se evitar “decisões conflitantes”, entre o Administrativo e o Judicial, que possui a supremacia.

De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou

uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em Juízo.

Aliás, voltando ao passado, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

*“32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.*

*33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma . SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativa, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.*

*34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.*

*35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.*

*36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.” (Grifos originais).*

No caso em exame, o contribuinte submeteu ao Poder Judiciário apenas a ilegalidade do parágrafo 3º da Lei nº 9.718/98 (v. Termo de verificação fiscal), obtendo êxito. Isso não está mais em discussão, na esfera administrativa.

O que busca agora o contribuinte, implicitamente e explicitamente, é justamente a extensão daquela decisão. Quais as verbas estariam ou não incluídas na base de cálculo?

O contribuinte alega ter havido interpretação equivocada da fiscalização ao se referir a todas as receitas, e por isso teria ocorrido *“ofensa à coisa julgada”*. Isto porque no seu entender, com a inconstitucionalidade do parágrafo 3º, do art. 1º da lei 9718/98, apenas as rendas de tarifas, portes e comissões auferidas pela instituição, pela prestação de serviços diversos, estariam sujeitos à incidência da COFINS.

A DRJ e o i. Relator Conselheiro José Adão entendem ter ocorrido renúncia à esfera administrativa porque, talvez (?) na tentativa de obter uma salvaguarda de seus

interesses, o contribuinte peticionou ao i. Juiz *da mesma ação judicial*, a nulidade do auto sob o entendimento de que teria ocorrido lançamento em desacordo com o julgado.

Data máxima vênia, o despacho/decisão do i. juiz, esclarece que a Lei nº 9.718 estaria vigendo, com exceção do parágrafo terceiro, do art. 1º - afastando assim a nulidade - MAS não entra no cerne principal das receitas da recorrente. Não entra no mérito de quais receitas operacionais devem ser oferecidas na base de cálculo da COFINS. Seriam apenas as decorrentes de : “vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza” ?

Se sim, o contribuinte estaria parcialmente com a razão (exceto as rendas de prestação de serviços, no entender desta Conselheira). Caso negativo, a fiscalização estaria correta na lavratura do auto de infração.

Reitero que a matéria não foi colocada em discussão no Judiciário. Razão pela qual os recursos interpostos pelo contribuinte, na esfera judicial, não lograram êxito. Matéria não questionada, não poderia ser conhecida.

Fortalece tal entendimento, a de que a matéria não foi colocada em análise pelo Judiciário, o pedido efetuado pela própria Delegacia , em resposta ao Of. Nº 1756218, no único MS de nº 2006.72.00.009485-4/SC (fls 126), cujos excertos transcrevo a seguir:

### III. CONCLUSÃO

*52. Diante do exposto, solicito a homologação judicial dos procedimentos administrativos adotados que constituíram o crédito tributário. **Solicito, assim, a manifestação expressa do Juízo acerca da abrangência do julgado neste mandado de segurança, bem como o afastamento do entendimento pela impetrante de que as receitas decorrentes de suas atividades típicas não estariam sujeitas à Lei 9.718/98 e, por consequência, à alteração disposta no artigo 18, da Lei 10.684/2003, confirmando-se o tão somente o afastamento do §1º do seu artigo 3º, em respeito à coisa julgada.***

*(negrito, não do original)*

Ora, se a Delegacia pede ao Juiz e este não esclarece, deveria então a DRJ e este Conselho administrativo, tecer a sua manifestação de forma a suprir a ausência de questionamento. Como exposto, a figura da renúncia administrativa visa evitar conflitos de decisões. Não é o caso dos autos. Carece uma manifestação do órgão julgador administrativo, eis que há ausência do Judiciário sobre o assunto.

Assim, uma vez lavrado o auto de infração após o transito em julgado, e havendo ausência sobre a questão que diz respeito a base de cálculo, penso que a sua análise não acarreta em renúncia tácita ao direito público subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação/recurso do lançamento do tributo. Aliás, Importa registrar que até o momento da elaboração deste estudo, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, a análise do RE 400.479-8, relativo a uma seguradora, cujas conclusões deverá ser estendido às instituições financeiras em geral ( matéria sujeita a repercussão geral, pelo rito do art. 62 do RICARF – vide RE 609096 RG, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 03/03/2011)

Caso contrário, aplicar a figura da renúncia administrativa, importa em prejuízo para o contribuinte, que busca uma solução/manifestação sobre o alcance da inconstitucionalidade do dispositivo legal, julgado pelo STF.

Conclusão:

Diante do acima exposto,

Voto no sentido de que seja dado provimento ao recurso de forma a ser reconhecida a ausência da figura da renúncia administrativa, determinando-se, em consequência a baixa dos autos à DRJ, para que seja apreciado a base de cálculo lançada.

Maria Teresa Martínez López