



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

Processo nº 15540.000070/2007-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-007.271 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2019
Matéria PIS
Recorrente BEBIDAS REAL DE SÃO GONÇALO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

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

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE.

Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, inteligência do Enunciado de Súmula CARF nº 11.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso, e na parte conhecida, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso .

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho
Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corinto Oliveira Machado, Walker Araujo, Luis Felipe de Barros Reche (Suplente Convocado), Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Antes de tudo, deve-se anotar que toda a numeração citada neste Acórdão refere-se à numeração digital dos autos.

Em procedimento de verificações obrigatórias em desfavor do contribuinte BEBIDAS REAL DE SAO GONCALO LTDA, a autoridade fiscal detectou diferenças entre os débitos escriturados na contabilidade e aqueles declarados em DCTF, culminando com a lavratura de lançamento de PIS/Pasep (principal de R\$ 696.165,57), referente às competências de fevereiro a dezembro/2002, com multa vinculada no percentual de 75% sobre a contribuição lançada.

O presente procedimento fiscal foi instaurado sob autorização do MPF nº 07.1.02.00-2007-00022-9 (fl. 3), com Termo de Início notificado ao contribuinte em 14/02/2007 (fl. 38).

A autoridade autuante consignou que compareceu ao domicílio da empresa em 12/07/2007, tendo o sócio da empresa, Sr. José Logato Candiogo, se recusado a assinar o

auto de infração, pelo fato de não estar autorizado para tanto. Daí a autoridade registrou que o auto seria enviado por via postal (fl. 7).

Cumprindo a determinação acima, a unidade de origem cientificou o contribuinte do lançamento em 23/08/2007 por via postal, para efetuar o pagamento ou apresentar impugnação ao lançamento (fls. 160/161).

Compulsando os autos, vê-se que o contribuinte impetrou o mandado de segurança nº 2007.51.02.004387-2 (0004387-42.2007.4.02.5102), autuado na primeira Vara Federal de Niterói (RJ), em 08/08/2007, alegando que o Mandado de Procedimento Fiscal somente tinha fixado o ano de 2004 como passível de fiscalização, logrando obter liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário controlado neste processo (fl. 166).

Indo além, vê-se que liminar acima foi revogada pela sentença denegatória da segurança (decisão publicada no DOE em 13/04/2009 - fls. 182/184), tendo sido devolvido ao contribuinte o prazo para a defesa na via administrativa, determinando, ainda, que ele fosse notificado para tanto. A sentença judicial determinou a nulidade da inscrição na dívida dos débitos.

Contra a sentença acima, o fiscalizado interpôs recurso de apelação, recebido no efeito devolutivo, tendo os autos sido enviado para a PFN para contra-razões, com retorno à Vara em 29/07/2009 (fl. 184).

A despeito disso, entendeu-se que não havia óbice à cobrança dos débitos deste processo, em despacho de 04/02/2011, tendo havido a inscrição na dívida ativa em 15/04/2011 (fl. 189).

Aos autos foi juntada uma representação para propositura de medida cautelar fiscal (fls. 221 e seguintes) e cópia do acompanhamento do executivo fiscal dos débitos destes autos, autuado em 13/09/2011 (fls. 195 e seguintes).

Em despacho datado de 14/05/2014, o Procurador da Fazenda Nacional ratificou a análise descrita das decisões do Mandado de Segurança citado acima, solicitando que a Receita Federal do Brasil confirmasse se o contribuinte havia sido notificado para apresentar novamente a impugnação, pois a ciência primitiva não atenderia ao decidido judicialmente (fls. 238/239).

Em despacho recebido pelo contribuinte em 29/09/2014, ele foi notificado que o prazo para a apresentação de impugnação estava reaberto (fls. 241/242).

Em 29/10/2014, o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, deduzindo as seguintes defesas;

1. impetrou vários mandados de segurança, sendo que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no processo nº 0000193.62.2008.4.02.5102, declarou que o mandado de procedimento fiscal destes autos preteriu o direito de defesa do fiscalizado, afrontando, desse modo, o devido processo administrativo constitucional tributário, sendo, assim, necessário decretar a nulidade do presente auto de infração;

2. "Não bastasse a NULIDADE que fulmina o mandado de procedimento fiscal, há que se ressaltar, a existência de prescrição intercorrente, que também alcança o presente processo administrativo, nos termos do § 1º art. 1º da Lei nº 9.873/99, já que o auto de infração combatido não possui andamento desde 13/04/2009, marco temporal este que deve ser fixado, pois decorre da publicação da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0004387.42.2007.4.5.02, sendo este, o mesmo processo que consta na comunicação recebida pela Impugnante" (fl. 248 - destaque do original). Isso porque, se computado o lapso temporal entre a publicação da sentença em 13/04/2009 e a comunicação recebida pela Impugnante, a qual ocorreu em 29/09/2014, tem-se que da publicação até a concessão de novo prazo para defesa transcorreram 05 anos e 06 meses;

3. a partir do mesmo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, o contribuinte sofreu novas autuações, para períodos subsequentes, controladas nos processos administrativos nºs 15540.000417/2007-14 e 15540.000418/2007-61, obrigando-o a impetrar novo mandado de segurança (nº 000193.62.2008.4.02.5102), no qual logrou liminar e sentença concessiva da segurança, confirmada pelo TRF-2ª Região, para declarar a nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal nº

07.1.02.2007.00022-9, a implicar mais uma vez na nulidade do presente processo administrativo fiscal;

4. no mérito, lembra-se que o STF reconheceu, no rito da repercussão geral no RE nº 567.935, que os descontos incondicionais/bonificações não integram a base de cálculo do IPI, permitindo o aproveitamento dos valores indevidamente pagos a título do IPI se desse pelo lançamento na escrita fiscal da empresa, com abatimento entre créditos e débitos, nos termos da legislação de regência. E assim procedeu o contribuinte, somente cabendo a DRJ apenas e tão somente acolher o entendimento do STF, passando a aceitar a compensação efetuada pela Impugnante;

5. na forma acima, em 18/11/2004, o contribuinte apresentou declaração de compensação no processo administrativo nº 10730.004805/2004-73, na qual foram informadas as compensações com saldos apurados por conta do pagamento indevido e a maior sobre o IPI-descontos incondicionais no valor total de R\$ 14.186.054,04;

6. E nem se argumente que as distribuidoras de bebidas não tinham legitimidade ativa para perseguir o direito creditório acima, pois "Muito embora o STJ tenha mudado seu entendimento, o certo é que as Distribuidoras de Bebidas, reais contribuintes de fato, tiveram através de remansosa jurisprudência, não só a expectativa ao direito de compensar o DESIN [desconto incondicional], mas sim o direito adquirido à compensação, pois quando do protocolo do pedido de compensação em 18/11/2004 a jurisprudência orientava e permitia a compensação do DESIN pelas distribuidoras de bebidas, a demora na análise do pedido de compensação requerido pela Impugnante à Administração Pública, não pode prejudicá-la, a ineficiência da Administração Pública, não pode e não deve ser repassada aos administrados" (fl. 282);

7. ademais, o impugnante comprova que suportou o encargo do IPI sobre os descontos incondicionais, como se pode ver pelas notas fiscais, por amostragem juntadas aos autos, na forma do art. 166 do CTN c/c/ art. 150, § 7º, da CR88, devendo, portanto, reconhecer esta DRJ o direito à compensação do DESIN;

8. houve vulneração do princípio da razoável duração do processo, pois já são mais de dez anos desde o protocolo do pedido de compensação, sem qualquer resposta à Impugnante;

9. a multa isolada aplicada nestes autos, por ausência de recolhimento de estimativas (obrigação acessória), vulnera os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com caráter confiscatório, devendo ser cancelada (sic);

10. com o fito de apurar os valores passíveis de compensação e eventuais valores de tributos não pagos, pede a conversão do julgamento em diligência, com deferimento de perícia, ora apontando os requisitos e o perito contábil.

O impugnante pediu a nulidade do auto de infração, ante ao decidido pelo egrégio TRF-2ª Região, que decretou a nulidade do MPF destes autos, ou a decretação da prescrição intercorrente. Indo além, acaso não acatadas tais preliminares, pugnou pela oitiva ou prestação de informações em desfavor da autoridade autuante, dos ex-sócios, contadores e da Delegada da Receita à época dos fatos, para esclarecimentos dos fatos. Por fim, pugnou pela juntada extemporânea de prova, de sustentação oral quando do julgamento nesta instância de julgamento e que seja declarada a insubsistência da multa proporcional/reflexa referente ao desenquadramento do lucro real para o presumido, efetuado pelo Sr. Auditor-Fiscal, bem como a aplicação dos juros de mora que fora acrescidos na composição do valor da multa.

Às fls. 601/602, foi juntado despacho da PFN que discrimina os incidentes processuais judiciais do mandado de segurança nº 2007.51.02.004387-2 (0004387- 42.2007.4.02.5102), com determinação de cancelamento da inscrição na dívida.

A Quarta Turma da DRJ em Recife julgou a impugnação procedente em parte, nos termos do Acórdão nº 11-50.341, de 05 de junho de 2015, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002

MATÉRIA SOB APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - CONCOMITÂNCIA DAS INSTÂNCIAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA - IMPOSSIBILIDADE.

O litigante não pode discutir a mesma matéria em processo judicial e em processo administrativo. Havendo coincidência de objetos nos dois processos, deve-se trancar a via administrativa. Em nosso sistema de direito, prevalece a solução dada ao litígio pela via judicial. Inteligência do enunciado sumular CARF nº 1 (DOU de 22/12/2009), verbis: “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”.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

A prescrição intercorrente não se aplica ao processo administrativo fiscal, por falta de previsão legal para tanto. Inteligência da Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

DIREITO CREDITÓRIO. IPI INCIDENTE SOBRE DESCONTOS INCONDICIONAIS. COMPENSAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COMPENSAÇÃO QUE

NÃO CONTROLAVA OS DÉBITOS DESTES AUTOS. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE.

O processo citado pelo impugnante, no qual se discutia pretensão de direito creditório, teve os débitos respectivos inscritos em dívida, sendo que nele não constou o tributo do período lançado nestes autos. Ademais, tratando-se de IPI incidente sobre descontos incondicionais, sequer tem o impugnante legitimidade ativa para perseguir o pretensão indébito/ressarcimento, pois sequer era contribuinte de direito do IPI.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. UTILIZAÇÃO PARA FINS TRIBUTÁRIOS, INCLUSIVE SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

No âmbito dos Conselhos de Contribuintes e agora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, pacífica a utilização da taxa Selic, quer como juros de mora a incidir sobre crédito tributário em atraso, quer para atualizar os indébitos do contribuinte em face da Fazenda Federal. Entendimento em linha com o enunciado da Súmula 1º CC nº 4: “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”. Ainda, com espeque no art. 72, caput e § 4º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (DOU de 23 de junho de 2009), deve-se ressaltar que os enunciados sumulares dos Conselhos de Contribuintes e do CARF são de aplicação obrigatória nos julgamentos de 2º grau. Adicionalmente, quanto à constitucionalidade da taxa Selic para fins tributários, o Supremo Tribunal Federal assentou sua higidez, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, sessão de 18/05/2011, com se vê pelo excerto da ementa desse julgado, verbis: 1. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.(...)

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL ORDINÁRIO REGIDO PELO ART. 150, § 4º, DO CTN, DESDE QUE HAJA PAGAMENTO ANTECIPADO. NA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO OU NO CASO DE APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA, APLICA-SE A REGRA DECADENCIAL DO ART. 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPRODUÇÃO NOS

JULGAMENTOS DO CARF, CONFORME ART. 62-A, DO ANEXO II, DO RICARF.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). Reprodução da ementa do leading case Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (regime dos recursos repetitivos).

Impugnação Procedente em Parte

Inconformado com a decisão da DRJ, apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual repisa todos os argumentos apresentados na impugnação.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo, quanto aos demais requisitos de admissibilidade, passo a análise por capítulo recursal. e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

Diligência

A recorrente requer que o julgamento seja convertido em diligência, sob o fundamento de que não foram analisadas corretamente as razões, argumentos e provas por ela apresentadas, fato que teria gerado o lançamento tributário guerreado.

A conversão do julgamento em diligência é um procedimento adotado pelo Colegiado com o escopo de devolver os autos para fase instrutória. Portanto, tem a função de sanear o processo e propiciar ao julgador um conjunto probatório suficiente para o julgamento da questão controversa.

A recorrente apresenta como motivo de seu pedido de diligência a sua indignação pela decisão proferida em primeira instância.

Entendo que as razões apresentadas pela recorrente não embasam um pedido de diligência. Contribui para a negativa, o fato de que o processo se encontra satisfatoriamente instruído, não carecendo de novas provas.

Sendo assim, nego o pedido de diligência.

Multa Isolada.

A recorrente se insurge contra a aplicação da multa isolada pela ausência de recolhimento de estimativas. Afirma ser ilegal a É ilegal a multa prevista no art. 44, § 1º, IV, da Lei nº 9.430/96.

Ocorre que não foi constituído crédito tributário a título de multa isolada, logo, não há interesse recursal da recorrente sobre esse capítulo.

Esses tema não faz parte da lide.

Ressaltado esse fato, é de conhecimento de todos que para o avanço à análise de mérito da matéria delimitada no momento da impugnação, deve-se investigar se foram observados os requisitos mínimos impostos por lei, cuja ausência implica a pronta inadmissão da peça recursal, sem que se investigue ser procedente ou improcedente a própria irresignação veiculada no recurso.

As atividades do julgador direcionadas para aferição da presença desses pressupostos recebem o nome de juízo de admissibilidade. Esse juízo antecede lógica e cronologicamente um outro subsequente juízo, qual seja o juízo de mérito, no qual é analisada a pretensão recursal.

O professor Barbosa Moreira observa que a questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar à questão de mérito. A apreciação desta fica excluída se àquela se responde em sentido negativo.

Os requisitos viabilizadores do exame do mérito recursal são divididos pelo professor Barbosa Moreira em duas categorias: “requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo)”. Alinham-se no primeiro grupo o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. O segundo grupo é composto pela tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Temos a consciência de que nem todos os requisitos de admissibilidade devem ser observados no âmbito do processo administrativo. Contudo, ao examinar a possibilidade de seguimento do recurso, o julgador administrativo deve estar atento para alguns dos requisitos, a saber: o interesse recursal, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, a regularidade formal e a tempestividade. Atendidos todos eles, fica permitida a análise do *meritum causae*.

Após esse breve intróito, regressando aos autos, conforme já relatado, não há sucumbência do recorrente na matéria que trata da aplicação da multa, portanto, falta-lhe.

Nas linhas do professor Bernardo Pimentel:

O requisito de admissibilidade do interesse recursal está consubstanciado na exigência de que o recurso seja útil e necessário ao legitimado. O recurso é útil se, em tese, puder trazer alguma vantagem sob o ponto de vista prático ao legitimado. É necessário se for a única via processual hábil à obtenção, no mesmo processo, do benefício prático almejado pelo legitimado.

Araken de Assim define o interesse recursal:

O interesse em impugnar os atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostra o caminho necessário.

À luz dessa noção básica, o interesse em recorrer resulta da conjugação de dois fatores autônomos, mas complementares: a utilidade e a necessidade do recurso.

A utilidade do recurso estará caracterizada quando da interposição porventura cabível há de resultar ao recorrente situação mais favorável que a defluente do ato impugnado. A necessidade do recurso resta evidente quando apenas por meio dele o recorrente pode alcançar situação mais favorável.

Regressando aos autos, como dito alhures, a aplicação da multa de ofício foi afastada pela instância anterior, logo, a utilidade de parte do recurso que trata dessa está prejudicada, pois não haverá situação mais favorável do que já foi conferido pela decisão recorrida. Sem a utilidade do recurso, quebra-se o binômio “necessidade-utilidade”, imprescindível para evidenciar o interesse recursal.

Forte nestes argumentos não conheço da matéria referente à aplicação da multa isolada, por falta de interesse recursal.

Quanto aos demais capítulos, identifico os pressupostos de admissibilidade, deles conhecendo e passando à análise de mérito.

Nulidade do Auto de Infração. MPF nº 71.02.2007.00022.

Alega a recorrente que O auto de infração ora combatido tem origem no MPF, cuja nulidade fora declarada pelo TRF da 2ª Região. A prevalência do procedimento

fiscal e consequentemente do auto de infração encontra óbice direto, qual seja, a decisão do TRF 2ª Região que declarou a nulidade do procedimento fiscal nº 71.02.2007.00022, procedimento este que foi a origem primeira e principal de todos os outros procedimentos e do auto de infração. Que a concomitância dos procedimentos judicial e administrativo não foi escolha da recorrente, mas uma necessidade para corrigir atos administrativos abusivos e contrários à Constituição Federal, tendo plena ciência a Administração desde suas citações nos respectivos processos. Os processos administrativo e judicial tramitam concomitantemente porque não é interesse da Administração Pública trancá-los, o interesse é de promover a arrecadação, não importa como.

Pela próprias razões recursais da recorrente, resta evidente que existe a concomitância entre dessa matéria nas esferas administrativas e judiciais.

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

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

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

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

Súmula CARF nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Forte nestes argumentos nego provimento a esse capítulo recursal.

Prescrição Intercorrente.

A recorrente insiste em defender a existência da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

Essa matéria já se encontra pacificada no âmbito do CARF por intermédio do Enunciado de Súmula CARF nº 11, tornada vinculante para toda administração tributária pela Portaria MF nº 277/2018

Súmula CARF nº 11:

Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Forte nestes argumentos, nego a aplicação da prescrição intercorrente.

Descontos Incondicionais. Compensação processo nº 10730.004805/2004-73.

Afirma a recorrente que o STF, por ocasião do julgamento do RE 567935, em sede de repercussão geral, decidiu que os descontos incondicionais/bonificações não integram a base de cálculo do IPI. O STJ autorizou a dedução dos descontos incondicionais da base de cálculo do IPI, reforçando entendimento favorável ao contribuinte. Diante desse fato, a recorrente apresentou declaração de compensação no processo administrativo nº 10730.004805/2004-73, na qual foram informadas as compensações com saldos apurados por conta do pagamento indevido e a maior sobre o IPI-descontos incondicionais no valor total de R\$ 14.186.054,04;

Analisando as razões recursais apresentadas neste capítulo, fica evidente que a recorrente reproduziu as mesmas utilizadas na impugnação, não apresentou um único elemento novo no recurso voluntário, seja em sede do direito material ou do processual.

Como o recurso voluntário versa sobre os mesmos temas apresentados na impugnação, e por entender que a decisão proferida pela instância *a quo* seguiu o rumo correto, peço *vênia* para utilizar a *ratio decidendi* da DRJ como se minha fosse, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, *in verbis*:

Quanto à defesa dos itens 4 a 7 (direito creditório decorrente do IPI- descontos incondicionais), como já dito, o contribuinte, no processo próprio, sequer incluiu o crédito tributário deste processo.

Ademais, como reconheceu o próprio impugnante, quando asseverou que o STJ tinha mudado o entendimento no tocante à legitimidade ativa das distribuidoras de bebidas para perseguir o indébito do IPI-descontos incondicionais, não se pode aqui reconhecer qualquer direito adquirido, pois o Tribunal validamente mudou seu entendimento, até porque o contribuinte jamais foi contribuinte de direito do IPI. Contribuinte de direito do IPI eram os fabricantes de bebidas, estes que tinham legitimidade ativa para pugnar o eventual indébito (ou ressarcimento). Para tanto, veja-se a decisão no REsp nº 903.394, relator o Min. Luiz Fux, sessão de 24/20/2010, no rito do recurso repetitivo, que restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO

TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE DE JURE À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O "contribuinte de fato" (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo "contribuinte de direito" (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito , independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento , ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la ."

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigí-lo.

4. Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que:

"...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte,

norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito .

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente." (Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do "contribuinte de fato" (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, deduz-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que

objetiva a restituição do "tributo indireto" indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, "Repetição de Indébito", in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, "o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual " (Paulo de Barros Carvalho, in "Direito Tributário - Linguagem e Método", 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

9. In casu, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14, da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, "a", do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, "b", do CTN).

11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável :

(...)

II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial .

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente .

(...)"

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, "a", do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

13. Mutatis mutandis, é certo que:

"1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS." (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)"

14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que "as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa".

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(...)

Na forma acima, quer porque o contribuinte não tem legitimidade ativa para perseguir o indébito, quer porque não foi bem sucedido nos autos próprios (nº 10730.004805/2004-73, com débitos inscritos na dívida ativa), afasta-se a presente pretensão, sendo certo ainda que é totalmente descabida a tese de o contribuinte fruir da pretensão creditória, por modulação do efeito da mudança jurisprudencial do STJ, como constou nos pareceres juntados aos autos, pois somente caberia ao Poder Judiciário modular suas próprias decisões, não podendo a Administração avocar para si tal faculdade, por ausência de permissivo legal para tanto (atente-se que atualmente somente o Supremo Tribunal Federal, pelos art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e art. 11 da Lei nº 9.882/1999, pode modular os efeitos de suas decisões, faculdade estendida aos julgados em recursos repetitivos e tribunais superiores pelo art. 927, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, que terá vigência após 17/03/2016).

Com base no que foi exposto, mantenho a decisão da primeira instância em relação a esse capítulo recursal.

Conclusão.

Pelas assertivas feitas, afluem razões jurídicas para não conhecer da matéria referente à aplicação da multa isolada, por não fazer parte do litígio, e na parte conhecida, negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Gilson Macedo Rosenberg Filho