



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

Processo nº 16327.003559/2003-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-005.401 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de abril de 2018
Matéria ALCOFINS
Recorrente GUEDES DE ALCANTARA FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/09/1999 a 31/12/2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA DE PEDIDOS NA MATÉRIA MERITÓRIA.

A propositura pelo sujeito passivo, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto quanto ao mérito do litígio, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. CABIMENTO.

Sendo a obrigação tributária, *ex lege*, tem a autoridade administrativa o dever de proceder ao lançamento, para prevenir a decadência, estando sobrestados os atos executórios, em virtude de medida judicial suspensiva.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

[assinado digitalmente]

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

[assinado digitalmente]

Maria do Socorro Ferreira Aguiar - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Paulo Guilherme Déroulède, José Fernandes do Nascimento, José Renato Pereira de Deus, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Jorge Lima Abud, Diego Weis Júnior, Raphael Madeira Abad e Walker Araújo.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até o presente momento processual, os quais foram relatados de forma minudente, adoto o relatório da r. decisão recorrida, conforme a seguir transcrito:

Conforme o Termo de Verificação de fls.90/92, em fiscalização empreendida junto à empresa acima identificada, o autuante verificou em síntese que:

*1. Com referência aos fatos geradores compreendidos entre setembro de 1999 e dezembro de 2001, **a contribuinte deixou de cumprir parte de suas obrigações tributárias relativas à COFINS**, buscando amparo legal mediante a interposição da Ação Ordinária nº 1999.61.10.004485-0, distribuída à 2ª Vara da Justiça Federal de Sorocaba/SP, objetivando provimento jurisdicional para declarar a inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da COFINS, passando do faturamento à receita bruta, bem como do aumento da alíquota desta, tudo conforme a Lei nº 9.718/98, indicando ofensa ao disposto no art.195, I, da Constituição Federal, na redação antecedente à EC nº 20/98.(grifei).*

1.1. Conforme notícia a certidão de "Objeto e Pé" expedida em 04/09/2003, fls.89, o pedido foi julgado "...parcialmente procedente [...] para o único fim de suspender a exigibilidade da Cofins segundo a base de cálculo disposta no art.3º da Lei nº 9.718/98, garantindo à Autora o direito de proceder ao recolhimento da exação segundo a base de cálculo tratada na Lei Complementar nº 70/91...". Certifica ainda a referida Certidão de Objeto e Pé que os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 27/11/2002 e distribuídos para julgamento em 18/12/2002.

1.2. Foram promovidos recolhimentos a título de COFINS, com base na alíquota de 2%, sendo que os valores relativos à diferença de alíquota de 1% da COFINS, cuja exigibilidade encontra-se suspensa nos termos do inciso V, do art.151, do CTN, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, são os elencados no quadro demonstrativo de fls.92.

1.3. Destarte, proceder-se-á, de ofício, à constituição do pertinente crédito tributário, com suspensão de exigibilidade, sem cobrança de multa de ofício a teor do disposto no art.63, da Lei nº 9.430/96.

Em decorrência das constatações feitas pela fiscalização, em 16/10/2003 foi lavrado Auto de Infração de COFINS (fls.93/101), com os valores a seguir discriminados:

(...)

DA IMPUGNAÇÃO

A autuada apresentou a impugnação de - fls.104/108, protocolizada em 17/11/2003, expondo, em síntese, que:

1. A contribuinte pleiteia receber intimações e notificações referentes aos presentes autos administrativos no endereço do escritório de seu advogado.

2. O crédito tributário lançado por meio do auto de infração está com a sua exigibilidade suspensa por força da ação tributária que está "sub judice", nos termos do art. 151, V, do CTN.

2.1. A impugnante promoveu recolhimentos a título de COFINS, com base na alíquota de 2%, não assistindo razão à exação sob o argumento de "Apuração de diferença da COFINS sub judice".

• *É o relatório.*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento sintetizou, na ementa a seguir transcrita, a decisão proferida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS

Período de apuração: 01/09/1999 a 31/12/2001

CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUÏ- PENSE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.CABIMENTO.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, mesmo na hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

INTIMAÇÃO AO ADVOGADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Na fase do contencioso administrativo, as intimações são feitas no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

• *Lançamento Procedente*

Assim, inconformada com a decisão de primeira instância, a empresa após ciência em 05/05/2008, conforme AR de fl. 158, apresenta em 04/06/2008, Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, fls. 174/182, no qual repisa os argumentos já aduzidos em sede impugnatória.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Relatora:

Dos requisitos de admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e atende aos pressupostos legais de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Observa-se da peça recursal que o contribuinte em extenso arrazoadado discorre sobre as alterações promovidas na legislação acerca da COFINS, ressaltando que discute judicialmente a ampliação da base de cálculo e majoração da alíquota de 2% para 3%, onde obteve êxito, no que tange a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo estando o presente processo em fase de execução (ação declaratória nº 1999.61.10.004485-0), não havendo que se falar em crédito devido, e sim, em direito à restituição da diferença recolhida a maior pela recorrente.

Verifica-se dos autos que o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência em face da interposição da Ação Ordinária nº 1999.61.10.004485-0, distribuída à 2ª Vara da Justiça Federal de Sorocaba/SP, objetivando provimento jurisdicional para declarar a inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da COFINS.

Em consulta ao site do TRF/3, file:///C:/Users/CARF/Downloads/Acordao63292196825406%20(2).pdf, acesso em 19/01/2018, constata-se que foi proferido o Acórdão, publicado no DJU em 04/09/2006, que tem a seguinte ementa e excertos do voto, transcritos abaixo:

*TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL MINUTA DE JULGAMENTO FLS. *** SEXTA TURMA ****

Ementa:

TRIBUTÁRIO – COFINS - LEI 9.718/98 - BASE DE CÁLCULO - PRECEDENTE DO E. STF – HIERAQUIA DAS LEIS – NÃO VIOLAÇÃO - MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA – CONSTITUCIONALIDADE. 1.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário nº 357.950/RS e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, entendimento assentado, que adoto nos estritos limites da decisão proferida.

2. Subsiste a obrigação nos moldes previstos na Lei Complementar nº 70/91 e legislação superveniente não abrangida por esta decisão.

3. Passíveis de alteração por lei ordinária as normas veiculadas pela Lei Complementar n.º 70/91, sem que isto implique em ofensa ao princípio da hierarquia das leis, não podendo por esta razão ser acoimado de inconstitucional o art. 8º da Lei n.º 9.718/98.

3. A possibilidade de compensar o percentual de 1% da contribuição para a COFINS com os valores devidos a título de CSL, prevista no art. 8º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98, constitui

benefício fiscal concedido pelo legislador objetivando a diminuição da carga tributária total da empresa, não implicando violação aos princípios da isonomia e capacidade contributiva, constitucionalmente assegurados.

Voto:

Todavia, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, conforme certidão de julgamento da sessão do dia 09/11/2005.

*Neste sentido, com ressalva do meu ponto de vista no tocante a matéria, **adoto o entendimento assentado pelo E. Supremo Tribunal Federal, nos estritos limites da decisão proferida no RE nº 357.950/RS, conclusão que afasta os efeitos da decisão proferida pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal Regional Federal no incidente de argüição de inconstitucionalidade no AMS nº 1999.61.00.019337-6, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, DJU 19.05.04, p. 363, apenas com relação ao artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 – base de cálculo da COFINS, conforme parágrafo único do artigo 176 do RITRF – 3a Região. Ressalte-se subsistir a obrigação nos moldes previstos na Lei Complementar nº 70/91 e legislação superveniente não abrangida por esta decisão.***

No tocante à majoração de alíquota prevista no artigo 8º da Lei nº 9.718/98, não obstante instituída por lei que tenha observado formalmente o procedimento e “quorum” reservado às leis complementares, as normas relativas à contribuição para o financiamento da seguridade social, por não serem reservadas à lei complementar, são materialmente tidas como dispositivos de lei ordinária, como já assentou o STF, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 1-1 DF, merecendo destaque o voto do relator Min. Moreira Alves: “A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.”

Destarte passíveis de alteração por lei ordinária as normas veiculadas pela Lei Complementar nº 70/91, sem que isto implique em ofensa ao princípio da hierarquia das leis, não podendo por esta razão ser acoimado de inconstitucional o art. 8º da Lei nº 9.718/98.(grifei).

Ante o exposto, depreende-se que a questão meritória, posta na via administrativa está submetida ao crivo do Poder Judiciário, já que expressamente analisada na peça decisória acima demonstrada.

Nesse mister, verifica-se quanto a essas matérias a concomitância de pedidos, nas esferas administrativas e judicial, estando portanto afastadas do âmbito decisório na via administrativa, sendo importante ressaltar que, pela sistemática constitucional tem-se que o princípio da unicidade de jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, confere exclusividade ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional (“a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”), estabelecendo, deste modo, uma importante regra limitadora do processo administrativo, qual seja a de que as decisões administrativas não são definitivas e seu cumprimento depende de sua não invalidação por algum provimento judicial.

Com efeito, a matéria objeto do processo administrativo pode, a qualquer tempo (antes, durante ou depois do processo administrativo), ser levada à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, do ponto de vista jurídico, a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, amparado pela garantia constitucional da inafastabilidade do controle judicial, contra a Fazenda, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, em face da concomitância dos pedidos.

Essa questão está disciplinada pelo ¹art. 87 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já sumulou a questão, nos seguintes termos:

"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".

No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a matéria estava à época da apresentação da impugnação normatizada pelo Ato Declaratório Normativo (Cosit) nº 03, de 14 de fevereiro de 1996 (DOU 15/02/1996), *in verbis*:

"a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto;(grifei).

¹ Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei no 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).
Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p. ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

c) no caso da letra 'a', a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151 do CTN;”

Atualmente referida matéria está normatizada pelo Parecer Normativo RFB nº 7, de 22 de agosto de 2014, DOU de 27.8.2014, cuja conclusão a seguir se transcreve apenas como reforço argumentativo sobre o alcance e consequências da concomitância de pedidos:

55. Desse modo, considerando que os arts. 1º, § 2º, do Decreto nº 1.737/1979, e 38, § único, da Lei nº 6.830/80, tem como - único - objetivo conferir eficácia ao princípio da economia processual, conclui-se que o não reconhecimento da concomitância pelo CARF resultará numa decisão administrativa prejudicada, redundante e inútil, após a prolação da sentença contrária de mérito no processo judicial que trate da mesma relação jurídica.

56. Repetindo: **o não reconhecimento da concomitância tornará o julgamento administrativo desnecessário e inútil naquilo que for contrário à decisão de mérito do Poder Judiciário**, simplesmente porque a coisa julgada judicial faz lei entre as partes em caráter definitivo e sua eficácia (ex tunc) não está condicionada ao resultado do julgamento do processo administrativo (arts. 467 e 468 do CPC). **A decisão judicial de mérito passada em julgado tem como atributos especiais a indiscutibilidade, a imutabilidade e a coercibilidade, o que obriga o seu cumprimento pela autoridade administrativa, ainda que exista acórdão do CARF em sentido contrário.**(grifei).

Conclusão 21. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto (mesma causa de pedir e mesmo pedido) ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, exceto quando a adoção da via judicial tenha por escopo a correção de procedimentos adjetivos ou processuais da

Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência;

Pelo que está posto, no que se refere à matéria objeto de demanda judicial, tornou-se definitiva e insuscetível de discussão na esfera administrativa, no entanto a renúncia em tela não tem o condão de tornar nulo o ato, tampouco suspender o curso do processo administrativo, podendo tão somente sobrestá-lo quanto aos atos executórios até pronunciamento final da justiça, se for o caso.

Assim, agiu com acerto a autoridade administrativa a quem cumpre aplicar a norma tributária e tem o dever de exigir o crédito tributário, sob pena de responsabilidade funcional, *ex vi* do parágrafo único do art. 142 do CTN, o que foi feito através do lançamento que ora se examina.

Ante o exposto, VOTO:

Por CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO VOLUNTÁRIO quanto à questão referente à insuficiência de recolhimento da COFINS, matéria portanto de cunho meritório e DECLARAR DEFINITIVO na esfera administrativa o lançamento formalizado no Auto de Infração de fls.94/103, cabendo à unidade de execução do acórdão a observância do trânsito em julgado da Ação Judicial conforme destacado no presente voto.

[Assinado digitalmente]

Maria do Socorro Ferreira Aguiar

Relatora