



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

Processo nº 10580.013137/2004-36
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.131 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2013
Matéria COFINS - AI
Recorrente ENGEPACK EMBALAGENS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 30/04/2000, 01/06/2000 a 31/12/2000, 01/01/2001 a 31/03/2001, 01/05/2001 a 31/05/2001, 01/07/2001 a 31/12/2001, 01/01/2002 a 31/01/2002, 01/04/2002 a 31/07/2002, 01/09/2002 a 30/09/2002, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/01/2003 a 28/02/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

O Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com a indicação expressa das infrações imputadas ao sujeito passivo e das respectivas fundamentações, constitui instrumento legal e hábil à exigência do crédito tributário.

BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/10/1999

DECADÊNCIA. TRIBUTO. DIFERENÇAS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Por força do disposto no art. 62-A do RICARF. c/c a decisão do STJ, no REsp 973.733/SC, reconhece-se a decadência quinquenal do direito de a Fazenda Nacional constituir a parte do crédito tributário lançada e exigida para as competências de janeiro a novembro de 1999.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 30/04/2000, 01/08/2000 a 31/12/2000, 01/01/2001 a 31/03/2001, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/07/2003 a 31/07/2003

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS OPERACIONAIS. DIFERENÇAS. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

A exigência da parte do crédito tributário correspondente às diferenças entre os valores da contribuição mensal, declarados nas respectivas DCTF e os efetivamente devidos, apuradas sobre a receita operacional, mantida em primeira instância, tornou-se definitiva por não ter sido contestada em segunda instância.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a suscitada preliminar de nulidade do lançamento, não conhecer da matéria oposta concomitantemente nas esferas judicial e administrativa (ampliação da base de cálculo da contribuição) e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Andrada Márcio Canuto Natal e Bernardo Motta Moreira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da DRJ em Salvador (BA) que julgou improcedente a impugnação do lançamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) referente aos períodos mensais de competência janeiro a outubro e dezembro de 1999, janeiro a abril e junho a dezembro de 2000, janeiro a março, maio e julho a dezembro de 2001, janeiro, abril a julho, setembro e dezembro de 2002, janeiro a fevereiro e junho a dezembro de 2003.

O lançamento teve como fundamento a Lei nº 9.718, de 28/11/1998, arts. 2º, 3º e 8º, e decorreu de diferenças entre os valores da contribuição declarados nas respectivas Declarações de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) e os efetivamente devidos, apurados com base nas escritas contábeis e fiscais, conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal às fls. 14/16.

Intimada do lançamento, a recorrente impugnou-o (fls. 393/415, alegando razões que foram assim resumidas por aquela DRJ:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 05/12/2013 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 05/12/2013 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 08/05/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS

Impresso em 05/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“• O lançamento é nulo, uma vez que a fiscalização não teria se restringido ao previsto no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF);

• O lançamento é nulo, por infringir os incisos III e V do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972;

• Fatos geradores anteriores a dezembro de 1999 já foram fulminados pela decadência;

• A majoração da base de cálculo prevista na Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional; Afastar a aplicação de lei contrária à Constituição Federal também é incumbência dos julgadores da esfera administrativa;

• Ressarcimentos de despesas e créditos fiscais relativos ao ICMS, ao IPI, ao PIS e à própria Cofins, não podem ser incluídos na base de cálculo da contribuição;

• A Lei nº 9.718, de 1998, é inaplicável ao período de apuração de janeiro de 1999, por conta da anterioridade nonagesimal a ser respeitada;

• A taxa Selic não pode ser aplicada a créditos tributários, pois não foi criada por lei para esse fim. A utilização de índice superior a 1,0% ao mês é inconstitucional e configura crime de usura;

• Requer que seja efetuada diligência para que sejam sanadas as inconsistências do auto de infração.”

Analizada a impugnação, aquela DRJ julgou-a improcedente, conforme Acórdão nº 15-13.560, datado de 28/08/2007, às fls. 521/535, sob as seguintes ementas:

“BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES.

A Cofins incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. As exclusões permitidas da base de cálculo são apenas as listadas de forma taxativa na Lei 9.718, de 1998.

DECADÊNCIA.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo à Cofins é de dez anos.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. MPF.

Incabível arguição de nulidade de Auto de Infração, quando se verifica que foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente. A simples falta de menção expressa ao tributo lançado, quando o lançamento decorre das "verificações obrigatórias" previstas no Mandado de Procedimento Fiscal, não tem o condão de anular o ato administrativo.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A matéria que está sendo questionada pela contribuinte na Justiça não pode ser apreciada por órgão julgador administrativo.

DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência que deixar de atender aos requisitos previstos na legislação de regência para sua formulação e contenham os autos as provas necessárias ao deslinde da matéria.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.”

Cientificada dessa decisão, inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 540/543), requerendo a sua reforma a fim de que seja cancelado o lançamento, alegando, em síntese: i) em preliminar, a sua nulidade, sob o argumento de que foi impetrada ação judicial, processo nº 1999.33.00.013739-0, e realizado depósitos os quais, nos termos do art. 151, III, do CTN, ilidiriam o procedimento fiscal, visando à cobrança dos valores exigidos no auto de infração; e, ii) no mérito, a decadência quinquenal do direito de a Fazenda Pública constituir parte do crédito tributário, nos termos do § 4º do art. 150, daquele mesmo Código e, ainda, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que, inclusive, foi objeto de ação judicial própria, com decisão transitada em julgado a seu favor.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I – Preliminar

A suscitada nulidade do lançamento sob o argumento de existência de ação judicial discutindo a mesma matéria, inclusive, com depósitos judiciais, não constitui causa de nulidade nem tem amparo legal.

O auto de infração e, conseqüentemente o lançamento, somente seria nulo se tivesse sido lavrado por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 59, inciso I:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

No presente caso, o auto de infração em discussão foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal (RFB), servidor competente para exercer fiscalizações externas de pessoas jurídicas e, se constatadas faltas na apuração do cumprimento de obrigações tributárias, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício.

Do seu exame, verificamos que nele está demonstrada a infração imputada à recorrente, declaração/pagamento a menor da Cofins devida, no período objeto do lançamento. A fundamentação legal da exigência da contribuição, da multa e dos juros consta da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal às fls. 14/16.

Assim, não há que se falar em nulidade do lançamento.

II – Mérito

II-a) decadência

A decadência do direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário está regulada no CTN, que assim dispõe:

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

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

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

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

(...).

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Já no julgamento do REsp nº 973.733/SC, o Superior Tribunal Justiça (STJ) assim decidiu, quanto à decadência:

“1. 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 216.755/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP. Rel. Ministro Luis Fux, julgado em 13.12.2004, J 28.02.2005)”

No presente caso, houve antecipação de pagamentos por contas das parcelas lançadas e exigidas e a notificação do lançamento se deu em 13/12/2004.

Assim, por força do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), adota-se para o presente julgamento, aquela decisão, para reconhecer a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente aos fatos geradores das competências de janeiro a novembro de 1999.

II-b) parcelas lançadas e exigidas não atingidas pela decadência.

O lançamento teve como fundamento a Lei nº 9.718, de 27/11/1998, arts. 2º e 3º, que assim dispõem:

“Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

~~*§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.*~~

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no §5º, poderão excluir ou deduzir:

[...];

[...].”

Conforme demonstrado nos autos, planilhas “DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – CONTABILIDADE” e às fls. 296/31, “DEMONSTRATIVO DE SITUAÇÃO FISCAL APURADA”, às fls. 32/36, e também na

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 05/12/2013 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 05/12/2013 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 08/05/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS

Impresso em 05/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

decisão recorrida, Tabela 1, às fls. 726, as parcelas lançadas e exigidas correspondem a valores apurados sobre receitas operacionais e não operacionais.

Quanto às diferenças decorrentes da tributação das receitas não operacionais, em face da ação judicial interposta pela recorrente, questionando a exigência da contribuição sobre tais receitas, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, ou seja, sobre base de cálculo ampliada, a autoridade julgadora de primeira instância não conheceu das razões de mérito expendidas contra suas exigências.

Portanto, de conformidade com decisão de primeira instância, a matéria oposta concomitantemente nas esferas administrativa e judicial, exigência da contribuição sobre receitas não operacionais, não foi conhecida. Contudo foi mantida a parte do lançamento correspondente aos valores lançados e exigidos sobre as diferenças das receitas operacionais.

Nesta fase recursal, a recorrente não contestou os valores apurados sobre as diferenças de receitas operacionais, se limitando suas razões de mérito, quanto aos valores exigidos, à alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, ou seja, a ampliação da base de cálculo da contribuição.

Em relação à exigência da contribuição sobre a base de cálculo ampliada, conforme demonstrado na decisão recorrida e invocado pela própria recorrente, a matéria foi objeto de ação ordinária, processo nº 1999.33.00.013739-0.

Ora, sua opção pela via judiciária para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, 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 pelo CARF por meio da Súmula nº 01, nos seguintes termos:

“Súmula CARF nº 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.”

Assim, por força no disposto no § 4º do art. 72, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), obrigatoriamente, aplica-se esta súmula ao presente caso.

Já em relação aos valores decorrentes das diferenças apuradas entre as receitas operacionais oferecidas à tributação pela recorrente, mediante DCTF, e as escrituradas contabilmente, como a recorrente não os contestou, suas exigências tornaram-se definitivas na instância administrativa.

O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, assim dispõe:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 05/12/2013 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 05

/12/2013 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 08/05/2014 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

Impresso em 05/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

[...];

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

[...].”

Em face do exposto, rejeito a suscitada preliminar de nulidade do lançamento, não conheço da matéria oposta concomitantemente nas esferas, judicial e administrativa, ampliação da base de cálculo da contribuição, cabendo à autoridade administrativa cumprir a decisão judicial transitada em julgado; na matéria conhecida, dou provimento parcial ao recurso voluntário apenas e tão somente para excluir do crédito tributário as parcelas lançadas e exigidas para as competências mensais de janeiro a novembro de 1999, por força da decadência quinquenal do direito de a Fazenda Pública exigi-las, mantendo a exigência dos valores lançados e exigidos sobre as diferenças de receitas operacionais apuradas pela Fiscalização, conforme Tabela I constante da decisão recorrida às fls. 531 (fls. 726), acrescidas das cominações legais.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes – Relator