



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

Processo nº 10675.003099/2004-54
Recurso nº 170.034 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.584 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2010
Matéria COFINS
Recorrente TRIAUTO TRIÂNGULO AUTOMÓVEIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2000, 01/01/2002 a 30/11/2002

LANÇAMENTO. NULIDADE

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

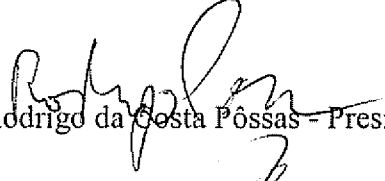
MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA

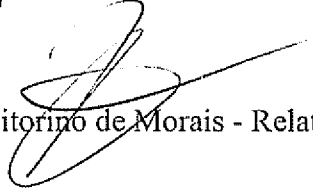
SÚMULA CARF nº 01. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a suscitada preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, não conhecer do recurso voluntário, em face da opção da recorrente pela via judiciária para discutir a mesma matéria, objeto deste processo administrativo, nos termos do voto do Relator


Rodrigo da Costa Póssas - Presidente


José Adão Vitorino de Moraes - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva, Rodrigo Pereira de Mello, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela recorrente contra decisão proferida pela DRJ Rio de Janeiro I, RJ, que não conheceu da impugnação interposta contra o lançamento da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), em face de a matéria ter sido também objeto de discussão judicial nos autos do mandado de segurança nº 1999.38.00.024155-4.

O lançamento decorreu de diferenças entre a contribuição declarada/paga e a efetivamente devida nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º, § 1º, pelo fato de a recorrente não ter incluído na base de cálculo dessa contribuição outras receitas.

Em face da ação judicial e de liminar favorável o crédito tributário foi constituído sem multa de ofício e com exigibilidade suspensa.

Cientificada do lançamento, a recorrente impugnou-o sob as razões que foram assim sintetizadas por aquela DRJ:

“a) a sua atitude de não incluir as receitas financeiras na base de cálculo da COFINS está amparada por sentença judicial exarada no Mandado de Segurança nº 1999.38.00.02415-4/MG, não podendo o fisco efetuar, qualquer lançamento quanto a esse motivo;

b) uma sentença, e não uma liminar ou tutela antecipada, que é lei entre as partes, é que lhe dá esse direito, tomando nulo o lançamento contrário às suas determinações

Quanto ao mérito, a interessada alega, em síntese, que:

a) a COFINS foi instituída com apoio em norma constitucional que autoriza criação de contribuição social exigível às empresas sobre o “faturamento”;

b) a Constituição não atribuiu significado particular para “faturamento”, expressão de uso antigo no âmbito do Direito Privado; instado a se manifestar nesse plano, o Poder Judiciário valeu-se de outra expressão também fornecida pelo Direito Privado: a “receita bruta”;

c) “Receita bruta” vem a ser, de sua parte, figura que o Direito Privado mantém, por via de norma expressa da legislação comercial, atrelada, visceralmente, à noção de produto da venda de bens e de serviços (artigo 187, I, da Lei n. 6.404/76);

d) esse atrelamento visceral foi, inclusive, respeitado pela própria Lei Complementar nº 70/91, instituidora da COFINS, ao definir ela mesma como base de cálculo da exação, a título de “faturamento mensal” a “receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza” (artigo 2º);

e) a referência constitucional a “faturamento”, entendida como dizendo respeito a “receita bruta da venda de bens e serviços”, ficou valendo com efeito de “trava” ou balizamento restrito para o legislador, a ele não se admitindo qualquer

distorção ou subversão de significado em razão, inclusive ou sobretudo, de disposição também restritiva constante do artigo 110 do Código Tributário Nacional;

f) na receita bruta de venda de bens e serviços não se incluem - como vem a ser até óbvio - as receitas, por exemplo, de venda de bens do ativo permanente e as receitas de operações financeiras;

g) a Lei nº 9.718/1998, depois de confirmar que a base de cálculo da COFINS é o faturamento e dizer que o mesmo “corresponde à receita bruta da pessoa jurídica”, mandou que se considere “receita bruta a totalidade das receitas” (menos a receita de bens do ativo permanente);

h) a Lei nº 9.718/1998 elegeu, portanto, base de cálculo expandida para o tributo porque fez incluir na base, obliquamente, receitas estranhas ao faturamento, como, por exemplo, aquelas derivadas de operações financeiras da pessoa jurídica;

i) a expansão importou em que, pela Lei nº 9.718/1998, a base de cálculo da COFINS tenha deixado de atender a comando constitucional no sentido de que a base correspondesse ao faturamento - entendido como receita bruta de venda de bens e serviços;

j) logo, a Lei nº 9.718/1998 nasceu inconstitucional, nesse ponto;

k) a superveniente promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998 não sanou - como é também óbvio - a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998, nesse ponto, pois a lei já nascera inconstitucional, e uma emenda à Constituição não tem o condão de “passar uma borracha”, “apagar” inconstitucionalidades anteriores à sua promulgação; e

l) por conseguinte, a Lei nº 9.718/1998 continua inconstitucional, no mesmo ponto.

Concluindo, a interessada afirma que as receitas financeiras não se incluem na base de cálculo da COFINS e que os valores que declarou e pagou a esse título estão certos, não cabendo qualquer correção por parte do fisco.”

Analisada a impugnação, aquela DRJ rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento e não conheceu dela, conforme acórdão nº 12-15.517, às fls. 171/175, assim ementado:

“EXIGIBILIDADE SUSPensa POR SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.

Ainda que a exigibilidade esteja suspensa em função de sentença em Mandado de Segurança, não é defeso ao fisco constituir o crédito, por meio do lançamento de ofício, para prevenir a decadência, continuando a exigibilidade (cobrança) suspensa até a decisão final da justiça.

AUTO DE INFRAÇÃO NULIDADE.

É válido o Auto de Infração lavrado por autoridade competente e em consonância com o que preceituam os artigos 142 do CTN e 10 e 59 do PAF

*CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E
JUDICIAL IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA*

Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação administrativa, quanto ao mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política "

Inconformada com essa decisão, a recorrente interpôs o recurso voluntário às fls. 189/220), requerendo a sua reforma a fim de que seja cancelado o lançamento, alegando, em síntese, as mesmas razões expendidas na impugnação, ou seja, em preliminar, a nulidade do lançamento, e, no mérito, a não-incidência da Cofins sobre a base de cálculo ampliada nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, §1º, inclusive, receitas financeiras.

Para fundamentar seu recurso expendeu extenso arrazoadado sobre: i) a ação judicial interposta contra a exigência da contribuição nos termos da Lei nº 9.718, de 1998; ii) a instituição da Cofins; iii) faturamento; iv) receita bruta de vendas e serviços; v) receitas operacionais; vi) vendas de mercadorias e serviços; vii) o Fisco e as receitas operacionais; viii) nomenclatura exata e imutável dada pela Constituição; ix) a indevida expansão da base de cálculo da contribuição; x) desvio em face do Código Tributário Nacional; xi) inconstitucionalidade; xii) a emenda e sua irrelevância em face da Lei nº 9.718/1998; xiii) a Emenda Constitucional nº 20/1998; e, ixv) decisões judiciais sobre a matéria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, conheço dele em parte.

Conforme consta dos autos e a própria recorrente reconheceu, a matéria em discussão neste processo administrativo, ou seja, a exigência da Cofins nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º § 1º, que ampliou a base de cálculo dessa contribuição, foi também objeto do mandado de segurança nº 1999.38.00.024155-4.

Ora, a opção da recorrente 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 Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo ser aplicada ao presente caso a Súmula nº 01 que assim dispõe, *in verbis*:

"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, não se toma conhecimento das razões de mérito contra a decisão recorrida, aplicando-se ao caso esta súmula.

Remanesce, todavia, a questão não-oposta ao Poder Judiciário, ou seja, a suscitada nulidade do lançamento sob o argumento de que em face da decisão judicial favorável, ainda não transitada em julgado, reconhecendo à recorrente o direito de apurar e recolher a Cofins, nos termos da legislação anterior, afastando a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, vedaria a constituição do crédito tributário.

No entanto, esse entendimento é equivocado e não tem amparo legal.

Nos termos do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, art. 59, inciso I, o lançamento somente seria nulo se tivesse sido efetuado por pessoa incompetente.

No presente caso, o auto de infração em discussão foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, servidor competente para exercer fiscalizações externas de pessoas jurídicas.

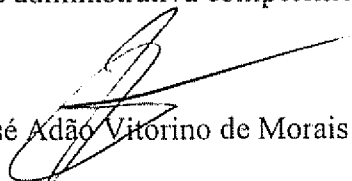
Assim, possíveis incorreções e/ ou deficiências não o tornam nulo nem anulável e sim defeituoso ou ineficaz até a sua retificação. Contudo, nenhuma dessas ocorrências foi demonstrada.

Já alegação de que, em face da decisão judicial, ainda não transitada em julgado, reconhecendo-lhe o direito de apurar e recolher a contribuição, sem a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, o lançamento não poderia ter sido efetuado, também não tem amparo legal. O que está vedado é a exigência do crédito tributário antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Conforme constou do auto de infração, o crédito tributário em discussão foi constituído sem multa de ofício, com exigibilidade suspensa, com o objetivo de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Publicar constituí-lo. Este somente será exigido depois do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, se favorável à Fazenda Nacional; caso contrário, se desfavorável, o lançamento será cancelado pela autoridade administrativa competente.

Além do mais, a constituição do crédito tributário com exigibilidade suspensa e sem a multa de ofício não lhe trouxe qualquer prejuízo. Também, a legislação que o fundamentou não foi suspensa pelo Senado Federal nem foi editada súmula vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento e, quanto à questão de mérito, não tomo conhecimento do recurso voluntário e declaro definitiva, na instância administrativa, a exigência do crédito tributário, mas com exigibilidade suspensa até o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial em que a recorrente discute a legalidade da exigência da Cofins Lei nº 9.718, de 1998, cabendo à autoridade administrativa competente cumpri-la depois de transitada em julgado.



José Adão Vitorino de Moraes