



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

Processo nº 10860.004017/2004-00
Recurso nº 249.045 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.364 – 3ª Turma Especial
Sessão de 12 de março de 2010
Matéria COFINS - CONCOMITÂNCIA E ACRÉSCIMOS LEGAIS
Recorrente COMERCIAL BURITY LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Fatos geradores: 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 29/02/2000, 31/05/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000, 31/12/2000, 31/01/2001, 28/02/2001, 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Súmula CARF nº 1)

EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado quanto ao pagamento antecipado efetuado pelo contribuinte, extingue-se o crédito tributário após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, desde que não haja outro prazo fixado em lei, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Fatos geradores: 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 29/02/2000, 31/05/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000, 31/12/2000, 31/01/2001, 28/02/2001, 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003

APRECIACÃO DE ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

Não cabe na esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, nos termos contidos no art. 26-A e parágrafo único do Decreto nº 70.235/1972 (PAF), com redação dada pela Lei nº 11.941/2009, bem como no art. 62 e parágrafo único do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. A legislação prevê exceções que autorizam o afastamento da aplicação de lei, tratado internacional ou decreto por parte dos julgadores administrativos, inaplicáveis no presente caso, por existir decisão judicial transitada em julgado desfavorável à tese do ora Recorrente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Fatos geradores: 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 29/02/2000, 31/05/2000, 30/06/2000, 31/07/2000, 31/08/2000, 30/09/2000, 31/10/2000, 30/11/2000, 31/12/2000, 31/01/2001, 28/02/2001, 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO.

Inexiste autorização legislativa para a remissão ou redução das penalidades aplicáveis ao contribuinte, bem como dos respectivos juros de mora, que não pagou o tributo devido no prazo legal e antes de iniciado o procedimento de ofício.

Recurso Voluntário Provido Parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso na parte do mérito coincidente com a matéria discutida na esfera judicial e, na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a ocorrência da tácita homologação dos pagamentos efetuados relativamente aos fatos geradores ocorridos em 31/03/1999, 30/04/1999 e 31/05/1999.


Alexandre Kern - Presidente


Hélcio Lafetá Reis - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Henrique Martins de Lima, Belchior Melo de Sousa, Daniel Maurício Pedato, Hélcio Lafetá Reis (Relator) e Rangel Perrucci Fiorin.

Relatório

Em 5 de novembro de 2004, a Fiscalização da DRF Taubaté/SP lavrou auto de infração em desfavor do contribuinte supra identificado (fls. 02 a 126), relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), tendo em vista decisão judicial transitada em julgado, desfavorável ao contribuinte, que considerou constitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/1998, tomando, dessa forma, exigíveis as parcelas da contribuição que vinham sendo compensadas com base na decisão de primeiro grau posteriormente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Registre-se que, nos termos da petição inicial (fls. 15 a 39), o contribuinte discutiu judicialmente, em síntese, as seguintes questões:

a) inobservância do princípio da hierarquia das leis em face da alteração promovida pela Lei nº 9.718/1998 em matéria até então regulada por lei complementar;

b) ofensa à norma contida no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, em razão da alteração da base de cálculo da contribuição promovida pela Lei nº 9.718/1998, em desacordo com o texto constitucional então vigente;

c) ofensa ao princípio da isonomia ao se criarem alíquotas diferenciadas em razão do regime de tributação;

d) ofensa ao princípio da capacidade contributiva decorrente da ampliação da base de cálculo da Cofins promovida pela Lei nº 9.718/1998.

Após ciência do auto de infração, o contribuinte impugnou o lançamento (fls. 132 a 167), valendo-se dos mesmos fundamentos presentes na petição inicial do mandado de segurança, acima reproduzidos de forma sintética, e contrapondo-se à exigência de juros de mora com base na taxa Selic, em face de sua alegada inconstitucionalidade, bem como à incidência de multa de ofício de caráter confiscatório.

A DRJ Campinas/SP julgou o lançamento procedente (fls. 188 a 191), (i) eximindo-se de enfrentar o mérito naquilo em que coincidiria com o objeto da ação judicial, em face da renúncia à discussão administrativa, (ii) afastando a apreciação de alegações de inconstitucionalidade e (iii) mantendo o lançamento relativamente aos acréscimos legais – multa de ofício e juros de mora.

Não resignado, o contribuinte recorre a este Conselho (fls. 198 a 218) e requer a desconstituição do crédito tributário, repisando os mesmos argumentos quanto à exigência dos juros de mora e da multa de ofício, acrescentando contrariedades quanto à decisão *a quo*, por considerar que o pedido de mandado de segurança e o processo administrativo seriam distintos e que inexistiria óbice à apreciação de inconstitucionalidade de lei por parte do julgador administrativo.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Hécio Lafetá Reis, Relator

O recurso é tempestivo, preenche as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Trata-se de lançamento de ofício consubstanciado em auto de infração em que se exigem valores da Cofins e respectivos acréscimos legais, em razão de decisão judicial transitada em julgado, desfavorável ao contribuinte, que considerou constitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/1998, tornando, dessa forma, exigíveis as parcelas da contribuição que vinham sendo compensadas com base na decisão de primeiro grau posteriormente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

I. Concomitância. Esferas judicial e administrativa. Apreciação de alegações de inconstitucionalidade no Processo Administrativo Fiscal.

De pronto, registre-se que, conforme já havia sido consignado pela autoridade julgadora *a quo*, excetuando-se a discussão acerca da inconstitucionalidade dos juros de mora com base na taxa Selic e da multa de ofício com caráter confiscatório no entender do contribuinte, o mérito da presente controvérsia coincide exatamente com a matéria discutida judicialmente, havendo, inclusive, reprodução, na peça impugnatória, do mesmo texto utilizado na petição inicial do mandado de segurança (fls. 15 a 37; e fls. 132 a 153).

Há, portanto, nítida concomitância de discussão da mesma matéria nas esferas judicial e administrativa, o que importa em renúncia à apreciação do mérito no âmbito do Processo Administrativo Fiscal.

A ordem constitucional pátria assegura a todos o acesso ao Poder Judiciário para defesa de direitos (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), em razão do que as decisões judiciais transitadas em julgado se revestem do caráter de definitividade e de imutabilidade, sendo, portanto, a *ultima ratio* na solução de conflitos.

Uma vez submetida determinada matéria à apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão prevalecerá na ordem jurídica, qualquer outra discussão paralela mostra-se inoportuna e ineficiente, uma vez que suas conclusões, indubitavelmente, quedar-se-ão ao *decisum* judicial manifesto ou a ser proferido.

Sobre essa questão, José Afonso da Silva já se pronunciou nos seguintes termos;

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo, que estava previsto na Constituição revogada (...).

Logo, a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça de direito se traduz numa decisão que define se houve ou não a lesão do direito, se há ou não a ameaça a direito alegada pela pessoa ou coletividade que recorreu ao Poder Judiciário¹

¹ SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132

Portanto, a busca do Poder Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, acarreta, inexoravelmente, o abandono da discussão do conflito na via administrativa, pois qualquer decisão obtida naquela esfera suplantará qualquer outra que venha a ser deferida no processo administrativo, tornando-a, nesse contexto, inócua e afrontosa ao princípio da eficiência que rege a atuação da Administração Pública.

Esse entendimento encontra-se sumulado neste Conselho 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

Dessa forma, uma vez que o mérito do recurso – com exceção da discussão acerca da inconstitucionalidade dos juros de mora com base na taxa Selic e da multa de ofício com caráter confiscatório no entender do contribuinte –, coincide com aquele discutido judicialmente, tem-se a configuração da renúncia à via administrativa, em razão do que os fundamentos de direito trazidos pelo Recorrente não serão apreciados por este Colegiado.

Não obstante essa constatação, há que se considerar que a discussão acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.718/1998 já foi objeto de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), prevalecendo a tese da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da referida lei, em sede de Recurso Extraordinário².

De acordo com o entendimento do STF, o alargamento posterior da base de cálculo da contribuição de “faturamento” para “receita e faturamento”, operada por meio da Emenda Constitucional nº 20/1998, não teve o condão de convalidar legislação anterior que previa a incidência da contribuição sobre a totalidade das receitas da pessoa jurídica.

Considerando a faculdade autorizada ao julgador administrativo para afastar a aplicação de lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal (§ 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 e § único do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), poder-se-ia argumentar acerca da possibilidade de se utilizar tal permissão ao presente caso.

Contudo, sem perder de vista que as decisões do STF referenciadas não se encontram dotadas de efeito *erga omnes*, seja pelo fato de não se referirem a decisão em controle concentrado de constitucionalidade, seja pela ausência de Resolução do Senado Federal estendendo seus efeitos a todos, o ora Recorrente obteve no Poder Judiciário decisão transitada em julgado desfavorável à tese por ele defendida da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998.

Dessa forma, deve prevalecer a decisão individual definitiva obtida pelo contribuinte junto ao Poder Judiciário, sob pena de sanção por descumprimento de ordem judicial.

² RE 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG



II. Decadência - Fatos geradores ocorridos no período de 31/03/1999 a 31/05/1999

Conforme se depreende da Descrição dos Fatos do Auto de Infração (fl. 4), parte do lançamento se refere a fatos geradores ocorridos em 31/03/1999, 30/04/1999 e 31/05/1999, período esse anterior em mais de cinco anos da data da lavratura do auto de infração.

Sendo a Cofins espécie de tributo sujeito ao lançamento por homologação previsto no art. 150 do CTN, para fins de apuração do prazo decadencial, aplica-se a regra prevista no § 4º do mesmo artigo, *in verbis*:

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.

No presente caso, houve pagamento antecipado sujeito a homologação por parte da Fazenda Pública, devendo-se, portanto, analisar o caso sob a ótica do lançamento por homologação.

Considerando que a ciência do auto de infração se deu em 22 de novembro de 2004, tem-se que os créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram anteriormente a 22 de novembro de 1999 já se encontravam extintos pela homologação tácita naquela data, não se encontrando mais em condições de serem lançados de ofício.

Ressalte-se que o contribuinte não alegou a preliminar de decadência, mas como se trata de matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício a qualquer momento do trâmite processual.

Dessa forma, as parcelas do lançamento referentes aos fatos geradores ocorridos em 31/03/1999, 30/04/1999 e 31/05/1999, já não eram passíveis de autuação na data da lavratura do auto de infração, pelo transcurso do prazo de cinco a contar do fato gerador, devendo, portanto, serem excluídas do total do crédito tributário.

III. Acréscimos legais. Juros de mora e multa de ofício.

De início, registre-se que as alegações de ofensa a princípios constitucionais no que tange à exigência de multa de ofício e de juros de mora fogem do escopo do trabalho de julgamento na esfera administrativa, nos termos, já referenciados, contidos no § 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 e no § único do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não se configurando nenhuma das exceções previstas.



Quanto aos acréscimos legais exigidos no auto de infração, o CTN assim dispõe:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Constata-se que a fixação dos juros em 1% ao mês nos termos acima transcritos somente se aplica se a lei não dispuser de modo diverso.

A Lei nº 9.065/1995 fixa os juros a serem aplicados no caso de pagamento extemporâneo de qualquer tributo da competência da União nos seguintes termos:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente (grifei)

O art. 84, inciso I, da Lei nº 8.981/1995, acima referenciado, trata dos juros a serem acrescidos aos tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995.

Também a Lei nº 9.430/1996 prevê a exigência de juros de mora da seguinte forma:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Referida matéria, inclusive, já se encontra sumulada neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4



A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Sobre as multas de ofício, o artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição **nos casos de falta de pagamento ou recolhimento**, de falta de declaração e nos de declaração inexata, (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).*

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Portanto, constata-se inexistir autorização legislativa para a remissão ou redução das penalidades aplicáveis ao contribuinte, bem como dos respectivos juros de mora, que não pagou o tributo devido no prazo legal e antes de iniciado o procedimento de ofício.

IV. Conclusão.

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER DO RECURSO na parte do mérito coincidente com a matéria discutida no Poder Judiciário e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, devendo ser excluídas do crédito tributário lançado de ofício as parcelas relativas aos fatos geradores ocorridos em 31/03/1999, 30/04/1999 e 31/05/1999, em decorrência da homologação tácita dos pagamentos antecipados efetuados pelo contribuinte.



É como voto.


Hécio Lafetá Reis