



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10882.001152/2002-75
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-007.480 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2019
Recorrente PINCÉIS TIGRE S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1997 a 01/12/1997

DEPÓSITO JUDICIAL ANTERIOR À LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 142 DO CTN, DO ART. 63 DA LEI Nº 9.430/96 E DA SÚMULA CARF Nº 48.

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, cuja atividade é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. O depósito judicial da quantia discutida não impede a lavratura de auto de infração para fins de prevenir a decadência.

RECURSO VOLUNTÁRIO. CONCOMITÂNCIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULA CARF Nº 1.

Não deve ser conhecido o Recurso Voluntário no que toca ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS em razão da sua concomitância com o pedido formulado em Ação Judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso em face da concomitância. Na parte conhecida, por unanimidade de votos, em negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Denise Madalena Green - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corinto Oliveira Machado, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Gerson Jose Morgado de Castro, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 3302-007.480 - 3ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10882.001152/2002-75

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida:

Trata o presente processo do Auto de Infração relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, lavrado em 18/02/2002 e cientificado em 20/03/2002 (fls. 100), formalizando crédito tributário no valor total de R\$ 446.442,21 (fls. 102, numeração digital), com os acréscimos legais cabíveis até a data da lavratura, em virtude de: débitos dos períodos de julho a dezembro/97 terem sido declarados com exigibilidade suspensa por “processo judicial de outro CNPJ” (fls. 104/105) e parcela de R\$ 52.920,70 do débito de dezembro/97 ter sido vinculado a pagamento não localizado (fls. 106).

Em oposição à exigência, foi protocolizada em 27/03/2002 a impugnação de fls. 62, acompanhada dos documentos de fls. 63/97, em que o interessado relaciona os débitos lançados e reporta-se à existência de recolhimentos, apresentando cópias de DARF, de depósitos judiciais e de petição inicial no processo judicial 94.00167490.

Em análise prévia, a autoridade da DRF, ao encaminhar o processo para julgamento, informou às fls. 57:

... tendo o contribuinte impugnado tempestivamente, anexando cópias de depósitos judiciais devidamente informados na DCTF, e com amparo na Ação Cautelar n.º 94.00167490, cabe a esta DRF, tão somente, encaminhar o presente AI à DRJ para julgamento da impugnação.

Registra-se ainda o seguinte:

- a) A Ação Cautelar referida vincula-se à Ação Ordinária n.º 94.00181175, ambas tratadas no PAJ n.º 10880.033500/9411, nesta DRF;
- b) Os depósitos foram confirmados no âmbito do referido PAJ, do qual extraímos os comprovantes aqui anexados, de fls. 51 a 53;
- c) O processo judicial ainda não transitou em julgado.

Além dos depósitos judiciais, o contribuinte anexou também cópia do DARF de R\$ 52.490,66 (fl. 07), relativo ao débito do P. A. 12/1997. Vê-se que tal pagamento é inferior ao pagamento declarado em DCTF (R\$ 52.920,70), porém localizamos o pagamento residual de R\$ 430,04, recolhido em 21/01/1998.

Ambos os pagamentos foram por nós confirmados, conforme atestam os extratos do sistema SIEF de fls. 54 e 55.

O acórdão recorrido foi proferido, resultou procedente em parte à Impugnação apresentada, nos termos da ementa transcrita abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 1997

PAGAMENTO NÃO LOCALIZADO. Afasta-se a exigência por pagamento não localizado diante da confirmação dos correspondentes recolhimentos.

DEPÓSITO JUDICIAL. MULTA DE OFÍCIO.

Não cabe a aplicação de multa de ofício na constituição do crédito tributário de períodos para os quais foram efetuados depósitos judiciais no montante integral do tributo devido.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A procedência parcial da Impugnação foi no sentido de AFASTAR a exigência por pagamento não localizado no valor principal de R\$ 52.920,70 relativo a dezembro/97, atentando-se para a necessidade de bloquear os pagamentos mencionados acima, de valores principais R\$ 52.490,66, efetuado em 09/01/1998, e R\$ 430,04, efetuado em 21/01/1998, e CANCELAR a multa de ofício sobre os valores depositados judicialmente, inclusive sem aplicação de multa de mora, enquanto não infirmada a causa para que os valores principais lançados permaneçam com a exigibilidade suspensa.

Inconformado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, requereu o cancelamento integral do auto de infração e arquivamento do presente processo administrativo, tendo em vista o depósito realizado em sede de Cautelar, sustentado pelo art. 151, do CTN, que trata da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como, a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Denise Madalena Green , Relator.

I – TEMPESTIVIDADE:

A Recorrente foi intimada da decisão de piso em 09/11/2012 (fl. 146) e protocolou Recurso Voluntário em 28/11/2012 (fls. 147/167) dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33, do Decreto 70.235/72¹.

Desta forma, considerando que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

I – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO:

¹ Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Sustenta o Recorrente que o presente auto de infração foi indevidamente lavrado diante da propositura de medida judicial, acompanhada de depósito do tributo. Argumenta que o depósito do tributo obsta a lavratura do Auto de Infração para a constituição do crédito tributário, pois no seu entendimento a exigibilidade de tais créditos estariam suspensos, por força do art. 151 do CTN.

No presente caso, entendo que deve ser aplicada a inteligência da Súmula CARF n.º 48 e art. 63 da Lei n.º 9.430/96, oportuna transcrição:

Súmula CARF n.º 48: A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

Vale também destacar que a própria legislação tributária expressamente estabelece, nos termos do art. 142 do CTN, que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, e que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No mesmo sentido, segue precedente deste Conselho:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 08/11/2005

LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENÇÃO DE DECADÊNCIA

O art. 63 da Lei 9.430/96 permite e determina o lançamento para prevenção de decadência, assim como a Súmula 48 do Carf.

MATÉRIA SUBMETIDA AO PODER JUDICIÁRIO. CONCOMITÂNCIA

A matéria submetida ao Poder Judiciário não deve ser apreciada pelas instâncias administrativas. Aplicação da Súmula Carf n.º 1.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 08/11/2005

LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENÇÃO DE DECADÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. DEPÓSITOS JUDICIAIS.

O lançamento de ofício para prevenção de decadência não deve ser feito com juros de mora, caso existam depósitos judiciais no montante integral. Aplicação da Súmula Carf n.º 5.

Recurso Voluntário Conhecido em Parte, e na Parte Conhecida, Provido em Parte.
(grifei)

(EREsp 671773/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 03/11/2010). (grifei)

E muito embora essa discussão prossiga na via judicial, nada obsta a lavratura do auto de infração para fins de prevenir a decadência, conforme entendimento já pacificado no âmbito deste Conselho, nos termos acima demonstrados.

Ante o exposto, entendo que não assiste razão ao Recorrente quanto a alegada nulidade da autuação.

III - A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS:

De início, e considerando a existência da mencionada ação judicial proposta pelo Recorrente, torna-se necessário delimitar a matéria que poderá ou não ser objeto de apreciação no presente julgamento administrativo.

Há nos autos discussão acerca do alcance de decisões judiciais quanto à possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo proposto, para tanto, conforme confirma a autoridade preparadora, a Medida Cautelar n.º 0016749-19.1994.4.03.6100 (94.00167490) e a Ação Ordinária a ela vinculada, de n.º 0018117-63.1994.4.03.6100/SP (95.00581663).

Nos termos da decisão proferida pelo TRF 3ª Região, em grau de apelação e reexame necessário, é possível compreender a abrangência da discussão, recebendo destaque os seguintes excertos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o n.º 68 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS."

Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 em favor da autora, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Apelação provida.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do voto do relator, vencido o Desembargador Federal Carlos Muta que lhe negava provimento. (TRF-3 - AC: 00181176319944036100 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, Data de Julgamento: 24/08/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/12/2011)

Com essas informações pode-se afirmar que a ação judicial possui o mesmo objeto deste processo administrativo, aplicando-se ao caso o parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 6.830/80 o qual prevê que a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial com o propósito de

discutir os termos da relação tributária importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Esse mandamento já foi internalizado por este Conselho por meio da Súmula CARF nº 01:

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.

O Professor Marcos Vinícius Neder e a Conselheira Maria Teresa Martinez López, na obra *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado* (Editora Dialética. São Paulo 2010, p. 299) explicam que a súmula reflete o fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. A todo rigor, inexistente dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

Pelo exposto, nos termos da Súmula CARF nº 1, deixo de conhecer o Recurso Voluntário no que toca à exclusão do ICMS das bases de cálculo da COFINS, devendo tal parcela do crédito tributário ser vinculada às decisão judicial final proferida nos autos da Ação Declaratória nº 0018117-63.1994.4.03.6100 (94.00181175) e na parte conhecida negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Denise Madalena Green