



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

Processo nº 10920.003980/2005-97
Recurso nº 170.666 Voluntário
Acórdão nº **3102-01.222 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 6 de outubro de 2011
Matéria COFINS - RECOLHIMENTO INFERIOR AO DEVIDO.
Recorrente FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DA REGIÃO DE JOINVILLE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/11/1999

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA DE CRÉDITO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR MEDIDA JUDICIAL. HIGIDEZ

O Fisco tem o dever de formalizar o lançamento de ofício nas hipóteses em que a exigibilidade do crédito tributário esteja suspensa por força de decisão judicial liminar, servindo o ato para prevenir a decadência. Inteligência dos art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996 e parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional.

CONCOMITÂNCIA

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial, sob qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do processo administrativo. Aplicação da Súmula CARF nº 1.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Rosa, Álvaro Almeida Filho, Mara Cristina Sifuentes, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Luciano Pontes de Maya Gomes.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Em decorrência de ação fiscal de verificação do cumprimento das obrigações fiscais pela contribuinte qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 44/56, pelo qual se exige o recolhimento de R\$ 2.146.779,10 de Cofins, além dos acréscimos legais.

A autuação, cientificada em 01/12/2005 (fl. 46), ocorreu devido à falta de recolhimento da Cofins dos períodos de apuração de abril/1999 a novembro/2001 e janeiro/2002 a fevereiro/2002, conforme consta do Relatório de Atividade Fiscal de fls. 44/45, da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 47/49, do Demonstrativo de Apuração de fls. 50/53 e do Demonstrativo de Multa e Juros de Mora de fls. 54/56; o fundamento legal da autuação encontra-se nos seguintes dispositivos: art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807, de 1999, e suas reedições, e alterações da Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999, e suas reedições.

À fl. 58, manifestação da Safis/DRF/Joinville, no sentido da suspensão da exigibilidade do crédito constituído (art. 151, V, do CTN), em função da liminar na ADIN nº 2.028.

Em 19/12/2005, a interessada, por intermédio de procurador (mandato à fl. 100 e confirmação de assinatura de fl. 666), apresentou a impugnação de fls. 60/99, instruída com os documentos de fls. 100/663, a seguir sintetizada.

Suscita, em preliminar, a nulidade do auto de infração posto que em sua fundamentação legal encontrar-se-ia dispositivo com eficácia suspensa pelo STF em razão de Medida Liminar concedida na ADIN nº 2.028 (art. 1º da Lei nº 9.732, de 1998, que alterou a redação do art. 55, III, da Lei nº 8.212, de 1991, e acrescentou-lhe os parágrafos 3º a 5º, além dos arts. 4º, 5º e 7º da precitada Lei nº 9.732, de 1998).

No mérito, depois de tecer considerações sobre o instituto da imunidade tributária, diz ser esta a regra contida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que estabelecerá “imunidade de contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social, que atendam as exigências estabelecidas em lei”, sendo que a lei referida deve ser, a seu ver, uma lei complementar, sobre o que faz ponderações e conclui: “indelével, pois, a inconstitucionalidade de uma lei ordinária, que impõe requisitos para o reconhecimento da imunidade prevista no § 7º, do art. 195, da CF, como faz a Lei 8.212/91”.

Na sequência, afirma que o simples fato de ser um estabelecimento de ensino é suficiente para qualificá-la como de assistência social, uma vez que esta (assistência) visa a capacitação para o trabalho (art. 203, III, da CF/1988), que vem a ser justamente a essência da educação (art. 205, 'in fine', da CF/1988); menciona a propósito jurisprudência; diz, ainda, que por dispor de Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social também é fato suficiente para caracterizá-la como assistencial.

Sustenta que, estabelecido que é entidade de assistência social, as exigências estabelecidas em lei de que fala o § 7º do art. 195, da CF/1988, são as do art. 14 do CTN (que é lei complementar), as quais afirma que as cumpre, todas; menciona, a propósito, jurisprudência judicial e administrativa.

Prosseguindo, no item "Da isenção", diz que demonstrado gozar de imunidade, por amor a prudência, e admitindo a constitucionalidade dos arts. 22, 23 e 55 da Lei n.º 8.212, de 1991, entende que tem direito a ser beneficiada pelo instituto da isenção, posto que atenderia a todos os requisitos legais para tal (art. 196, § 7º, da CF; art. 6º, da LC n.º 70, de 1991, e art. 55 da Lei n.º 8.212, de 1991).

Por sua vez, sob o título "Do direito adquirido – efeitos sobre a exigência da utilidade pública federal", faz extensa argumentação no sentido de ser possuidora dos títulos de utilidade pública municipal e de utilidade pública estadual, bem como de registro no então Conselho Nacional de Serviço Social, atualmente denominado Conselho Nacional de Assistência Social, bem como de ser possuidora de Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (hoje, Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social); diz que (fl. 90): "quando teve a FURJ/UNIVILE reconhecida a isenção, a título oneroso, recebeu o benefício por prazo indeterminado. Portanto, tem o direito adquirido de mantê-lo indeterminadamente enquanto cumprir a legislação então vigente, não podendo ser submetida a novas exigências como se outro título fosse receber. Tem, sim, a obrigação de prestar contas anualmente ao Ministério da Justiça e ao INSS, e, atualmente, a cada triênio, ao Conselho Nacional de Assistência Social, nada mais. Porém, não pode ser obrigada a cumprir requisitos que sequer se cogitava no momento da concessão (como é o caso da distribuição de 20% da receita em gratuidades)."; no seguimento, transcreve o Parecer/CJ/MPAS n.º 1095/97, onde restaria reconhecida sua isenção da contribuição patronal perante o Ministério da Previdência e Assistência Social; entende, assim, que sua isenção – em razão de utilidade pública – não pode mais ser apreciada administrativamente, por se tratar de questão já decidida definitivamente; cita a propósito jurisprudência judicial e administrativa.

Por fim, requer a insubsistência do auto de infração em comento.

À fl. 664, despacho da Sacat/DRF/Joinville, atestando a tempestividade da impugnação e encaminhando, em 21/12/2005, o processo à DRJ/Florianópolis; nessa mesma folha, em 14/05/2007, despacho do Chefe da Secoj/DRJ/Florianópolis encaminha o processo à esta DRJ/Curitiba, “tendo em vista alteração de competência, conforme Anexo V, da Port. SRF n.º 179, de 12/02/2007”.

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão *a quo* pela manutenção parcial da exigência, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/11/1999

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei n.º 8.212, de 1991, por meio da Súmula Vinculante n.º 8, editada pelo STF, deve ser observado o prazo quinquenal de decadência estabelecido no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, quando não houver pagamento antecipado pelo obrigado.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/12/1999 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 28/02/2002 NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, 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.

Lançamento Procedente em Parte.

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a autuada mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário, essencialmente, reiterar as alegações manejadas por ocasião da instauração da fase litigiosa.

Acrescenta exclusivamente seus reclames acerca na nulidade da intimação eletrônica que encaminhou o acórdão recorrido e do não conhecimento do mérito do pedido de reconhecimento à imunidade.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que foi tempestivamente apresentado e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção.

Analiso separadamente cada um dos aspectos acerca dos quais cabe a este Colegiado se manifestar.

1- Nulidade da Intimação

Aduz a recorrente nulidade da intimação em razão de que, além de não lhe ter sido oferecida oportunidade para apresentação de recurso voluntário, intimou-o a recolher os tributos e demais acréscimos legais, inobstante tal crédito se encontrar com sua exigibilidade suspensa.

Com o devido respeito, não vejo como acolher tal pleito.

Em primeiro lugar, ainda que confirmadas, tais falhas não se inserem em uma das modalidades do art. 59, do Decreto nº 70.235, de 1972¹.

Em segundo, e mais importante, não vejo como atribuir à referida correspondência, que se limita a encaminhar o resultado do julgamento, o papel alegado no recurso.

De fato, a possibilidade de apresentação de recurso foi expressamente consignada no acórdão recorrido e este foi encaminhado ao sujeito passivo. Confira-se trecho do aresto:

Encaminhe-se o processo a Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem para ciência da interessada e demais providências necessárias, ressaltando-lhe o direito a interposição de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes no prazo de trinta dias, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Por outro lado, não vejo como pretender anular a decisão recorrida em razão da intimação para pagamento do crédito, veiculada por meio de formulário eletrônico padronizado. Se nulidade existisse, seria da intimação.

De fato, desde o início do procedimento, mediante a lavratura de auto de infração, restou claro que o crédito tributário, formalizado no intuito de prevenir a decadência, estava com sua exigibilidade suspensa.

Por outro lado, o aparente equívoco não surtiu qualquer efeito, pois a cobrança ali consignada não teve prosseguimento em razão de que, como é evidente, o acórdão

¹ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

foi alvo de recurso voluntário. Ou seja, ainda que por motivo diverso, a exigibilidade permaneceu suspensa.

Assim, mais do que não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de nulidade enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, a hipótese narrada atrai a aplicação da regra de economia processual insculpida no art. 60 do mesmo diploma. Confira-se:

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.

Nessa linha, sendo certo que não houve cerceamento do direito de defesa, incompetência do agente ou prejuízo ao sujeito passivo, não há que se falar em nulidade ou saneamento.

2- Lançamento para Prevenir a Decadência. Possibilidade.

Com relação a este ponto, ou seja, a validade do lançamento efetuado no intuito de prevenir a decadência, faço coro com a decisão recorrida: não há óbice para a sua realização.

Aliás, o que em verdade se verifica é a sua obrigatoriedade, sob pena de violação ao parágrafo único do art. 142 do CTN e consequente responsabilização funcional².

Tanto é assim que o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação atual, prevê expressamente os efeitos de tal lançamento.

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 nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

Ora, se não houvesse tal obrigatoriedade ou pelo menos a faculdade de promover o lançamento para prevenir a decadência, não haveria razão para que se previsse seus efeitos.

3- Concomitância

3.1 Suficiência da Fundamentação

Peço licença para transcrever o trecho do acórdão recorrido que sintetiza a sua fundamentação:

² Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

*Vê-se, assim, que o presente auto de infração **somente foi formalizado para evitar os efeitos da decadência**, tendo em vista que a interessada questionou em juízo, por meio do Mandado de Segurança n.º 99.0102438-2, a exigência da Cofins, relativamente aos períodos objeto de lançamento*

(...)

O pedido de liminar foi indeferido (cópia da decisão às fls. 18/20) e em sentença de primeira instância, o Juiz da causa, acolheu preliminar de carência de ação, pela extinção do feito sem julgamento do mérito em razão de liminar concedida na ADIN n.º 2028, que suspendeu a eficácia dos precitados dispositivos da Lei n.º 9.732, de 1998, conquanto a referida ADIN encontre-se pendente de julgamento no STF.

(...)

Desta forma, para a questão da imunidade (art. 195, § 7º, da CF/1988) e da isenção (em face de dispositivos da Lei n.º 8.212, de 1991, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 9.732, de 1997) da Cofins, está caracterizada a renúncia da interessada à esfera administrativa, na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, que tem a seguinte redação:

"Art. 38. (...)

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Corroborando tal entendimento, o Ato Declaratório (Normativo) da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - Cosit n.º 3 de 14 de fevereiro de 1996, assim dispôs:

'(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 em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

(...)

(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 de 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.) 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 artigo 151, do CTN;

(e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)." (Grifou se.)

Ora, o voto-condutor do acórdão recorrido expõe com clareza os fundamentos fáticos e normativos que embasam sua decisão no sentido de não conhecer do mérito da impugnação.

Aparentemente, o que se caracteriza, em verdade, é a insurgência do sujeito passivo quanto à indicação do processo que caracterizaria a concomitância das vias judiciais e administrativa, mas tal insurgência, a meu ver, não deve prosperar.

Com efeito, não se pode confundir o processo que induz concomitância com aquele que, na opinião da autoridade fiscal, manteve a exigência suspensa, tratam-se de aspectos independentes.

De fato, a concomitância caracteriza-se no momento em que o sujeito passivo ajuíza ação com o mesmo objeto da esfera administrativa e isso, com efeito, como será melhor explorado a seguir ocorreu no momento em que foi ajuizado o Mandado de Segurança 99.0102438-2.

Evidentemente, isso não traz qualquer efeito sobre a suspensão da exigibilidade, consequência da liminar deferida nos autos da ADIN nº 2028, conforme reconhecido pela própria autoridade fiscal.

3.2- Caracterização

Sendo certo que a presente autuação foi levada a efeito no exclusivo intuito de prevenir a decadência e que o pedido de natureza meritória formulado do presente processo, reconhecimento da imunidade, é idêntico ao manejo do Mandado de Segurança n.º 99.0102438-2 é inegável que se caracterizou a concomitância entre os dois processos, independentemente da sua extinção sem julgamento de mérito, em face do seu objeto se encontrar prejudicado pela ADIN 2028.

Assim, não resta dúvida que, desde aquele primeiro momento, o sujeito passivo renunciou à via administrativa. Sobre o efeito da propositura da ação judicial sobre o litígio administrativo, o parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830, de 1980 é suficientemente claro:

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. (grifei)

Na mesma linha, vai a Súmula 1 do CARF:

SÚMULA Nº 1 do CARF: 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

Processo nº 10920.003980/2005-97
Acórdão n.º **3102-01.222**

S3-C1T2
Fl. 719

administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial

Andou bem, portanto, o acórdão recorrido quando deixou de tomar conhecimento dessa fração da impugnação.

4- Conclusão

Ante ao exposto, afasto as preliminares de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 6 de outubro de 2011

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro