



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

Processo nº 11543.001270/2001-14
Recurso nº 135.014 Voluntário
Acórdão nº **3301-002.263 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de março de 2014
Matéria Cofins
Recorrente CERÂMICA INCESA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO - RENÚNCIA ADMINISTRATIVA

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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

Súmula CARF nº 2 - O Carf não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

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 são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer parcialmente do recurso, e na parte conhecida negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente.

Maria Teresa Martinez López - Relatora.

NOME DO REDATOR - Redator designado.

EDITADO EM: 16/04/2014

Participaram do presente julgamento os Conselheiros RODRIGO DA COSTA PÔSSAS (Presidente), ANTONIO LISBOA CARDOSO, ANDRADA MARCIO CANUTO NATAL, JOSE ADÃO VITORINO DE MORAIS e FÁBIA REGINA FREITAS.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado em nome da interessada, nos autos qualificada sob entendimento de que teria ocorrido insuficiência de recolhimento da Cofins, nos períodos de apuração 01/02/99 a 30/11/2000.

Consta da Descrição dos Fatos de fls. 38/40 e 46, que a autoridade fiscal ao proceder aos trabalhos de apuração do lançamento esclareceu que:

(...)

2). trata-se a contribuinte de estabelecimento industrial, na acepção do art. 8º do RIPI/98, aprovado pelo Decreto nº 2.637/98, que industrializa produtos cerâmicos;

3) ao proceder à análise dos livros e documentos fiscais disponibilizados pela autuada, constatou-se a existência do mandado de segurança (MS) nº 99.0004328-6/6ª. V.F./ES, patrocinado pela contribuinte, por intermédio do qual insurge-se contra a ampliação da base de cálculo do PIS, originada das inovações introduzidas pela Lei nº 9.718/98;

4) quando da verificação da apuração e recolhimento da contribuição em questão, observou-se que a contribuinte, beneficiando-se da liminar que lhe fora deferida naqueles autos, efetuou o cálculo e o recolhimento em valor inferior ao legalmente estabelecido (fls. 35 a 38);

5) intimado a informar se havia depósito judicial dos valores contestados (fl. 12), respondeu negativamente (fl. 15);

6) considerando que, nos termos do art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional (CTN), o crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa, por força da sentença prolatada nos autos acima citados, efetuou a lavratura do presente auto de infração, com o intuito de formalizar dito crédito tributário, evitando assim a decadência do direito de lançar da Fazenda Nacional.

A contribuinte, inconformada com a autuação apresentou, em 25/04/2001, a petição impugnatória de fls. 76/102, alegando em síntese que:

i) a autoridade autuante incorreu em equívoco ao constituir crédito tributário já formalizado pela defendente com a exigibilidade suspensa;

ii) nos casos em que contribuinte impetra mandado de segurança contra ato de exigência de tributo sujeito a lançamento por homologação, formaliza o crédito tributário devido através do “autolancamento”, e, após quantificado o montante da obrigação *sub judice*, recolhe a quantia que, eventualmente, não esteja com a sua exigibilidade suspensa;

iii) o Fisco, diante da hipótese de liminar em mandado de segurança, deve, tão-somente, constatar se correta a constituição do crédito tributário e apurar se, existindo eventual parcela que não esteja com exigibilidade suspensa, esta foi recolhida corretamente;

iv) não obstante estar amparada por medida judicial, a defendente não deixou de formalizar, na DCTF, o total do crédito tributário, destacando a parcela cuja exigibilidade estava suspensa;

v) com isto se quer dizer que, apesar de amparada com liminar para suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, do CTN), este vinha sendo regularmente constituído através das declarações da defendente, motivo pelo qual a lavratura do auto de infração é despropositada, pois o crédito tributário foi constituído pela defendente, nos termos do art. 150, § 1º, do CTN;

vi) a defendente constituiu o crédito tributário, porém não realizou o pagamento em função em razão de sua exigibilidade estar suspensa, pelo que a lavratura do auto de infração, portanto, configura-se como verdadeiro *bis in idem*;

vii) os Tribunais pátrios já firmaram entendimento no sentido da desnecessidade de o Fisco praticar ato administrativo de lançamento ou outro equivalente, se a relação jurídica está sendo discutida em juízo;

viii) a não lavratura do auto de infração não acarretará qualquer prejuízo ao Fisco, uma vez que o crédito já está constituído, não havendo o que se falar em decadência, nem muito menos em prescrição, em virtude da suspensão de sua exigibilidade;

ix) ainda que se entenda como válida a constituição do crédito tributário pelo auto de infração ora impugnado, natural que, estando suspensa a sua exigibilidade, deva ser o processo administrativo-fiscal suspenso, até a decisão judicial final;

x) muito embora o art. 38, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais discipline que, ao propor mandado de segurança, o contribuinte, por presunção, renuncia a seu direito ao processo administrativo-fiscal, tal preceito deve ser interpretado, entretanto, em conformidade com as garantias fundamentais asseguradas na Constituição, em especial, o direito de petição, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, e o princípio da isonomia;

xi) assim, a suposta “renúncia” ao direito ao processo administrativo não pode ser aplicada à defendente, isto porque a não apreciação da defesa administrativa importa supressão do direito da defendente ao processo administrativo;

xii) a propositura do mandado de segurança ocorreu antes da autuação fiscal, hipótese não contemplada na Lei de Execuções Fiscais;

xiii) o não exame da defesa do contribuinte que ajuizou ação judicial antes da autuação fiscal acarreta infração ao princípio da isonomia, já que aquele que não ajuizou nenhuma ação, porém deixou de pagar o tributo, possuiria o direito ao processo administrativo e, ao final deste, caso a decisão não lhe fosse favorável, poderia também provocar o Poder Judiciário;

xiv) o Conselho de Contribuintes já se decidiu pela possibilidade de processo administrativo e judicial concomitantes, além do que consta do auto de infração intimação para a defendente apresentar sua impugnação administrativa, sendo inequívoco, portanto, seu direito a que esta venha a ser examinada;

xv) a alteração da base de cálculo da COFINS promovida pela Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, sendo certo que, quando se fala em faturamento para fins de incidência tributária, no sentido da redação original da LC nº 70/91, instituidora da COFINS, este não é composto, tão-somente, das receitas constantes das faturas, representando, isto sim, a totalidade das operações de venda ou de prestação de serviços da pessoa jurídica, estejam elas exteriorizadas em faturas, notas fiscais, recibos, etc;

xvi) ocorre que, contra o art. 110 do CTN, contra tudo o que a doutrina havia sedimentado, e contra tudo o que a Excelsa Corte Suprema havia se decidido sobre a questão, a Lei nº 9.718/98 desvirtuou o real sentido de faturamento, definindo que este equivaleria à receita bruta, sendo esta última representada pela totalidade de receitas, pouco importando a origem destas, a atividade exercida pela pessoa jurídica ou a classificação contábil adotada;

xvii) há, portanto, flagrante textilha entre o que se entende por faturamento, previsto na redação original do art. 195, I, da Constituição Federal (CF/88) e na Lei Complementar (LC) nº 07/70, e o que foi definido pela Lei nº 9.718/98. A incidência da COFINS e das contribuições ao PIS/PASEP passou a não ser mais sobre as receitas provenientes das vendas ou das prestações de serviços (real sentido de faturamento), mas sobre a totalidade das receitas;

xviii) a alteração da base de cálculo da COFINS promovida pela Lei nº 9.718/98 (lei ordinária) não teve sustentáculo constitucional já que, nos termos do art. 195, § 4º, da CF/88, Lei complementar é expressamente exigida quando se tratar de forma de financiamento da seguridade social que não esteja expressamente previsto no Texto Constitucional;

xix) à ocasião da edição da Lei nº 9.718/98 (27/11/98), a Constituição Federal não permitia que, por lei ordinária, fosse instituída contribuição social sobre a totalidade das receitas;

xx) os conceitos de receita e faturamento são tão diversos que o constituinte derivado, por intermédio da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, houve por bem alterar o Texto Maior para que pudesse ser instituída, por lei ordinária, contribuição social incidente sobre receita;

xxi) a alteração constitucional, contudo, não tem efeito retroativo, só se podendo aceitar a incidência de contribuições sociais instituídas por lei sobre receita, se esta lei for promulgada após a alteração do texto constitucional, já que toda lei, quando de sua promulgação, deve estar em conformidade com a Constituição;

No mais aduz que a autuação fiscal é totalmente descabida, na medida em que a conduta da defendente encontra-se totalmente amparada, inclusive por sentença judicial - que eximiu a defendente do pagamento de crédito tributário.

Defende a ilegalidade da Taxa Selic. Aduz que as taxas de captação do Tesouro e as taxas SELIC, plenas, são impróprias para a cobrança de juros moratórios, posto que estes não podem estar subordinados aos objetivos político-econômicos do Estado, nem às suas agruras no controle de fluxo de divisas ou do balanço de pagamentos, ou ainda de crises no mercado acionário mundial; sua aplicação, portanto, somente tem lugar quando esse índice for menor que 1% ao mês

Requer ao final, seja julgada improcedente a ação fiscal, anulando-se o auto de infração.

Por meio do Acórdão DRJ/RJ011 nº 10.641, de 11 de novembro de 2005, os membros da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro – II, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento.

Às fls. 185 e 186 a juntada de documento protocolizado em 09/01/06 na DRF – Vitória-ES. Consta como assunto: Pedido de extinção do processo administrativo – Referência: Processo Administrativo nº 11543-001.270/2001-14. Consta como informação, ter ocorrido pedido de inclusão no PAES em 18 de julho de 2003, mas (SIC) “ *Por um lapso, a Recorrente deixou de mencionar, nas declarações de desistência, a existência do presente processo administrativo. No entanto, como restou caracterizado desde a lavratura do auto de infração até a v. decisão recorrida, o presente processo administrativo possui o mesmo objeto do mandado de segurança nº 99.0004328-6: os créditos tributários relativos ao aumento da base de cálculo e da alíquota da COFINS.*” Requer ao final naquele documento, para que seja extinto o processo administrativo em razão do parcelamento dos créditos tributários, na forma da Lei nº 10.684/2003.

Às fls. 187 a 211, protocolado em 09/01/06 na DRF – Vitória-ES, a apresentação de recurso contra a decisão de primeira instância, pela qual preliminarmente informa ter formalizado adesão ao PAES. No mais reitera ser inconstitucional a alteração da base de cálculo e majoração da alíquota da Cofins.

O processo entrou em julgamento mas foi convertido em Diligência (Resolução nº 202-01.217) para que:

Considerando as características do processo administrativo fiscal, e que, pelo princípio da verdade material, pode e deve o julgador buscar aquilo que é realmente verdade, com supremacia a tudo o que os interessados hajam alegado e provado, VOTO no sentido de converter o julgamento do processo em DILIGÊNCIA, para que a DRF apure e informe se os valores que dizem respeito ao presente processo administrativo, encontram-se incluídos no PAES, conforme informado pela recorrente.

Retornam os autos para julgamento, após cientificado, o contribuinte, do resultado da Diligência.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martinez López, Relatora

Este apelo entrou em julgamento anterior, quando a Câmara do então Conselho de Contribuintes decidiu converter o julgamento em Diligência para que a DRF apure e informe se os valores que dizem respeito ao presente processo administrativo, encontram-se incluídos no PAES, conforme informado pela recorrente.

Retornam os autos com a informação de que o contribuinte não logrou comprovar a homologação da ação judicial (MS 99.0004328-6 e apelação 2002.02.01.000149-2).

Cientifica do Despacho, o recorrente solicita a manutenção dos débitos no PAES, e; caso os documentos apresentados não forem suficientes para comprovar a desistência da ação, requer um novo prazo para apresentação do comprovante da homologação da desistência da ação judicial.

De fato, como se observa pela certidão de fls. 320/321, houve homologação da desistência da ação judicial apenas para a requerida por Biancogrês Cerâmica AS (coautora). Dessa forma, correto o procedimento adotado pela DRF em não aceitar a inclusão dos débitos no Paes (Lei nº 10.684/2003).

Há de se observar que a desistência da ação judicial é uma condição – e não mera formalidade, que possa ser superada. Destarte, correto o procedimento a abertura de processo administrativo (PA 15582.000.009/2013-17) para acompanhamento de duplicidades existentes nos sistemas da RFB (débitos decorrentes do auto de infração e débitos decorrentes de DCTFs retificadoras transmitidas após as ciências do procedimento fiscal e do lançamento).

No mais, afastado o parcelamento do PAES, resta a análise do recurso, nos demais aspectos levantados pelo recorrente. Quais são:

- I) Discussão paralela à esfera judicial;
- II) Ilegalidade da taxa Selic.

Muito embora a recorrente admita que tendo havido o ajuizamento de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo, prejudicada está a discussão na esfera administrativa, traz considerações sobre o mérito. Reitera ser inconstitucional a alteração da base de cálculo e majoração da alíquota da Cofins.

Este órgão administrativo, de forma pacífica, tem-se manifestado pela não discussão de assuntos colocados sob júdice, pela supremacia do Judiciário. Nesse sentido é a Súmula do Carf. Confira-se:

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.

Pelos motivos acima expostos, não há de se conhecer da matéria submetida ao crivo do Judiciário.

Na parte conhecida, defende, a ilegalidade da Taxa SELIC para a correção dos débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal. Da mesma forma, aplicam-se as Súmulas: Carf nº 2 (Portaria Carf nº 106, de 21 de dezembro de 2009), no que diz respeito à análise de questões de inconstitucionalidade de lei, bem como a Súmula CARF nº 4. (Portaria Carf nº 106, de 21 de dezembro de 2009). Confira-se:

Súmula Carf nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

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 são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, e tendo em vista a obrigação regimental de reproduzir o entendimento jurisprudencial enunciado em Súmulas deste Conselho (art. 72, § 4º, do RI CARF), e considerando que o recorrente não logrou êxito na comprovação da desistência da ação judicial (PAES), voto no sentido de: I) não conhecer de matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário, e II) na parte diferenciada, em NEGAR provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Maria Teresa Martinez López - Relatora