



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

Processo nº 14041.000335/2007-31
Recurso nº 255.690 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.233 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2010
Matéria PIS E COFINS
Recorrente 5 ESTRELAS SISTEMA DE SEGURANÇA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/2003 a 31/12/2003

CONCORRÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.
IDÊNTICO OBJETO. CONCOMITÂNCIA. CONFIGURAÇÃO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial onde se alterca a mesma matéria veiculada em processo administrativo, a qualquer tempo, antes ou após a inauguração do contencioso, importa em renúncia e/ou desistência às instâncias administrativas.

CAUSA SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A existência de hipótese suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, por si só, não dispensa sua formalização e, muito menos, implica em nulidade do lançamento porventura realizado com esse desiderato, eis que se cuida de atividade vinculada.

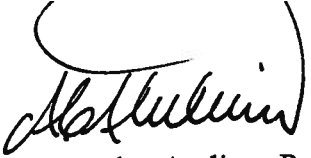
MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO.

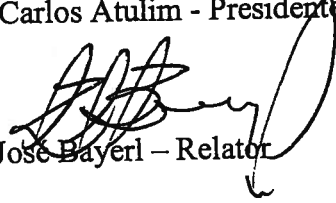
A aplicação da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), por mais elevada que seja, encontra amparo legal em norma vigente, sendo vedada às instâncias administrativas deixarem de observar os ditames da legislação regularmente editada.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Antonio Carlos Atulim - Presidente


Robson José Bayerl – Relator

EDITADO EM 10/02/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Marcos Tranchesí Ortiz e Antonio Carlos Atulim. Ausente o Conselheiro Ivan Alegretti.

Relatório

O presente processo consubstancia auto de infração lavrado para cobrança de PIS/Pasep e Cofins, período 31/01/2003 a 31/12/2003, apurado em razão de divergência entre os valores declarados/pagos e aqueles escriturados na contabilidade da pessoa jurídica. Informa, ainda, a autuação que o contribuinte não incluiu na base de cálculo de referidas contribuições os valores concernentes aos juros ativos, rendimentos de aplicações financeiras, multas e juros aplicados, outras receitas operacionais e descontos obtidos.

Impugnando o lançamento o contribuinte informou que as diferenças apontadas eram oriundas da exclusão do Imposto sobre Serviços – ISS da apuração das exações em comento, passando a discorrer sobre a inconstitucionalidade de tal omissão nas Leis nºs 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03, o que acarretaria a tributação de parcela que seria endereçada aos cofres da municipalidade, portanto, não componente de suas receitas efetivas. Alegou a existência de julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal (RE 240.785-2/MG) em que se discute a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, encontrando-se, hodiernamente, suspenso por pedido de vista, com escor de seis votos em favor da inconstitucionalidade da norma, o que, a seu ver, aplicar-se-ia por analogia ao ISS. Sustentou, ainda, a abusividade e o excesso na cobrança da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília/DF afastou a possibilidade de debate acerca de constitucionalidade de leis no contencioso administrativo e, considerando a falta de previsão legal para a pretendida exclusão, manteve o lançamento.

Em 25/09/2007 o contribuinte requereu a juntada de documentação dando conta do deferimento de antecipação de tutela nos autos da ação ordinária 2007.34.00.029195-4, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cujo objeto é a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins.

Posteriormente ingressou com recurso voluntário noticiando a opção pela via judicial, inclusive com deferimento de medida cautelar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, pugnando pela declaração de nulidade do lançamento em razão de sua iliquidez. Na mesma oportunidade renovou a alegação de excesso da multa de ofício aplicada.

 É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

A matéria devolvida a este colegiado não abarca a alteração da constitucionalidade da inclusão do ISS no cálculo do PIS/Pasep e Cofins, tal como deduzido na impugnação, fazendo incidir na espécie o disposto no art. 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 1.737/79, *verbis*:

"Art 1º - Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

I - relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;

II - em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;

IV - em garantia, na licitação perante órgão da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos.

§ 1º - O depósito a que se refere o inciso III, do artigo 1º, suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição de Dívida Ativa.

§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto." (negritei e grifei)

6.830/80:

No mesmo sentido o teor do art. 38, parágrafo único da Lei nº

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

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.



Da leitura dos excertos coligidos, infere-se sem maiores dificuldades que a legislação de regência afastou qualquer possibilidade de discussão simultânea de assunto submetido tanto à Administração quanto ao Judiciário, prevalecendo, sempre este último em vista do monopólio da jurisdição.

Assentada tal premissa, cumpre examinar a procedência do pedido de anulação do auto de infração formulado, por suposta iliquidez do crédito.

Neste passo, diversamente do que sustenta a recorrente, não vislumbro qualquer mácula que possa eivar o ato administrativo de lançamento de nulidade. Seus elementos estão presentes, a saber, competência, forma, motivo, objeto e finalidade. A sua formalização atende aos requisitos exigidos pela legislação que regula o processo administrativo fiscal, de modo que não há razão para se decretar a vindicada anulação.

Consoante dispõe o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, são nulos i) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem assim, ii) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Não se enquadrando a autuação em nenhuma das hipóteses arroladas, hígida se encontra.

Demais disso, a configuração de quaisquer das situações descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional, como no caso corrente, por si só, não redundará em dispensa de formalização mediante procedimento vinculado de lançamento, exigindo, isto sim, a suspensão do crédito tributário constituído.

O ato de lançamento é vinculado, impondo-se à autoridade administrativa a sua lavratura todas as vezes que concretizado o fato gerador da exação, sob pena de responsabilidade funcional e penal pela sua inobservância.

Demais disso, o procedimento encontra previsão nas disposições do art. 63 da Lei nº 9.430/96, assim vazado:

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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

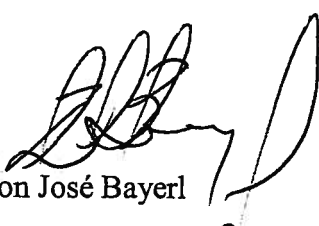
§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Neste átimo, ao ensejo do texto coligido, verifico também que não é o caso de exonerar a multa de ofício aplicada, porquanto, nos termos do artigo citado, tal providência somente é possível quando a causa suspensiva da exigibilidade é anterior ao início do procedimento fiscal, o que *in casu* não ocorreu.

Por fim, quando à indigitada abusividade da multa aplicada, tenho que não é possível controverter a seu respeito no âmbito administrativo, eis que sua incidência encontra-se respaldada em norma válida e vigente (art. 44, I da Lei nº 9.430/96), incidindo a vedação do art. 26-A, *caput*, do Decreto nº 70.235/72 (*"no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade"*).

Nada obstante, deve a exigibilidade do crédito tributário permanecer suspensa enquanto persistir a situação que lhe deu causa.

Em face de todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso aviado.


Robson José Bayerl



