



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

Processo nº 18471.000749/2005-99
Recurso nº 174.141 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.468 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de julho de 2010
Matéria COFINS
Recorrente TELE RIO ELETRO DOMÉSTICOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: COFINS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2003 a 31/12/2004

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO.

Em face da unidade de jurisdição, a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte, versando sobre o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias do contencioso administrativo. Súmula CARF No. 01.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA.

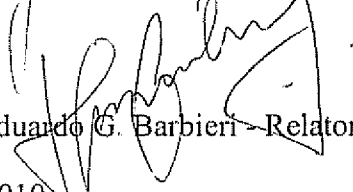
A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis. Súmula CARF No. 02.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Conselheiro Relator.


Walber José da Silva - Presidente


Luís Eduardo G. Barbieri - Relator

EDITADO EM: 23/09/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidás, Luis Eduardo G. Barbieri (Relator) e Alexandre Gomes. Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

O presente litígio decorre de Auto de Infração para cobrança da diferença da COFINS, lavrado para prevenir a decadência, em razão de o contribuinte ter impetrado Mandado de Segurança No. 99.0007678-8 visando recolher a contribuição com base na Lei Complementar 70/91, questionando, assim, a constitucionalidade da Lei 9.718/98, em relação ao período de apuração de janeiro/2003 a dezembro 2004. O Auto de Infração foi lavrado sem o lançamento da multa de ofício, nos termos do artigo 63 da Lei 9.430/96.

Por bem retratar os fatos ocorridos, transcrevo o Relatório da decisão de primeira instância administrativa, *in verbis* :

Contra a empresa qualificada em epígrafe foi lavrado auto de infração de fls. 07 em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins no período de 01/01/2003 a 31/01/2004, exigindo-se-lhe contribuição de R\$4.988 326,44, e juros de mora de R\$1 295 776,80, perfazendo o total de R\$6.284 103,24

Na Descrição dos Fatos (fls 08), o AFRF autuante esclarece que a empresa impetrou Mandado de Segurança para ter assegurado o direito de recolher a Cofins com base na Lei Complementar nº 70/91, questionando a constitucionalidade da Lei nº 9 718/98. O presente lançamento tem por objetivo constituir o crédito tributário, a fim de salvaguardar o interesse da Fazenda Nacional, considerando que ainda não há decisão judicial transitada em julgado definindo a questão.

O enquadramento legal encontra-se a fls. 09

Cientificada em 24/05/2005, a interessada apresentou em 15/06/2005 a impugnação de fls. 29/55, na qual alegou:

1 Com efeito, conforme se demonstrará, as alterações introduzidas inovam além do que lhes seria permitido, violando princípios basilares do direito pátrio, eivando a Lei nº 9.718/98 com os vícios insanáveis da ilegalidade e inconstitucionalidade,

2 Em 27 de novembro de 1998, foi editada a Lei Ordinária No. 9.718, a qual pretendeu alterar o disposto pela Lei Complementar 70/91, majorando a alíquota do imposto e ampliando a base de cálculo do imposto;

3 A Lei nº 9.718/98, majorou a alíquota do imposto, de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento), ao mesmo tempo que alterou sua base de cálculo, fazendo-a incidir sobre as denominadas receitas financeiras das empresas, bem como incluiu no campo de incidência do imposto as operações de câmbio realizadas pelas instituições financeiras;

4 Assim dispondo, contudo, a referida lei alterou fundamentos básicos do tributo em questão, indo além do que lhe era permitido pelo Texto Constitucional, instituindo a incidência da contribuição sobre receitas não previstas no conceito inserto no



artigo 195, inciso I, da Carta Magna, em flagrante inconstitucionalidade,

5. Outrossim, pretendeu alterar, além da base de cálculo do tributo, a alíquota fixada na Lei Complementar nº 70/91, norma geral sobre o tema, confrontando-se com a mesma, consubstanciando-se a ilegalidade da nova lei editada;

6. A Cofins, conforme já asseverado, foi instituída como contribuição incidente sobre o faturamento, atendendo o disposto no citado artigo 195, inciso I, da Carta, nos termos fixados na Lei Complementar 70/91;

7. Ocorre que, contudo, que a Lei nº 9.718/98 pretendeu ampliar tal conceito, incluindo as receitas financeiras como faturamento da empresa;

8. Nem se tende argumentar que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de novembro de 1998, legitima a exigência da Cofins nos moldes da Lei nº 9.718/98 uma vez que a referida Emenda somente foi aprovada um mês após a edição da citada lei;

9. Em verdade, ao revés de legitimar a exigência da Cofins com a base de cálculo fixada pela Lei nº 9.718/98, a Emenda Constitucional nº 20/98 retifica a inconstitucionalidade praticada. É de fácil conclusão de que, tendo sido necessária a alteração da redação do artigo 195 da Constituição Federal, não havia permissão ou previsão constitucional para a exigência do tributo sobre as mencionadas receitas na redação original do citado artigo;

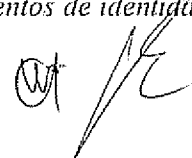
10. A Emenda Constitucional aprovada, corrobora, assim, o entendimento da inconstitucionalidade contida na Lei nº 9.718/98, a qual foi aprovada antes da modificação do Texto Constitucional e, portanto, na vigência de dispositivo constitucional contrário ao nela disposto;

11. Como é de todos sabido, lei complementar é lei emanada do Poder Legislativo, possuindo aspectos formais especiais para sua elaboração e aprovação, configurando-se uma espécie "especial" de lei;

12. Outrossim, impõe-se esclarecer, de plano, que não houve e nunca haverá, por parte da defendente, o menor resquício de um sentimento fraudem legis a respeito da suposta ilicitude que lhe está sendo imputada. Em momento algum deixou a impugnante de cumprir com o encontrado nas resoluções legais;

13. A impugnante espera confiante que se julgue insubsistente a autuação e ao final, seja arquivado o processo administrativo em questão.

Junto com a petição impugnatória, a contribuinte trouxe à colação Procuração, cartão de CNPJ, documentos de identidade e alteração contratual



A Quinta Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro II - RJ, julgou procedente o lançamento efetuado, manteve o crédito tributário devido e proferiu o Acórdão nº 13-13.731 (fls. 92/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

Ementa: AÇÃO JUDICIAL AUTO DE INFRAÇÃO CONCOMITÂNCIA DE OBJETO

Em face do princípio constitucional de unidade de jurisdição, a existência de ação judicial, em nome da interessada, importa renúncia às instâncias administrativas quanto à mesma matéria, sendo de se aplicar o que for definitivamente decidido pelo Poder Judiciário.

CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Considera-se como não impugnada a contribuição lançada, quando não contestada expressamente pelo contribuinte

Em despachos exarados às folhas 161/162, datado de 28/01/2008, e à folha 168, datado de 30/01/2008, as autoridades fiscais da DERAT - Rio de Janeiro informam a situação do processo judicial até aquele momento.

A recorrente foi cientificada do Acórdão proferido pela DRJ – Rio de Janeiro, em 29/04/2008 (fl. 169 – frente e verso), inconformada com a decisão da autoridade julgadora de primeira instância administrativa interpôs Recurso Voluntário, em 19/05/2008 (fls. 173/ss).

Em seu Recurso, a interessada reitera argumentos já trazidos na Impugnação, alegando em síntese que a alteração da base de cálculo e de alíquota da COFINS efetuada pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, afrontam o disposto nos artigos 195, inciso I, e § 4º da Constituição Federal de 1988, e que a EC 20/98, sendo posterior, não convalidou as modificações legislativas anteriores, afirmando, ainda, que tais regras só poderiam ser alteradas por lei complementar.

Requer, por fim, que seja dado provimento ao Recurso para anular a autuação fiscal.

O processo digitalizado foi distribuído a este Conselheiro Relator em 02/06/2010, na forma regimental.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para a cobrança da diferença da COFINS com a finalidade exclusiva de evitar a decadência dos valores em litígio, uma vez que a questão já havia sido levada à discussão no âmbito do Poder Judiciário.

A Recorrente busca trazer ao Contencioso Administrativo discussão sobre eventual inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, mais especificamente quanto à alteração da base de cálculo e de alíquota da COFINS (artigos 2º e 3º), por entender que afrontam a Constituição Federal (artigo 195, inciso I, e § 4º). Ocorre que a matéria tratada tem o mesmo objeto do Mandato de Segurança nº 99.0007678-8 tramitado junto à 8ª Vara Federal no Rio de Janeiro (fls. 108/112) e, posteriormente, encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 113/ss).

Destarte, quando o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança fez a opção pela via judicial, abdicando, assim, da via administrativa para a solução do litígio fiscal. Este é o teor da Súmula CARF No. 01, *verbis*:

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.

Ademais, a instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis. Neste sentido, também a Súmula CARF No. 02, *verbis*:

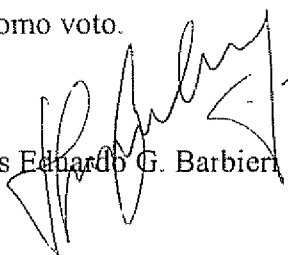
O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ressalte-se, por fim, que a autoridade fiscal procedeu corretamente ao lavrar o Auto de Infração para prevenir a decadência. A existência de processo judicial, com decisão suspendendo a exigibilidade da cobrança do tributo nos termos do artigo 151 do CTN, impede a cobrança do mesmo (até decisão judicial final), entretanto, não obstaculiza o lançamento para prevenir a decadência.



Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário apresentado para o fim de manter o crédito tributário lançado.

É como voto.



Luís Eduardo G. Barbieri