



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.000408/2007-94
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-005.536 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2019
Recorrente JARDIM ESCOLA MAGICO DE OZ S/S LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 21/12/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL.

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

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 l

ançamento 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. **(Vinculante,** conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018)

INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO.

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

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. .

Nos termos do art. 173 do CTN, mesmo existindo processo judicial, pode a fiscalização fazer lançamento para prevenir decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do Recurso Voluntário, por concomitância de matéria na esfera judicial, e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Laércio Cruz Uliana Junior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovich Belisário, Leonardo Correia Lima Macedo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Hécio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Laercio Cruz Uliana Junior e Charles Mayer de Castro Souza (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte, por bem resumir os fatos do processo, transcrevo o relatório da DRJ:

Trata-se de auto de infração (fls. 158/160 – a numeração de referência é sempre a da versão digital do processo), lavrado contra a contribuinte em epígrafe, relativo à falta/insuficiência de recolhimento de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social– Cofins, nos períodos de apuração de janeiro/2002 a dezembro/2002, no montante total de R\$ 331.709,95.

A auditora fiscal, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 152/153), assim fundamentou o lançamento de ofício:

O contribuinte informou valores devidos em sua DIPJ, utilizando a alíquota de 3%.

No entanto, informou em DCTF, valores devidos, utilizando a alíquota de 2%.

Foram apresentadas decisões judiciais, e Certidões de Objeto e Pé.

Na ação 2000.61.00.0056468, em que se discutia a Cofins, houve decisão, no sentido de que a mesma fosse recolhida à alíquota de 3%, em 16.11.2000.

Na ação 2002.61.00.0094326, em que se discutia a isenção da Cofins para as sociedades prestadoras de serviços, o último movimento do processo, de acordo com documentos entregues pelo contribuinte, foi decisão em agravo regimental, onde foi reconsiderada decisão em favor do contribuinte, e negado seguimento ao recurso especial.

Posteriormente, o contribuinte foi novamente intimado, a fim de que apresentasse documentos comprobatórios de eventuais decisões favoráveis. Tal intimação não foi atendida.

Uma vez que não existe decisão favorável em nome do contribuinte, que autorize o recolhimento da Cofins à alíquota de 3%, será lavrado auto de infração para lançamento de ofício dos valores não recolhidos e não declarados em DCTF, com suspensão de exigibilidade.

Cientificada do auto de infração em 16/02/2007 (fl. 232), a contribuinte apresentou impugnação em 20/03/2007 (fls. 167/178), na qual alega que:

- entre as obrigações do auditor fiscal para a lavratura de auto de infração, está a de levar em consideração todos os elementos que lhe forem fornecidos ou que estiverem à sua disposição, devendo, se rejeitá-los, justificar adequadamente sua decisão. A motivação das decisões administrativas, aliás, está prevista na própria Constituição Federal, não podendo, portanto, o auditor fiscal se abster do cumprimento dessa obrigação. No caso, a autuante desprezou a pendência de julgamento das ações relativas à contribuição social, sustentando-se, tão somente, na falta de decisão favorável, em nome da impugnante, que autorize ao recolhimento da Cofins à alíquota de 3%. Ao lavrar o auto de infração, ela não indicou, nem de forma singela, a razão do descaso cometido, apenas fazendo menção, como dito, à inexistência de decisão favorável à autuada. Tal escusa, da maneira como foi colocada pela autoridade fiscal, não é justificativa plausível para a desconsideração realizada no vertente caso. Sendo assim, o ato da Administração Pública com a violação em apreço contamina o auto de infração

de vício, devendo, pois, ser declarado nulo; • as hipóteses suspensivas da exigibilidade atuam como critérios negativos de seu antecedente. Assim, se ainda não houver decisão definitiva desfavorável à impugnante, não há como se configurar o motivo para a produção do ato. A impugnante só poderia ser autuada, se fosse o caso, após decisão final transitada em julgado, que comprovasse que ela não teria o direito à isenção ou ao recolhimento da Cofins com base na alíquota de 2%. Em síntese, não há que se falar em auto de infração por falta de recolhimento de exação a que não está obrigada a recolher, tendo em vista que possui ação judicial ainda pendente de julgamento; • a exigência de juros de mora com base na taxa Selic fere o princípio da legalidade, pois, para que seja criada taxa diferente da prevista no art. 161, § 1º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), é preciso a edição de lei. Tal exigência fere ainda os princípios da anterioridade e da segurança jurídica, na medida em que o contribuinte deve ter a noção exata da quantia a ser recolhida, seja a título de tributo, seja a título de correção monetária ou de juros incidentes sobre o principal, não podendo ficar na dependência de fixação unilateral do Governo, como ocorre com o índice da Selic, que é estabelecido por circulares do Comitê de Política Monetária do Banco Central. E ao deixar que a aferição da Selic fique a cargo do Bacen, evidencia-se a delegação de competência, com violação do princípio da indelegabilidade de competência tributária (Constituição Federal, arts. 62 e 68).

Seguindo a marcha processual normal foi assim assentado o julgamento da DRJ:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002 DECADÊNCIA.

É de cinco anos o prazo de que a RFB dispõe para constituir os seus créditos, contados, no caso de ter havido recolhimento, da data do fato gerador.

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO.

A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, pois tal competência é exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido em Parte

Inconformada a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário pedindo reforma em síntese nulidade do acórdão por pendência de julgamento definitivo de mérito da ação ajuíza com a finalidade de não recolhimento do COFINS e alternativamente, que seja reconhecida a Inconstitucionalidade a cobrança do COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Laércio Cruz Uliana Junior, Relator.

O recurso merece ser conhecido.

Inicialmente trago a baila a fundamentação utilizada pela DRJ em negar provimento ao pleito da contribuinte, vejamos:

(...)como ressalta a auditora fiscal, no mandado de segurança nº 2000.61.00.0056468, a decisão judicial foi no sentido de que a Cofins é devida à alíquota de três por cento, portanto, contra o que pretendia a contribuinte. Por sua vez, no mandado de segurança nº 2002.61.00.0094326, em sede de agravo regimental, a decisão que era favorável à contribuinte foi reconsiderada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo negado o seguimento ao recurso especial.

Aliás, após a lavratura do presente auto de infração foi julgado outro agravo regimental, este interposto pela contribuinte, sendo-lhe negado provimento (cf. cópia do acórdão às fls. 220/231). Por isso, ou seja, por não haver decisão favorável à contribuinte, que daria validade a seu procedimento, o caso em tela não se enquadra na hipótese prevista no inciso IV do art. 151 do CTN, não havendo, pois, que se falar aqui em suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Em que pese, a contribuinte faz requerer que seja anulada a decisão DRJ por não ter aguardado o trânsito em julgado na esfera judicial, não merece prosperar tal pleito.

Conforme verifica no extrato colacionado pela contribuinte houve o trânsito em julgado, porém, não podendo ser corretamente apontado em qual data. Pois, contas no extrato da movimentação processual que no dia 01/09/11, foi lavrada certidão de trânsito em julgado, mas esse julgador não localizando o teor da correta data de trânsito.

Da apertada síntese no voluntário, a contribuinte não é contundente no sentido que logrou êxito na demanda judicial.

Desde modo, nessa parte NÃO CONHEÇO DO RECURSO EM PARTE, uma vez, que houve concomitância, nos termos da Súmula 1 – CARF:

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. **(Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018)**

No mérito, em relação da anulação do auto de infração por existir processo judicial, não merece prosperar tal pleito, uma vez, que não existia qualquer medida vigente a época que determinava que a fiscalização não poderia realizar qualquer lançamento. Assim, não vejo qualquer hipótese de nulidade. No entanto, no art. 173 do CTN, faz permissão legal do lançamento, vejamos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento

Finalmente, a contribuinte finalmente sustenta que se o Supremo Tribunal Federal tiver se manifestado sobre a inconstitucionalidade de norma, poderá a administração pública assim adotar, no entanto, não vislumbrada tal hipótese não deve ser aplicada a súmula 2 deste CARF, vejamos:

Súmula CARF nº 2

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

Diante de todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Laércio Cruz Uliana Junior - Relator