



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 19515.000562/2002-51
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3401-007.051 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2019
Recorrentes PROJETO PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2002

CONCOMITÂNCIA DE OBJETO COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF 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

RECURSO DE OFÍCIO. LIMITE. PORTARIA MF. SÚMULA CARF 103.

Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância, conforme estabelece a Súmula CARF nº 103. A Portaria MF nº 63, de 9/2/2017 (vigente a partir da data de publicação no DOU - 10/02/2017) estabeleceu o limite de alçada para interposição de recurso de ofício como R\$ 2.500.000,00, referente a exoneração de “pagamento de tributos e encargos de multa”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, por concomitância de objeto com a ação judicial, em função da Súmula CARF nº 1, e em não conhecer do recurso de ofício, pela não superação do limite de alçada, de acordo com o teor da Súmula CARF nº 103.

(assinado digitalmente)

ROSALDO TREVISAN – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan (presidente), Mara Cristina Sifuentes, Lázaro Antônio Souza Soares, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Fernanda Vieira Kotzias, João Paulo Mendes Neto e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre **Auto de Infração** com exigibilidade suspensa, para prevenção de decadência, datado de 26/08/2002 (fls. 94 a 118)¹, com ciência em 27/08/2002 (fl. 110), para exigência de **COFINS**, relativa aos períodos de fevereiro de 1999 a junho de 2002, no valor de R\$ 928.463,28, acrescida de juros de mora (calculados até 31/07/2002), e de multa de ofício (75% da diferença), totalizando, originalmente, R\$ 1.851.475,57.

No Termo de Verificação e Constatação (TVC) de fls. 88 a 92, narra a fiscalização que: (a) foi apurada insuficiência de recolhimentos em relação à COFINS de fevereiro de 1999 a junho de 2002; (b) a empresa impetrou Mandado de Segurança Preventivo com Pedido de Liminar (processo nº 1999.61.00.036225-3) na 13ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, objetivando recolher a COFINS (assim como a Contribuição para o PIS/PASEP) nos moldes preconizados pela Lei Complementar nº 70/1991 (e da Lei Complementar nº 07/1970, respectivamente), suspendendo-se a exigibilidade das obrigações disciplinadas pela Lei nº 9.718/1998; (c) em 18/08/1999 foi deferida medida liminar autorizando a empresa a recolher as contribuições com as bases de cálculo tal qual estabelecidas nas leis complementares, mantidas as demais alterações produzidas pela Lei nº 9.718/1998; e (d) como não havia decisão definitiva no processo judicial, foi lavrada autuação para prevenir a decadência, com base nas informações prestadas pela empresa sobre as receitas financeiras.

A empresa apresentou **impugnação** em 25/09/2002 (fls. 126 a 162), alegando, em síntese, que: (a) é empresa dedicada à distribuição de veículos automotores, atuando como concessionária FIAT não só na venda de automóveis, mas também na venda de peças e na prestação de serviços relacionados à marca; (b) o crédito tributário está com exigibilidade suspensa, em função da ação judicial noticiada na autuação (processo nº 1999.61.00.036225-3), pleiteando o reconhecimento do seu direito líquido e certo de não se submeter ao recolhimento da COFINS na forma das alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/1998, e, por isso, não deveria ter sido lavrada a autuação com exigência de juros e multa de mora, o que é endossado pelo § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996; (c) na vigência da medida judicial, não deveria ter sido instaurado procedimento fiscal, em função do disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/1972; (d) no mérito, a autuação é descabida, pela indevida equiparação promovida pela Lei nº 9.718/1998 entre “faturamento” e “receita bruta, que viola o texto constitucional e o art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN), citando doutrina e precedentes judiciais; (e) é ilegal a utilização da Taxa SELIC a título de juros de mora; e (f) a multa aplicada é confiscatória, e deve ser relevada ou reduzida.

A **decisão de primeira instância** proferida pela DRJ (fls. 274 a 292), em 27/09/2004, foi, unanimemente, pela parcial procedência do lançamento, excluindo a multa de ofício (com fundamento no art. 63, *caput*, da Lei nº 9.430/1996, ensejando recurso de ofício ao CARF), e mantendo o crédito e os juros exigidos, acordando-se que: (a) é legítimo é o procedimento fiscal ao efetivar o lançamento do crédito tributário, visando evitar o decurso do prazo de decadência, porque a atividade é de natureza vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN); (b) o sujeito passivo viu atendida sua pretensão apenas no que diz respeito à base de cálculo da COFINS, não lhe sendo assegurado o recolhimento à alíquota de 2%, encontrando-se o processo em grau de apelação, na segunda instância judicial, havendo concomitância de objeto, que

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

implica renúncia à instância administrativa, cabendo apenas exame no que se refere à aplicação de juros de mora e multa de ofício; (c) o tratamento do § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996 não é extensível a juros de mora; e (d) é assentada administrativa e judicialmente a aplicação da Taxa SELIC a título de juros de mora.

Em tentativa de intimação da empresa sobre a decisão de piso, no endereço cadastral informado à RFB, o Aviso de Recebimento retornou, em 04/04/2008, com a indicação “desconhecido” (fl. 362). Intimada por edital afixado em 11/04/2008 (e desafixado em 25/04/2008) - fl. 372, a empresa solicita e obtém cópia do presente processo em 14/05/2008 (conforme termo de fl. 396).

Em 28/05/2019, a empresa apresentou **recurso voluntário** (fls. 406 a 438), sustentando, basicamente, que: (a) o cerne da questão objeto do contencioso é a legalidade e a constitucionalidade da inclusão, na base de cálculo da COFINS (a defesa dispõe também sobre Contribuição para o PIS/PASEP, sequer discutida nestes autos), de outros valores que não os originários do faturamento, como pretendeu a Lei nº 9.718/1998, em seu art. 3º, § 1º; e (b) há precedentes mais recentes do Poder Judiciário e do Conselho de Contribuintes reconhecendo a inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo promovida pela citada lei, sendo os precedentes judiciais de observância obrigatória pela Administração.

Em 29/05/2008, o processo foi encaminhado ao então Primeiro Conselho de Contribuintes (fl. 468), sendo sorteado a Conselheiro que não mais pertence ao colegiado, e enviado a redistribuição em 23/06/2017 (fl. 469).

Em 22/05/2019, o processo foi distribuído a este relator, por sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ROSALDO TREVISAN, Relator

No que se refere à admissibilidade do recurso voluntário, cabem considerações preliminares sobre a tempestividade e sobre a concomitância de objeto com ação judicial. Em relação ao recurso de ofício, a admissibilidade demanda análise do valor afastado na instância de piso.

Como informa o despacho de encaminhamento da unidade preparadora da RFB, diante da impossibilidade de cientificação pela via postal foi afixado edital nas dependências da repartição pública, em 11/04/2008. O texto do edital (fl. 372) dispôs:

EDITAL DRF/OSA Nº 41/2008

Pelo presente EDITAL, afixado nas dependências desta repartição fiscal franqueada ao público, nos termos do artigo 23, inciso III e seus parágrafos 1º e 2º, inciso III do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, alterado pelo art. 67 da Lei 9.532 de 10/12/97, fica o contribuinte abaixo relacionado, não localizado em seu domicílio tributário, **INTIMADO** a tomar ciência da Intimação EQFISE/SECAT nº 589/2008, que consta no seu respectivo processo.

Decorrido o prazo de 15 (quinze) dias após a afixação do presente Edital, o contribuinte será considerado intimado, iniciando-se a contagem do prazo de 30 (trinta) dias.

Nº DO PROCESSO

INTERESSADO

CNPJ/CPF

19515.000562/2002-51

PROJETO PARTICIPAÇÕES E COMERCIO S/A

01.450.017/0001-03

Pelo texto do edital, o contribuinte foi “... *INTIMADO a tomar ciência da Intimação EQUFISE/SECAT nº 589/2008*”. Na parte inferior do edital, ainda à fl. 372, constou a seguinte mensagem:

Afixado: 11/04/08
Desafixar em: 25/04/2008

Afixado o edital em 11/04/2008 (uma sexta-feira), e tendo em conta o disposto nos arts. 5º e 23, § 2º, IV, do Decreto nº 70.235/1972, que rege o processo de determinação e exigência de crédito tributário, com reconhecida estatutura legal, a intimação se considera efetuada em 28/04/2008, iniciando-se a contagem do trintídio recursal, a expirar em 28/05/2008.

Assim, é tempestivo o recurso apresentado exatamente em 28/05/2008.

No que se refere à existência de concomitância de objeto entre a discussão administrativa e a judicial, fazemos coro à DRJ (fl. 286), no sentido de que as únicas matérias discutidas administrativamente que não foram suscitadas em juízo se referem à multa e aos juros exigidos no lançamento:

14 – Diante desse panorama, conclui-se que o crédito tributário estava em discussão na esfera judicial por ocasião do lançamento e tinha sua exigibilidade suspensa por força da liminar concedida, pelo que se configura a concomitância entre as discussões judicial e administrativa, razão pela qual, nos termos do Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 3, de 1996, não cabe seu exame na esfera administrativa.

15 – Não obstante, cabe examinar as questões levantadas pela impugnante no que respeita à imposição da multa de ofício e dos juros de mora.

E, tendo a empresa submetido ao Poder Judiciário a discussão de mérito sobre a base de cálculo da contribuição, não mais é possível a análise do tema pela instância administrativa, em função da unidade de jurisdição, e da 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)

Portanto, não se conhece do recurso no que se refere à discussão sobre a base de cálculo da contribuição, submetida ao Poder Judiciário.

E, diante desse não conhecimento, torna-se irrelevante a argumentação da empresa sobre ser o cerne da questão objeto do contencioso a legalidade e a constitucionalidade da inclusão, na base de cálculo da COFINS (tratando também de Contribuição para o PIS/PASEP, que não está em análise nestes autos), de outros valores que não os originários do faturamento, como pretendeu a Lei nº 9.718/1998, em seu art. 3º, § 1º. Esse é exatamente o tema submetido ao Poder Judiciário, e que não mais está sob a cognição deste colegiado.

É igualmente irrelevante para este tribunal, no presente caso, se existe posicionamento assentado, administrativa e/ou judicialmente sobre o assunto, pois a turma,

repita-se, não mais detém cognição sobre o contencioso, submetido ao Poder Judiciário por opção da empresa, e sujeito ao que em tal jurisdição restar decidido em definitivo.

Em relação ao recurso de ofício, cabe salientar que, como relatado, a decisão da DRJ exonerou, a título de multa, o valor de R\$ 696.347,30.

Sobre a interposição de recurso de ofício, assim dispõe o já citado Decreto nº 70.235/1972:

“Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - **exonerar** o sujeito passivo do pagamento de **tributo e encargos de multa** de **valor total** (lançamento principal e decorrentes) a ser **fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda**”

(...)

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

(...)

Parágrafo único. Serão também **definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.**”
(grifo nosso)

À época em que foi proferida a decisão de piso (2004), era vigente a Portaria MF nº 375/2001, que fixava, para efeitos do disposto no artigo 34, I, do Decreto nº 70.235/1972, o valor de R\$ 500.000,00. Legítima, assim, em primeira análise, a interposição de recurso de ofício.

No entanto, o valor foi reajustado para R\$ 1.000.000,00, na Portaria MF nº 3/2008, e depois fixado em R\$ 2.500.000,00, pela Portaria MF nº 63, de 09/02/2017.

Sobre o tema, dispõe a Súmula CARF nº 103, de observância obrigatória por este tribunal administrativo, que: *“Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância”*.

Assim, não deve se conhecer do recurso de ofício, em função do que determinam o artigo 34, I, do Decreto nº 70.235/1972 e a referida súmula. Ademais, a decisão da DRJ se deu em conformidade com o que está plasmado na Súmula nº 17 deste CARF.

Não se conhecendo do contencioso em relação à base de cálculo da contribuição (em função e concomitância de objeto com ação judicial) e nem em relação à multa afastada pela DRJ (em função da Súmula CARF nº 103), restaria apenas a analisar a discussão sobre os juros de mora.

Digo restaria, porque o tema referente aos juros não foi reiterado em sede recursal, o que faz com que não exista matéria a analisar administrativamente, autônoma da submetida a juízo, no recurso voluntário, ensejando não conhecimento integral da peça apresentada. Ademais, noticie-se que eventual tratamento do tema seria igualmente assentado em súmulas deste tribunal administrativo (Súmulas CARF nº 4 e nº 5).

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário, por concomitância de objeto com a ação judicial, em função da Súmula CARF nº 1, e em não conhecer do recurso de ofício, pela não superação do limite de alçada, de acordo com o teor da Súmula CARF nº 103.

(assinado digitalmente)

ROSALDO TREVISAN