



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	19515.720046/2015-61
ACÓRDÃO	2401-012.112 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	28 de janeiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	CLARO S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

LANÇAMENTO FEITO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF nº 165.

Não é nulo o lançamento de ofício referente a crédito tributário depositado judicialmente, realizado para fins de prevenção da decadência, com reconhecimento da suspensão de sua exigibilidade e sem a aplicação de penalidade ao sujeito passivo.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. JULGAMENTO ORIGINÁRIO POR ÓRGÃO ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar originariamente sobre a constitucionalidade ou legalidade de ato normativo.

FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL E RECURSAL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO LITIGIOSO

Falta interesse processual, quando o provimento pretendido não mais se apresenta necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso voluntário, exceto quanto à alegação sobre a multa, para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares e negar-lhe provimento

Assinado Digitalmente

Guilherme Paes de Barros Geraldi – Relator

Assinado Digitalmente

Miriam Denise Xavier – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Monica Renata Mello Ferreira Stoll, Elisa Santos Coelho Sarto, Matheus Soares Leite, Miriam Denise Xavier (Presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (fls. 1.093/1.103), interposto por CLARO S.A. em face do acórdão de fls. 1.079/1.085, que julgou improcedente sua impugnação de fls. 904/911, apresentada em face dos autos do auto de infração DEBCAD nº 51.050.302-0 (fl. 461), lavrado para prevenir a decadência em relação ao RAT atinente ao período de 01/01/2010 a 31/12/2010, que havia sido depositado judicialmente pela Recorrente.

Transcrevem-se, abaixo, os trechos mais relevantes do relatório fiscal (fls. 424/432):

III – DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS E MULTA APLICADA

1 Até o início deste procedimento fiscal, o contribuinte havia apresentado as GFIP declarando a base de cálculo dos segurados a seu serviço, mas com preenchimento indevido, nas competências de 03/2010 a 13/2010, no campo “FAP” com o índice “1”, quando o correto seria “1,64”. Ao fazer o cálculo da contribuição previdenciária “RAT (2%) x FAP (1,6433)” a empresa teria encontrado a alíquota “3,2866%”. Como o contribuinte declarou em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - “2%”, deixou, portanto, de recolher “1,2866%”, correspondente ao FAP.

2 Conforme já relatado, com o intuito de se eximir do pagamento da contribuição aqui tratada, o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança nº. 2010.61.00.000976-9 e embora tenha obtido liminar aos 19/03/2010, em 1ª. Grau de jurisdição, na Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, por unanimidade, deu provimento ao recurso e à remessa oficial para julgar improcedente a impetração e denegou a ordem aos 15/09/2011.

3 Conforme cópia do documento anexo, em 17/10/2011, o contribuinte efetuou depósito em juízo. Em resposta ao TIF de nº.12, apresentou discriminação do referido depósito:

4 Segundo o artigo 151 do Código Tributário Nacional - CTN, a exigibilidade do crédito tributário se suspende com medidas judiciais, tais como, concessão de medida liminar em mandado de segurança, depósito judicial do seu montante integral. Essa suspensão protege o devedor contra atos de cobrança da autoridade administrativa, mas não impede o lançamento que, nos termos do art. 142 do mesmo diploma legal, é atividade vinculada e obrigatória. Suspende-se, sim, o dever de cumprir a obrigação tributária, devido à instauração de um litígio acerca da sua legitimidade.

5 Foi então considerando esse depósito de montante integral que efetuamos o presente levantamento. Cumpre esclarecer que o Sistema de Auditoria Fiscal – SAFIS – no qual o Auto encontra-se lavrado, não contempla a hipótese de liminar seguida de depósito judicial e gerou, no presente procedimento, multa de mora indevida, a qual futuramente será expurgada no Sistema de Cobrança.

6 O Relatório anexo denominado “Demonstrativo dos Valores Apurados – FAP”, demonstra os valores apurados, com base nas GFIPs entregues pelo contribuinte, considerando o índice de “1,28%”, conforme valor do depósito em juízo e discriminado por estabelecimento e por competência. O restante do índice, ou seja, 0,0066%(3,2866% - 1,28% = 0,0066%), não recolhido e não depositado em juízo, encontra-se lavrado no processo de nº. 19515-720.070/2015-09.

[...]

9 Ressaltamos que efetuamos o presente levantamento considerando o depósito de montante integral. Cumpre esclarecer que o Sistema de Auditoria Fiscal – SAFIS – nº qual o Auto encontra-se lavrado, não contempla a hipótese de liminar seguida de depósito judicial e gerou, no presente procedimento, multa de mora indevida, a qual futuramente será expurgada no Sistema de Cobrança.

Em sua impugnação (fls. 904/911), a Recorrente defendeu a improcedência dos autos de infração alegando/requerendo, em síntese:

1. Preliminarmente:

- a. A nulidade do auto de infração, em razão de não ter constado expressamente tratar-se de lançamento preventivo de decadência, nem referência às normas que respaldariam o lançamento com esse objetivo;
- b. A nulidade do auto de infração em razão de falta de motivação, ante a inexistência de norma autorizadora da realização de lançamento com o objetivo de prevenir a decadência na hipótese de pendência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário (no caso, os depósitos judiciais atrelados ao Mandado de Segurança nº 2010.61.00.000976-9).

2. No mérito: a inconstitucionalidade do FAP, por ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade tributária, bem como em razão de sua lei instituidora (Lei nº 10.666/2010) ter extrapolado o arquétipo constitucional

relativo ao aspecto quantitativo das contribuições sociais, previsto no art. 195, § 9º da CF/88.

3. Subsidiariamente, requereu a exclusão do valor da multa de mora aplicada.

Encaminhados os autos à DRJ, foi proferido o acórdão de fls. 1079/1085, que julgou a impugnação improcedente. Para tanto, o colegiado *a quo* considerou que o auto de infração teria observado os requisitos legais atinentes a lançamentos efetuados apenas para prevenir decadência; que o contencioso administrativo não teria competência para analisar as inconstitucionalidades alegadas pela ora Recorrente; e, em relação à multa de mora, que o TVF já teria esclarecido que esta constaria do lançamento em razão de inviabilidade sistêmica de sua exclusão, mas que esta seria indevida e futuramente expurgada do sistema de cobrança. O acórdão em questão foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 01/12/2010

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede a constituição do crédito tributário por meio da lavratura do auto de infração, uma vez que o lançamento, além de ser ato administrativo de competência privativa da autoridade fiscal, tem por finalidade prevenir os efeitos da decadência.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. MULTA DE MORA.

A decisão judicial favorecida com 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.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

É vedado ao Fisco afastar a aplicação de lei, decreto ou ato normativo por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DIFERENCIADA.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo.

O julgamento administrativo limitar-se-á à matéria diferenciada, havendo matéria distinta da constante do processo judicial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada, a Recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 1093/1103, reiterando as alegações de sua impugnação. Adicionalmente, a Recorrente alegou que, por meio do REsp

nº 1.140.956/SP, o STJ teria considerado ilegal, em sede de recurso repetitivo, a lavratura de autos de infração para a prevenção de decadência; e que o presente processo deveria ser suspenso, seja em razão da pendência de julgamento do RE 684.261, por meio do qual o STF analisaria a constitucionalidade do FAP, seja em razão da pendência de decisão definitiva nos autos do mandado de segurança impetrado pela Recorrente para discutir o FAP.

Na sequência, os autos foram encaminhados ao CARF e a mim distribuídos.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Guilherme Paes de Barros Geraldi, Relator.

1. Admissibilidade

O recurso é tempestivo.¹ Contudo, deve ser conhecido apenas em parte, em razão de inexistência de interesse processual em relação à multa de mora.

Da análise do Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que a própria autoridade lançadora consignou que a multa de mora é indevida e que ela consta do auto de infração exclusivamente em relação a limitação técnica do sistema de cobrança e que ela será expurgada:

9. Ressaltamos que efetuamos o presente levantamento considerando o depósito de montante integral. Cumpre esclarecer que o Sistema de Auditoria Fiscal – SAFIS – no qual o Auto encontra-se lavrado, não contempla a hipótese de liminar seguida de depósito judicial e gerou, no presente procedimento, multa de mora indevida, a qual futuramente será expurgada no Sistema de Cobrança.

Conclui-se, assim, que inexistente pretensão por parte do fisco de cobrança da multa de mora e, portanto, não há lide em relação à ela.

Diante do exposto, voto por CONHECER EM PARTE o recurso, exceto quanto à multa de mora.

2. Preliminares

Como relatado, alega a Recorrente que o lançamento seria nulo pelos seguintes motivos: (i) impossibilidade de lavratura de auto de infração relativo a crédito tributário depositado judicialmente, nos termos do pronunciamento do STJ, em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1.140.956); (ii) falta de menção expressa, no auto de infração, de que se trataria de lançamento preventivo de decadência; e (iii) falta de motivação, ante a inexistência de norma autorizadora da realização de lançamento com o objetivo de prevenir a decadência na hipótese de pendência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário (no caso, os depósitos judiciais atrelados ao Mandado de Segurança n.º 2010.61.00.000976-9).

¹ Conforme Despacho de Encaminhamento de fl. 1141.

O acórdão recorrido rejeitou a preliminar com base nos seguintes fundamentos (fls. 1.082/1.084):

Por outro lado, a suspensão da exigibilidade não constitui óbice para a realização do lançamento. Isto porque: a) o prazo decadencial não se suspende nem se interrompe durante o período em que a exigibilidade do crédito estiver suspensa; b) o crédito tributário somente pode ser exigido após sua constituição definitiva através do lançamento, pois antes não se reveste de liquidez e certeza, não tendo condições de ser reclamado pelo Fisco.

O art. 63 da Lei 9.430/96 (que trata sobre o cabimento ou não de multa de ofício/mora na constituição de créditos tributários com exigibilidade suspensa), demonstra, por via indireta, a existência do lançamento para prevenir a decadência nos casos de crédito com exigibilidade suspensa:

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. (Vide Medida Provisória nº 75, de 2002)

A citação dos incisos IV do art. 151 da Lei 5.172/66 – CTN (concessão de medida liminar em mandado de segurança) e V (concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial) é apenas exemplificativa, e, por este motivo, o inciso II (depósito do montante integral), apesar de não ser descrito no Art. 63 da Lei 9.430/96, também se enquadra neste artigo.

[...]

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 424/432), a Fiscalização informa ao contribuinte que:

a) a suspensão da exigibilidade do crédito não implica em dispensa da atividade vinculada do lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.(item 4, fls. 428);

b) o lançamento refere-se ao depósito de montante integral e a aplicação da multa de mora é indevida, tendo sido gerada por uma impossibilidade técnica, visto que o Sistema de Auditoria Fiscal (SAFIS), no qual o AI é lavrado, não cogita da hipótese de liminar seguida de depósito judicial. Assim, a multa de mora é indevida e futuramente será expurgada no Sistema de Cobrança (item 5, fls. 429);

c) a diferença do valor, não recolhido e não depositado em juízo, foi lavrado no processo de nº 19515.720070/2015-09 (item 6, fls. 429). Assim, ao contrário do afirmado pelo impugnante, a Fiscalização deixa bem claro a motivação do lançamento.

Entendo que o acórdão não merece reparos. O TVF é parte integrante do lançamento e, nele, constou expressamente tratar-se de lançamento efetuado para prevenir a decadência do crédito tributário, modalidade de lançamento que tem previsão no art. 63 da Lei 9.430/96. A motivação para a lavratura do auto de lançamento também foi evidenciada pelo TVF: prevenir a decadência, visto que esta não se interrompe nem se suspende, ainda que na pendência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Por fim, em relação ao REsp Repetitivo nº 1.140.956, cumpre notar que este não se aplica à hipótese de lançamento lavrado exclusivamente para prevenir a decadência. Tal orientação jurisprudencial restou sedimentada no âmbito deste Conselho pela Súmula CARF nº 165:

Súmula CARF nº 165

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

Não é nulo o lançamento de ofício referente a crédito tributário depositado judicialmente, realizado para fins de prevenção da decadência, com reconhecimento da suspensão de sua exigibilidade e sem a aplicação de penalidade ao sujeito passivo. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Acórdãos Precedentes: 9101-003.474, 9202-007.297, 9202-004.303, 1201-002.109, 3301-004.967, 9202-007.129, 9303-009.370, 9303-010.010, 9101-004.306 e 3301-006.065.

Ao se analisar os precedentes da orientação sumular, percebe-se que a jurisprudência deste CARF analisou a questão sob a ótica do julgamento do REsp 1.140.956/SP, chegando à conclusão de que este não analisou a possibilidade de lançamento sem aplicação de penalidade e com suspensão da exigibilidade em face de crédito tributário objeto de depósito judicial integral. Vale destacar que tal orientação jurisprudencial é vinculante para os órgãos fracionários do presente Conselho.

Diante do exposto, REJEITO as preliminares.

3. Mérito

De início, cumpre destacar que este Conselho não tem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade ou sobre a legalidade de lei tributária, nos termos da CC, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 98 do RICARF, bem como no art. 26- A, do Decreto nº 70.235/72. Desse modo, deixo de analisar as alegações da Recorrente no sentido de que o FAP violaria princípios constitucionais tributários e extrapolaria o aspecto quantitativo do arquétipo constituição das contribuições sociais (art. 195, § 9º da CF/88).

A matéria remanescente diz respeito apenas ao pedido de sobrestamento até o término do julgamento do RE 684.261 e do Mandado de Segurança nº 2010.61.00.000976-9.

Por sua vez, em relação ao pedido de sobrestamento, consigno que além da falta de previsão legal para tal providência, tanto o RE como o mandado de segurança encontram-se, na presente data, com trânsito em julgado desfavorável à Recorrente, como é possível verificar nos sistemas de consulta processual do STF e da JFSP. O RE 684.261 transitou em julgado em 03/02/2023, com a fixação da Tese 554 de Repercussão Geral: “O Fator Acidentário de Prevenção (FAP), previsto no art. 10 da Lei nº 10.666/2003, nos moldes do regulamento promovido pelo Decreto 3.048/99 (RPS) atende ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I, CRFB/88)”. Por sua vez, o Mandado de Segurança nº 2010.61.00.000976-9 (NUP 0000976-69.2010.4.03.6100) transitou em julgado em 06/05/2024, depois que o REsp da ora Recorrente foi inadmitido e seu RE teve seguimento negado pela decisão ID 325007086, datada de 08/03/2024. Desse modo, ocorreu a perda superveniente do objeto relativo a esses pedidos.

4. Conclusão

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE o recurso, exceto quanto à relação à multa, REJEITO as preliminares e NEGO-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Guilherme Paes de Barros Geraldi