



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

Processo n° 10166.728716/2011-05
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-001.977 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de novembro de 2012
Matéria Normas Gerais de Direito Tributário
Recorrente Banco do Brasil S/A
Recorrida DRJ Brasília

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/06/2010

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de liminar em mandado de segurança, cuja consequência é a mera suspensão de exigibilidade de crédito fiscal. Portanto, o auto de infração é instrumento hábil para constituir o crédito tributário e impor a penalidade aplicável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 2ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente

Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Silvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D Eca, Adriana Oliveira Ribeiro (Suplente) e Luis Carlos Shimoyama (Suplente).

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/01/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 2

5/01/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 26/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Para elucidar os fatos ocorridos até a interposição do Recurso Voluntário, transcrevo o relatório da DRJ, *in verbis*:

Contra o contribuinte identificado no preâmbulo foram lavrados os autos de infração às fls. 256/260 e 261/266, mediante os quais foi formalizado o lançamento do crédito tributário abaixo discriminado, relativo aos períodos de apuração de 01/03/2010 a 30/06/2010, no total de R\$ 601.142.097,70:

PIS: R\$ 84.030.615,82

Cofins: R\$ 517.111.481,88

Os lançamentos de ofício da contribuição para o PIS e da Cofins foram constituídos com a exigibilidade suspensa no intuito de prevenir a decadência, em conformidade com o disposto no art. 151 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional - CTN), combinado com o art. 63 da Lei nº 9.430/96.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, parte integrante dos autos de infração, no que tange ao PIS e à Cofins, o procedimento fiscal foi instaurado com o objetivo de apurar os valores devidos nos meses de março a junho de 2010, tendo em vista que o contribuinte declarou em DCTF valores significativamente inferiores aos valores costumeiramente declarados/recolhidos mensalmente.

Em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal, a autuada apresentou, por meio do Ofício nº 2011/002162, a documentação solicitada, relativa ao Mandado de Segurança nº 2009.34.00.022934-0. Examinadas as informações prestadas, a Fiscalização concluiu que:

“Em 14 de julho de 2009, foi concedida Liminar (fls. 125 a 130), determinando a SUSPENSÃO da EXIGIBILIDADE do crédito tributário relativo às contribuições do PIS e da COFINS nos moldes previstos na Lei nº 9.718 de 1998, até decisão final de mérito, garantindo o direito à fiscalizada de recolher os valores devidos de PIS e COFINS, apurados de acordo com as bases de cálculo, previstas na Lei Complementar nº 07 de 1970 e Lei Complementar nº 70 de 1991, respectivamente, considerando as deduções e exclusões da base de cálculo previstas na Lei nº 9.701.

Em 19 de agosto de 2009, a Liminar concedida em 14 de julho de 2009 foi cassada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme documentos anexos às fls. 131 a 162.

Em 20 de janeiro de 2010, houve decisão de mérito, garantindo o direito à fiscalizada de recolher os valores devidos de PIS e COFINS, apurados de acordo com as bases de cálculo previstas na Lei Complementar nº 07 de 1970 e Lei Complementar nº 70 de 1991, respectivamente, considerando as deduções e exclusões da base de cálculo previstas na Lei nº 9.701, a contar da competência de julho de 2009, conforme documentos anexos às fls. 131 a 162.

Vale lembrar que, a sentença proferida está sujeita ao reexame necessário por força da Lei nº 12.016 de 2009, e que os autos do processo principal do Mandado de Segurança nº 2009.34.022934-0, encontram-se no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, aguardando o reexame, conforme documentos anexos às fls. 163 a 176.

Tendo em vista a referida Decisão (fls. 131 a 162), a fiscalizada apurou o PIS e a COFINS (demonstrativos das bases de cálculo - balancetes contábeis - anexo às fls. 202 a 254), nos meses de MARÇO, ABRIL, MAIO e JUNHO do ano-calendário de 2010, de acordo com as bases de cálculo previstas na Lei Complementar nº 07 de 1970 e Lei Complementar nº 70 de 1991, respectivamente, considerando as deduções e exclusões da base de cálculo previstas na Lei nº 9.701, declarando em DCTF os valores apurados, deduzidos das respectivas retenções na fonte, conforme demonstrativo a seguir:

[...]

Em 05 de agosto de 2010, conforme decisão anexa às fls. 131 a 162, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região DEFERIU o pedido de SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA (processo nº 46731-40.2010.4.01.0000), solicitado pela Fazenda Nacional. A respectiva decisão, transitou em julgado em 26 de outubro de 2010, sendo os autos remetidos ao arquivo em 08 de novembro de 2010.

Neste ponto, cabe relatar que, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, a SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA, tem efeito ex nunc, ou seja, conferir efeito retroativo à decisão suspensiva implicaria violação ao princípio da segurança jurídica, pois os pressupostos autorizadores da medida anteriormente deferida, não deixaram de existir, apenas foram afastados para dar lugar, no caso específico, à supremacia do interesse público, sob o argumento de que tal decisão além de acarretar significativa desoneração tributária, poderá acarretar grave lesão à ordem econômica”.

Em vista da apuração efetuada de forma diferenciada pelo contribuinte, a Fiscalização apurou os valores devidos a título de PIS e Cofins segundo o disposto nas Leis nº 9.718/1998 e 9.701/1998, a partir dos balancetes contábeis da empresa, e promoveu o lançamento da diferença de recolhimento constatada.

Cientificada pessoalmente das exigências em 09/12/2011, a interessada apresentou em 06/01/2012 a impugnação acostada às fls. 284 a 291, instruídas com as peças processuais anexadas às fls. seguintes, contestando o procedimento fiscal com os argumentos a seguir sumariados. Consigna a requerente que foi autorizada, por expressa determinação judicial proferida no MS nº 2009.34.00.022934-0, a recolher o PIS e a Cofins de forma diferenciada, e que o entendimento da Receita Federal de que a constituição do crédito tributário relativo à diferença dos

valores devidos é necessária para evitar a decadência está equivocado.

A seu ver, a decisão mandamental proferida impede o Fisco de realizar o lançamento e, por conseguinte, impossibilita a constituição do crédito tributário, impedindo, portanto, a sua exigibilidade. Defende, assim, que não há que se falar em decadência ou prevenção da ocorrência de tal instituto, posto que o impedimento da realização do lançamento tributário decorre de sentença judicial. Por outro lado, argumenta que, caso a sentença mandamental venha a ser reformada, o impedimento desaparecerá, podendo o Fisco, a partir de então, proceder à constituição do crédito.

Acrescenta, ainda, que apenas e tão-somente se a exigibilidade ocorresse devido à inércia da Fazenda Pública é que se poderia sofrer os efeitos decadenciais.

Alega, passo seguinte, que houve descumprimento deliberado dos comandos contidos na sentença concessiva da segurança, proferida no MS nº 2009.34.00.022934-0, eivando de nulidade os lançamentos autuados, que foram lastreados por norma legal (Lei nº 9.718/98) cuja aplicabilidade foi afastada expressamente por decisão judicial que se encontra ainda plenamente vigente.

Isso posto, requer seja acolhida a impugnação interposta, para reconhecer a improcedência das autuações lavradas e desconstituir os lançamentos fiscais constituídos, declarando insubsistentes os créditos apurados.

A Delegacia de Julgamento em Brasília (DF) considerou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 03-047378, de 02 de março de 2012, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/06/2010

CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, mesmo nas hipóteses de crédito tributário discutido judicialmente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2010 a 30/06/2010

CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, mesmo nas hipóteses de crédito tributário discutido judicialmente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Descontente com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo protocolou o recurso voluntário onde alega que a sentença mandamental impede a realização do lançamento e, por conseguinte, impossibilita o Fisco de constituir o crédito tributário, impedindo, portanto, a sua exigibilidade.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho.

O recurso foi apresentado com observância do prazo previsto, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

A questão central da lide posta nos autos diz respeito à possibilidade de lançamento tributário referente à matéria que está sendo discutida no Poder Judiciário.

Entendo que a sentença proferida na ação mandamental não impede o lançamento tributário. Essa é a praxe nas ações judiciais, já que face à indisponibilidade do crédito tributário, os provimentos judiciais que suspendem a sua exigibilidade não têm o condão de impedir o lançamento. Salvo se no dispositivo da sentença houver previsão expressa neste sentido.

Para ilustrar minha opinião, pinço parte de texto do professor Alberto Xavier sobre o assunto, *verbis*:

A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.

Noutro giro, a formalização do crédito tributário pelo lançamento, consoante o disposto no artigo 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuá-lo, ainda que a exigibilidade esteja suspensa. Sobre o assunto, no sentido de elucidar tal posicionamento, pode-se citar trecho do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator Ari Pargendler, em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em sede de Agravo de Instrumento - Processo n.º 91.04.03398-1:

“... Na espécie, portanto, a agravada poderia ter corrigido monetariamente as contas de seu balanço pelo índice que lhe aprouvesse, independentemente de provimento judicial, desde que se sujeitasse a eventual lançamento “ex-officio” por diferenças que o fisco entendesse devidas. Mas ela não quer se ver nessa contingência, e então propôs a presente ação, obtendo liminarmente a sustação do lançamento suplementar. Até aí não

vai o poder cautelar do Juiz . Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal, subordinado ao contraditório, que não importa dano algum para o contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiam em nosso ordenamento jurídico (“solve et repete”, depósito da quantia controvertida, etc.). A imposição nele contida pode ser ilegal, mas a pretexto disso não se deve tolher a constituição do crédito tributário, resultado de um procedimento que a Administração Pública está vinculada por lei ...”

Por conseguinte, ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151 do CTN, o lançamento (ou auto de infração) deve ser sempre levado a cabo. E a razão disto é imediata. Materializada a hipótese jurídico-tributária da regra-matriz de incidência, isto é, dado o fato jurídico-tributário, começa a fluir o prazo decadencial contra o direito subjetivo da Fazenda Pública que acaba de vir a lume. Necessário se faz, portanto, assegurar este direito.

É pacífico o entendimento, tanto administrativo quanto no âmbito do Judiciário, de que, nos casos em que houver liminar em mandado de segurança, ou em procedimento cautelar, ou depósito do montante integral do tributo, deve ser efetuado o lançamento, conforme art. 142, parágrafo único, do CTN, sendo o sujeito passivo regularmente notificado (art. 145 do CTN c/c o art. 7º, I, do Decreto no 70.235/1972), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN). Nesse sentido, inclusive, estão as conclusões do Parecer PGFN/CRJN no 1.064/1993.

Toda essa preocupação surge porque uma eventual decisão final contrária ao sujeito passivo, tida e havida após o decurso do prazo decadencial, suscitaria prejuízos ao erário, porquanto a Fazenda Pública não teria ao seu dispor título algum com o qual pudesse embasar uma execução judicial.

Portanto, diante da obrigatoriedade de lançamento tributário pela autoridade fiscal quando deparado com a ocorrência do fato gerador e a possibilidade de reversão de decisão judicial não amparada pelo manto da coisa julgada, nego provimento ao recurso voluntário e o mantenho constituído com a exigibilidade suspensa.

Sala das Sessões, em 29/11/2012

Gilson Macedo Rosenburg Filho