



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

Processo nº 10480.012903/2001-21
Recurso nº 224.746 Voluntário
Acórdão nº **3401-01.059 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de outubro de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. COFINS. COMPENSAÇÃO. INDÉBITO DO PIS. AÇÃO JUDICIAL.
Recorrente USINA CENTRAL O'LHO D'ÁGUA S/A
Recorrida RECIFE-PE

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/1998 a 28/02/1999, 01/04/1999 a 31/03/2000, 01/07/2000 a 31/08/2000

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF Nº 1, DE 2009.

No termos da Súmula CARF nº 1, de 2009, 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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/1998 a 28/02/1999

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

Medida judicial favorável ao contribuinte não impede o lançamento, que se não efetivado em tempo hábil será atingido pela decadência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/1998 a 28/02/1999, 01/04/1999 a 31/03/2000, 01/07/2000 a 31/08/2000

DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS DECLARADOS EM DCTF. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. CABIMENTO DA MULTA DE OFÍCIO.

Na autuação decorrente de valores declarados a menor em DCTF, sem suspensão da exigibilidade, os montantes do tributo devem ser acompanhados dos consectários legais, incluindo a multa de ofício respectiva.

Recurso não conhecido em parte, em face da identidade com a via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto à matéria submetida ao Judiciário, e na parte conhecida negar provimento.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO - Presidente

(assinado digitalmente)

Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

EDITADO EM

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Gerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte e Antonio Mário de Abreu Pinto (Suplente).

Relatório

O processo trata de auto de infração da Cofins, lançado com multa no percentual de 75%. Conforme a descrição constante da autuação, o lançamento decorre de diferenças não declaradas e não pagas.

Informa a fiscalização que o contribuinte formalizou o processo nº 13406.000111/98-19, onde solicita a compensação de indébito do PIS correspondente ao período compreendido entre 01/90 a 02/96, no valor de 2.213.872 UFIR, com débitos do PIS e COFINS, com amparo na Medida Cautelar Inominada nº 98.0017728-0. Observou que em 03/03/95 a empresa já havia formalizado o processo nº 10480.001877/95-32, em que noticia a impetração do Mandado de Segurança nº 90.994-4 contra os Decretos Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, ao tempo em que solicita a compensação de créditos do PIS compreendidos entre 03/93 a 06/94, no valor de 447.216,34 UFIR.

Por resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

Inconformada com a autuação, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 257 a 273, à qual anexou as fls. 274 a 342, onde é requerido que:

a) a autuação seja julgada improcedente, já que considera que o período fiscalizado está **sub judice**, com sua exigibilidade suspensa, e que o ente arrecadador está adstrito a fiscalizar se o montante utilizado extrapola o apresentado no processo judicial nº 98.0017728-0, conforme decisões anexas;

b) em subsistindo a autuação que considera imprópria, seja refeito o cálculo do crédito em favor do contribuinte, nos termos da decisão judicial, observando seus estritos termos quanto à aplicação das LC's 07170 e 17113, sem as alterações impostas pelas Leis Ordinárias nº 7.691188, 7.799189, 8.019/90, 8.219/90, 8.218/91, 8.383191 e 8.981/95, na forma das decisões do STJ e Conselho de Contribuintes, bem como seguindo a guisa dos limites fixados pela decisão exarada no processo nº 98.0017728-O, lançando-se somente a possível diferença encontrada, sem a inclusão da multa de ofício, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, reabrindo o prazo para impugnação;

c) caso o órgão julgador julgue necessário, seja convertido o julgamento em diligência para constatar **in loco**, o crédito do contribuinte.

Nas suas alegações, a contribuinte informa, em síntese, que:

(...)

- o agente fiscal aduz que o contribuinte formalizou pedido de compensação em processo administrativo nº 13406.000111/98-19 (crédito — PIS 01/90 a 02/96) vinculado pela Medida Cautelar Inominada nº 98.0017728-0. Contudo, em nenhum momento o contribuinte veio requerer autorização do Fisco Federal para proceder compensação, até mesmo porque o pedido estava sendo analisado na esfera judicial, o fato que se deu foi no sentido de que o contribuinte veio a este informar que havia logrado êxito em pedido judicial, e que o Fisco cumprisse sua parte na demanda, operacionalizando a suspensão da exigibilidade dos créditos informados nas DCTFS, na forma da medida judicial concedida, como se retira do documento de fls. 01/02 do processo 13406.000111/98-19;

- aduz, ainda, que a empresa já tinha pleiteado a recuperação dos créditos de PIS compreendidos entre 03/93 e 06/94, através do processo judicial nº 90.994-4, este último com trânsito em julgado, e portanto, traça "a torta linha" de que como a sentença deste processo já tinha transitado em julgado, e ali se afastava unicamente as determinações dos DL nº 2.445/88 e 2.449/88, a Receita Federal estava autorizada 'a aplicar toda a legislação posterior a vigência daqueles decretos. Com isso, sem realizar uma minudente verificação, apurou que a empresa detinha em seu favor o "simplório" crédito de 90.931,31 URR, desprezando as decisões proferidas no processo judicial nº 98.0017728-0;

- fato é que lavrou o presente Auto de Infração desconsiderando a autorização judicial que guarnecia a compensação efetuada pela empresa no âmbito do lançamento por homologação. Resta ao contribuinte rogar a este órgão julgador que reexamine os

fatos inerentes à autuação, julgando improcedente o lançamento, por este conter vícios insanáveis que culminam com o desrespeito à decisão do poder judiciário;

- como preliminar de nulidade: em virtude do que preceitua o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, não poderia o Fisco Federal ter lavrado o ora combatido auto de infração, cobrando a contribuição ao PIS, multa de ofício e juros de mora, já que a matéria objeto da autuação está sub judice, conforme atestou o próprio agente fiscal;

- dívida não há que quando da autuação fiscal gozava de suspensão o crédito tributário que foi objeto de lançamento e cobrança através da autuação, ex vi art. 151, IV, da Lei nº 5.172/66 (CTN), razão pela qual não poderia a autoridade fiscal ter procedido ao lançamento ora contestado, somente podendo assim proceder após uma improvável decisão final desfavorável ao contribuinte;

- mesmo que o presente auto de infração não seja considerado nulo, deveria ter sido lavrado com exigibilidade suspensa, em razão do processo judicial nº 98.0017728-0, somente efetuando-se o lançamento do que pertine a principal e juros. A improcedência do lançamento da multa de ofício é por força do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96;

- está equivocada a forma em que procedida à apuração dos créditos do contribuinte pela Fazenda Nacional, pois não se aplicam as Leis nºs 7.691/88, 7.799/89, 8.012/90, 8.019/90, 8.218/90, 8.383/91, 8.850/94 e 9.069/95, devendo o cálculo do crédito do PIS do contribuinte se dar nos moldes das LC'S 07/70 e 17/73, sem interferência daquelas legislações, inicialmente por assim estar trilhado no processo nº 98.0017728-0, e depois pelo fato de o agente fiscal não ter seguido termos dos julgados do STJ e Conselho de Contribuintes (A base de cálculo do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador).

A 2ª Turma da DRJ julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão de fls. 347/353.

Inicialmente rejeitou a nulidade do auto de infração, por não verificar contemplada hipótese prevista no art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Em seguida tratou da Ação Cautelar nº 98.17728-0, observando que nela ficou decidida a suspensão da "exigibilidade do PIS (MP 1212) e COFINS até o limite do que foi pago indevidamente a título de PIS (DL 2.445 e 2.449/88), sem as restrições impostas pelas Lei 9.250/95", e que nos termos da sentença com cópia às fls. 287/290 a Cautelar não se presta a julgar os valores levantados pela autora e "O direito haverá de ser examinado minuciosamente, em termos de certeza, apenas no processo principal" (fl. 289).

Quanto ao Mandado de Segurança nº 90.994-4, considerou que a sua sentença e acórdãos não afastam a aplicação dos atos posteriores que alteraram o vencimento e indexação para o cálculo do PIS devido, devendo ser seguidas as alterações das leis citadas pela autuante, não consideradas inconstitucionais após a decretação da inconstitucionalidade

dos dois Decretos-Leis. Também assentou que jurisprudência dos julgados do STJ e Conselho de Contribuintes, no sentido de que a base de cálculo da Contribuição para o PIS até fevereiro de 1996 corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, não são vinculantes, rejeitando a aplicação da semestralidade.

Interpretou não ser aplicável o art. 63 da Lei nº 9.430/96 à situação deste processo porque o lançamento não considera os valores referidos na mencionada Ação Cautelar, mas os valores fora do limite da compensação autorizada e, por fim, considerou atendido o art. 62 do Decreto nº 70.235/72 por ter sido observada a ordem judicial.

O Recurso Voluntário, tempestivo, insiste na nulidade ou improcedência do lançamento, repisando argumentos da Impugnação e refutando o acórdão da DRJ.

Referindo-se aos termos do julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pela Fazenda Nacional na sentença da Cautelar nº 98.0017728-0 – no qual o Juízo Federal afirma que “... a pretensão autoral foi julgada procedente, o que inevitavelmente impõe a consideração do limite considerado pela parte demandante”, em vez do limite indicado pela Fazenda Nacional -, a Recorrente argúi estar autorizada judicialmente a utilizar o valor de 2.213.872 UFIR, até o julgamento final da ação principal.

Diligência determinada pela Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes confirmou que a Recorrente figura como litisconsorte na Ação Declaratória nº 98.0022749-0 (dependente da Cautelar nº 98.0017728-0, conforme fls. 384/385) e que o Auditor-Fiscal excluiu dos montantes lançados os valores informados pelo contribuinte nas DCTF como compensados com base na ação judicial (a Informação de fls. 462/463 refere-se às planilhas de fls. 77/79).

É o relatório, elaborado com base no processo digitalizado.

Voto

Conselheiro Relator Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço, exceto na parte submetida ao Judiciário.

No que defende a compensação com o indébito do PIS recolhido de acordo com os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, é matéria submetida ao Judiciário, por meio da Medida Cautelar nº 98.0017728-0, seguida da Ação Declaratória nº 98.0022749-0, com Apelação Cível no TRF da 5ª Região sob o nº 333936-CE (2004.05.00.000292-2). Assim, em relação ao direito a essa compensação e ao cálculo do indébito (questão que envolve a semestralidade, inclusive, como dão conta as fls. 390 e 409, que tratam do recurso especial e embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional, nos quais é alegada contrariedade ao parágrafo único do art. 6º da LC nº 7/70 e alteração da sistemática da semestralidade) descabe a este Colegiado qualquer pronunciamento, haja vista o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e a Súmula CARF nº 1¹, de 2009. Cabe apenas observar que o órgão de origem

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,

deve cumprir fielmente os termos da sentença que transitar em julgado na referida Ação Declaratória.

As matérias dizem respeito à alegação de nulidade do lançamento e não aplicação da multa de ofício.

Rejeito a nulidade requerida, ressaltando que os valores lançados correspondem a diferenças a menor não declaradas em DCTF, nas quais a contribuinte informou as compensações amparadas nas ações judiciais. Conforme o DEMONSTRATIVO DE SITUAÇÃO FISCAL APURADA (fls. 77/80) a fiscalização já levou em conta os valores compensados, deduzindo-os na apuração da base de cálculo adotada no lançamento.

De todo modo, ainda que dos montantes lançados não tivesse havido redução proporcional à compensação, não caberia anular o auto de infração. É que durante a vigência de medida judicial que suspende a exigibilidade de crédito tributário o lançamento pode, sim, ser efetuado, descabendo apenas a imposição da multa de ofício (o que não é o caso porque, como já ressaltado, foram lançadas apenas as diferenças a menor em DCTF).

Face à indisponibilidade do crédito tributário, os provimentos judiciais que suspendem a sua exigibilidade não têm o condão de impedir o seu lançamento. Neste sentido o posicionamento de Alberto Xavier, que informa o seguinte:²

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 exectoriedade do crédito

Quanto à jurisprudência, observem-se os julgados adiante:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – RECURSO ADMINISTRATIVO – LANÇAMENTO – EFETIVAÇÃO DE NOVOS LANÇAMENTOS – POSSIBILIDADE – CTN, ARTS, 151, I E III, E 173 – PRECEDENTES.

- A concessão da segurança requerida suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido.

sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

² Xavier, Alberto. Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo Tributário, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 428.

(STJ, REsp 75.075, RJ)

TRIBUTÁRIO. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO. LANÇAMENTO. CRÉDITO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA CONFIGURADA.

1. A ordem judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não tem o condão de impedir a Fazenda Pública de efetuar seu lançamento.

2. Com a liminar fica a Administração tolhida de praticar qualquer ato contra o devedor visando ao recebimento do seu crédito, mas não de efetuar os procedimentos necessários à regular constituição dele. Precedentes.

3. Recurso não conhecido.

(STJ, REsp 119.156, SP)

AÇÃO ANULATÓRIA. LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151 DO CTN.

A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o prazo prescricional, 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.

(TRF 4ª Região, 1ª Turma, Apelação Cível 2000.70.00.014744-0/PR, 02.04.2003).

Quanto ao art. 62 do Decreto nº 70.235/72³, mencionado pela recorrente para aduzir a impossibilidade do auto de infração, trata apenas da suspensão da exigibilidade. Neste sentido a lição de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez López, no livro *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 434, que com muita propriedade afirmam o seguinte, ao comentarem o referido artigo:

Impende observar, inicialmente, que o artigo se refere à suspensão da cobrança (portanto, à exigibilidade do crédito tributário), cuja efetivação pode ocorrer tanto administrativa como judicialmente, consoante prescreve o artigo 21 deste Decreto. Isto não impede, porém, que seja efetuado o lançamento para a constituição do crédito tributário como dispõe o artigo 142 do CTN. (...) O Fisco tem o dever de agir manifestando sua pretensão ao quantum a que tem direito, sob pena de, não o fazendo tempestivamente, perder o direito de

³ Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança, do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios.

fazê-lo por efeito da decadência. A ação de cobrança do Fisco é que se suspende por força do artigo 62, mas apenas após a prévia formalização do lançamento.

Por fim, a multa de ofício.

Diante da diferença a menor verificadas em DCTF, resta caracterizada a evasão e é plenamente cabível a multa de ofício aplicada no percentual de 75%. O procedimento adotado pela contribuinte, de não recolher nem declarar parte do tributo devido, não encontra guarida na lei. Daí a aplicação da penalidade e, concomitantemente, dos juros de mora, como manda a legislação de regência. Os consectários legais somente serão exonerados na medida em que a decisão judicial que transitar em julgado na Ação Declaratória nº 98.0022749-0 reconhecer à Recorrente crédito superior ao computado pela fiscalização, no cálculo do indébito do PIS alegado.

Pelo exposto, não conheço do recurso no que concerne aos valores da compensação, por haver identidade com a via judicial, e na parte conhecida rejeito a preliminar de nulidade do lançamento e nego provimento.

Relator Emanuel Carlos Dantas de Assis