



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10830.003564/2003-36
Recurso nº 133.627 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.214 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2009
Matéria PIS - FALTA DE RECOLHIMENTO - BASE DE CALCULO CONCOMITÂNCIA
Recorrente METALURGICA MOCOCA S/A
Recorrida DRJ CAMPINAS - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/07/1999 a 30/11/2002

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA Nº 1 DO 2º CC.

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.

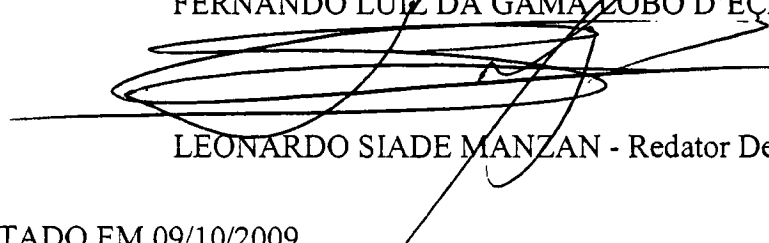
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os Membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Luiz da Gama Lobo D'Eça (Relator), que dava provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designado o Conselheiro Leonardo Siade Manzan para redigir o voto vencedor.


NAYRA BASTOS MANATTA - Presidenta


FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA – Relator


LEONARDO SIADÉ MANZAN - Redator Designado

EDITADO EM 09/10/2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Leonardo Siade Manzan, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 163/168) contra o v. Acórdão DRJ/CPS nº 11.824 de 27/12/05 constante de fls. 145/150, intimado em 23/01/06 (fls. 161) e exarado pela 3ª Turma da DRJ de Campinas - SP que, por maioria de votos, houve por bem “julgar procedente” o lançamento original de PIS no **valor total de R\$ 219.197,68** (PIS R\$ 160.593,19; e Juros de Mora R\$ 58.604,49), consubstanciado no Auto de Infração (fls. 78/92) notificado em 29/05/03 (fls. 79), que acusa a ora Recorrente de “diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/ no período de 31/07/99 a 30/11/02 (fls. 80/82), com exigibilidade suspensa e sem exigência de multa até o trânsito em julgado da sentença proferida no MS nº 1999.61.05.009015-7 que versa sobre a matéria objeto do lançamento, razão pela qual a d. Fiscalização considerou infringidos os art. 77, inc. III, do Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 149 do CTN, art. 3º, alínea “b”, da LC nº 07/70, art. 1º, § único, da LC nº 17/73, Título 5, capítulo 1, seção 1, alínea “b”, itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142/82 e devidos acréscimos legais, art. 161, § 1º do CTN, art. 43 § único e art.61 § 3º da Lei nº 9430/96 (JUROS DE MORA).

Por sua vez a r. **decisão de fls. 145/150** da 3ª Turma da DRJ de Campinas - SP, houve por bem “julgar procedente” o lançamento original de PIS, aos fundamentos sintetizados na sua ementa nos seguintes termos:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 31/07/1999 a 30/11/2002

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, com o mesmo objeto da autuação, importa em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

EXIGIBILIDADE SUSPensa E APLICAÇÃO DE JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE.

A existência de referida ação judicial não impede a lavratura do auto de infração com a cobrança de juros de mora. O valor supostamente depositado deverá ser considerado, na amortização do débito, como um Darf pago, na data do depósito. A formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, consoante o art. 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo.

Lançamento Procedente”

Nas razões de recurso (fls. 132/154) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância que a manteve tendo em vista: a) a suspensão de exigibilidade do crédito por depósito e liminar judicial; b) a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Lei nº 9.718.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece provimento.

Desde logo, verifica-se que a mera existência de ação judicial para discutir a legitimidade da compensação objeto do lançamento, já impede o reexame da mesma matéria de mérito objeto do presente recurso, que sequer poderia ser reapreciada na instância administrativa, seja porque de acordo com a lei processual “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” (art. 471 do CPC), sendo “defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas” (art. 473 do CPC), seja ainda porque, havendo concomitância de discussão esta C. Câmara tem reiteradamente proclamado, que “a discussão concomitante de matérias nas esferas judicial e administrativa enseja a renúncia nesta, pelo princípio da inafastabilidade e unicidade da jurisdição” (cf. Ac. nº 201-77.493, Rec. nº 122.188, da 1ª Câm. do 2º CC em sessão de 17/02/04, Rel. Antonio Mario de Abreu Pinto; cf. tb Ac. Acórdão nº 201-77.519, Rec. nº 122.642, em sessão de 16/03/04 Rel. Gustavo Vieira de Melo Monteiro).

Nesse sentido a jurisprudência dominante do 1º CC cristalizada na Súmula nº 1, recentemente aprovada, que expressamente dispõe: “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.” (cf. DOU-1 de 26/6/06, p. 26 e RDDT vol. 132/239).

Note-se que, nem mesmo a hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, poderia obstar o lançamento tributário, pois como já assentou a jurisprudência uniforme do E. STJ “a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar” (cf. Ac. da 1ª Seção do STJ nos Emb. de Divergência no R. Esp. nº 572.603-PR, Reg. nº 2004/0121793-3, em sessão de 08/06/05, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publ. in DJU de 05/09/05 p. 199 e in RDDT vol. 123 p. 239), eis que “o prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial.” (cf. Ac. da 2ª Turma do STJ no R. Esp. nº 119986-SP, Reg. nº 1997/0011016-8, em sessão de 15/02/01, Rel. Min. ELIANA CALMON, publ. In DJU de 09/04/01 p. 337 e in RSTJ vol. 147 p. 154), sendo certo que a procedência, ou improcedência do débito principal objeto do lançamento, já se encontra adredemente vinculada à sorte da decisão final do processo judicial.

Entretanto, essa C. Câmara tem afastado o óbice da concomitância (cf. ACÓRDÃO nº 201-81397 da 1ª Câm. 2º CC no Proc. nº 10680.002008/00-16, Rec. nº 130.215, em sessão de 04/09/08, REl. Cons. Walber José da Silva em nome de S/A Mineração da Trindade Samitri) para aplicar as decisões definitivas do Plenário do STF, como é o caso da decisão que declarou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, promovida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, aos judiciosos fundamentos expendidos pelo ilustre Cons. Walber José da Silva no sentido de que:

“... em homenagem ao princípio da economia processual, não há razão para continuar a pendenga administrativa cujo objeto (alargamento da base de cálculo da exação pela Lei nº 9.718/98) já foi, de fato, declarado improcedente por decisão definitiva do Poder Judiciário.

Por esta razão, não vejo sentido em manter-se o lançamento com a única finalidade de ser cancelado pela autoridade obrigada a dar cumprimento à decisão judicial.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente o auto de infração.”

Exatamente este o caso dos autos em que os débitos lançados tiveram como base de cálculo valores acrescidos pelo § 1º do 3º da Lei nº 9.718/98, ou seja receitas não peracionais (juros ativos, descontos, juros sobre capital próprio, rendimentos de aplicações financeiras, ganhos monetários, locação de equipamentos, indenização de seguros e outras receitas não operacionais), razão pela qual, em homenagem ao princípio da economia processual, passo a examinar o mérito da autuação.

Realmente, já é do domínio público que, “ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal” (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/06, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 16/06/06, pág. 17 EMENT VOL-02237-03 PP-00481; Ac. da 1ª Turma do STF nos Emb. Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52 EMENT VOL-02238-03 PP-00428; Ac. da 1ª Turma nos Emb. Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, EMENT VOL-02238-03 PP-00538), anteriormente à EC nº 20/98.

Nesse particular, releva notar que o pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou exigência administrativa tinha efeito vinculante e eficácia subordinante, eis que a desobediência à autoridade decisória dos julgados proferidos pelo STF importa na invalidação do ato que a houver praticado (cf. Ac. do STF-Pleno na Reclamação nº 1.770-RN, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 187/468; cf. Ac. do STF-Pleno na Reclamação nº 952, rel. Min. Celso de Mello publ. in RTJ 183/486).

Analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o E. STJ recentemente esclareceu que “a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito” e, “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a

força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF". (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no RESP nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/06, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, publ. in DJU de 15/05/06, pág. 186)

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (art. 150, inc. I da CF/88; arts. 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às base de cálculos do COFINS e PIS PASEP adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.

No caso concreto verifica-se que as acusações fiscais do lançamento fiscal excogitado, se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais (receitas decorrentes de juros ativos, descontos, juros sobre capital próprio, rendimentos de aplicações financeiras, ganhos monetários, locação de equipamentos, indenização de seguros e outras receitas não operacionais) que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, o que, nos termos da Jurisprudência citada "torna ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação".

Isto posto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário**, para julgar improcedente o lançamento da contribuição e juros incidentes sobre as parcelas relativas às receitas decorrentes de receitas decorrentes de juros ativos, descontos, juros sobre capital próprio, rendimentos de aplicações financeiras, ganhos monetários, locação de equipamentos, indenização de seguros e outras receitas não operacionais que, por não representarem entradas de receitas novas oriundas do exercício da atividade empresarial, não integram as bases de cálculo do PIS, tal como pacificamente reconhecido pela Jurisprudência retro mencionada.

E como voto.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Voto Vencedor

Conselheiro LEONARDO SIADE MANZAN, Redator Designado

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que, dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Conforme relato supra, trata-se auto de infração de PIS relativo a diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado no período de 31/07/99 a 30/11/02, lavrado com o objetivo de prevenir a decadência, tendo sua exigibilidade suspensa.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a contribuinte ajuizou Mandado de Segurança nº 1999.61.05.009015-7 no qual discute a mesma matéria objeto deste processo fiscal, qual seja, a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS, promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Dessa forma, por ter sido a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, nesta fase, resta-nos tão somente cumprir o que for determinado no *decisum* judicial, sem apreciar o mérito do litígio, o que será realizado pela unidade responsável em momento oportuno, sendo inteiramente respeitada a decisão judicial transitada em julgado.

Saliente-se que ao adentrar a esfera judicial o contribuinte renunciou à esfera administrativa, consoante Art. 38 da Lei 6.830/80 e consolidado entendimento do Conselho de Contribuintes, adiante exemplificado nas ementas transcritas:

Acórdão 108.06446, de 22/03/01 - Oitava Câmara do Primeiro Conselho.

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA - A concomitância de ação judicial com a mesma causa de pedir, impede a apreciação da impugnação e do recurso na via administrativa.

Acórdão 107.06219, de 22/03/01 - Sétima Câmara do Primeiro Conselho.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - Ação JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento "ex officio", enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.

O mesmo entendimento tem sido manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência pode ser exemplificada pelas ementas abaixo reproduzidas:

TRIBUTÁRIO. Ação DECLARATÓRIA QUE ANTECEDE A AUTUAÇÃO. RENÚNCIA DO PODER DE RECORRER NA VIA ADMINISTRATIVA E DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO. I - O ajuizamento da Ação Declaratória



anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22.09.80. II – Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp 24.040, RJ, 27/09/1995)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido. (STJ, Resp, 7.630, RJ, 24/04/1991). [Destaque acrescido].

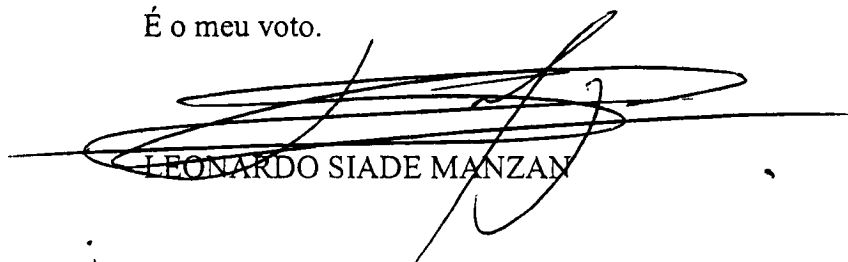
Por fim, por se tornar pacífico o entendimento sobre a matéria, foi editada a Súmula nº 01 do Segundo Conselho de Contribuintes, que determina:

“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.”

Diante do exposto, resta impossibilitada a apreciação de mérito da matéria discutida neste Recurso Voluntário, tendo em vista ter sido apreciada pelo Judiciário.

Por conseguinte, considerando os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso voluntário.

É o meu voto.


LEONARDO SIADÉ MANZAN