



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

Processo nº 10830.006838/2001-87
Recurso nº 237.212 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.874 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. AÇÃO JUDICIAL. LEI 9.718/98. CONCOMITÂNCIA.
Recorrente Avery Dennison do Brasil LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/1999 a 30/06/2001

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: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/1999 a 30/06/2001

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

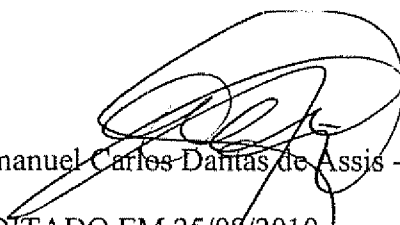
No termos da Súmula CARF nº 1, de 2009, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente



Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

EDITADO EM 25/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho; Emanuel Carlos Dantas de Assis; Jean Cleuter Simões Mendonça; Odassi Guerzoni Filho; Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

O processo trata do Auto de Infração eletrônico relativo ao PIS Faturamento, sem multa de ofício em razão de medida judicial.

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

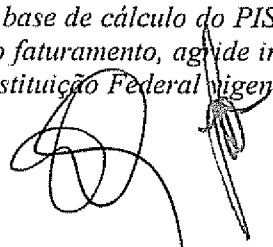
2 Na Descrição dos Fatos (fl. 111), o auditor fiscal informa que a fiscalizada deixou de recolher o PIS incidente sobre outras receitas operacionais, amparada na liminar concedida no Mandado de Segurança nº 1999.61.05.008113-2. Por essa razão, procedeu-se ao lançamento de ofício com a finalidade de prevenir a decadência e garantir os interesses da Fazenda Nacional. O autuante informa, ainda, que o tributo lançado deverá permanecer com a exigibilidade suspensa, atendendo à decisão judicial citada.

3 Inconformada com o procedimento fiscal, a interessada interpôs impugnação, em 27/11/2001, às fls. 174/198, na qual, em síntese e fundamentalmente, alega que:

3.1. possui sentença autorizando a realização do recolhimento do PIS nos termos da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e determinando também que a autoridade coatora se abstenha de promover quaisquer atos punitivos pelo procedimento deferido. Assim, não há que se falar em falta de recolhimento do PIS sobre outras receitas operacionais, o que justifica por si só o procedimento da Impugnante. Não há que se falar também em auto de infração para prevenir a decadência, tendo em vista que o lançamento somente deverá ocorrer no caso de irregularidades e distorções concretas, o que não ocorre no caso sub judice, pois existe uma sentença amparando o direito da impugnante em realizar a referida compensação;

3.2. o PIS nasceu veiculado por lei complementar. Um tributo instituído por lei complementar apenas pode ser alterado pelo mesmo instrumento e jamais por lei ordinária, preservando-se a harmonia e a própria rigidez da Constituição Federal, bem como impedindo a invasão de competência constitucional, como ocorreu com a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998,

3.3. a edição da Lei nº 9.718, de 1998, nos artigos que estabeleceram a ampliação da base de cálculo do PIS, por força da nova conceituação do termo faturamento, agide inicialmente o conteúdo do art. 195 da Constituição Federal vigente à época.



Da mesma forma, não tem capacidade legislativa para revogar toda a conceituação de faturamento adotada pelo ordenamento jurídico, em especial a legislação comercial. São conceitos dos quais se utiliza a legislação tributária sem contudo poder modificá-los;

3.4. a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, não tem o condão de sanar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Além disso, essa própria emenda constitucional reveste-se do caráter da inconstitucionalidade, em razão da não observância do disposto no § 2º do art. 60 da Constituição Federal.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte repisa alega basicamente o seguinte:

- caso seja mantido o entendimento de que há concomitância com a via judicial, deve haver sobrestamento do feito, até o STF finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 233.582 (nesta já finalizado, no sentido da constitucionalidade o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80);

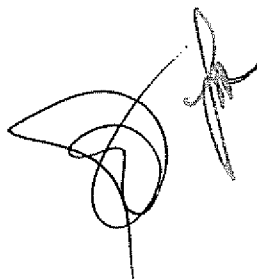
- é nulo o lançamento por se encontrar o contribuinte amparado em decisão judicial, com base na qual vem procedendo ao recolhimento do PIS nos termos da LC nº 7/70 de modo que não há de se falar em diferença de recolhimento entre o valor escriturado e o pago/declarado;

- inexistente renúncia à esfera administrativa porque a ação judicial é anterior à fiscalização (em prol dessa interpretação menciona jurisprudência administrativa, incluindo o Recurso nº 99.367, da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, relator o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer);

- não pleiteou na impugnação fosse declarada ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato legal, como afirmado pelo acórdão combatido, mas sim fosse apreciada a ilegalidade de lavratura do Auto de Infração, à medida que se está exigindo o PIS com base em lei julgada inconstitucional pelo STF.

Ao final requer a nulidade do lançamento ou, do contrário, que seja afastada a renúncia à esfera administrativa com o retorno dos autos à DRJ para análise do mérito. Se, finalmente, for mantida a concomitância, que seja sobrestado o feito até o julgamento do RE nº 232.582 pelo STF.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72.

Como já informado, o STF finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 233.582, concluindo pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Daí restar prejudicado o pedido de sobrestamento contido na peça recursal.

Ao findar, em 16/08/2007, os julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 233.582, 234.277, 234.798, 267.140 e 389.893, a respeitável posição do Min. Marco Aurélio, pela inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, restou vencida no STF (ele foi acompanhado pelo Min. Carlos Britto, apenas). Nesses julgamentos, votaram pela constitucionalidade da norma em questão os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, este último designado para redigir o Acórdão.

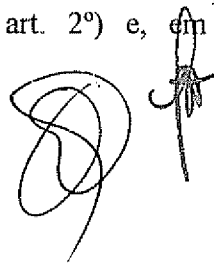
Quanto ao argumento de que inexistiria renúncia à instância administrativa quando o processo judicial é anterior à ação fiscal, não pode prevalecer porque a concomitância disto independente. Neste sentido, inclusive, a Súmula CARF nº 1, de 2009, cujo enunciado é o seguinte (negrito acrescentado):

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.

A despeito de parte da doutrina entender que ação judicial anterior ao lançamento não importa em renúncia à esfera administrativa, o *caput* do art. 38 da Lei nº 6.830/80 refere-se expressamente à possibilidade de mandado de segurança, como uma das ações judiciais adequadas para discussão do crédito tributário. Tal discussão pode ser travada não somente após inscrição em Dívida Ativa (como uma leitura literal e açodada do texto de lei em comento poderia levar a crer), mas de antemão, sendo mesmo comum o mandado de segurança preventivo em matéria tributária, impetrado com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário caso sobrevenha o lançamento.

O parágrafo único do citado art. 38, por sua vez, é claro ao estipular que "A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto." A ação (no singular) referida nesse parágrafo único é, na verdade, qualquer uma das ações judiciais passíveis de serem manobradas contra o crédito tributário.

Ressalto que o mandamento do art. 38 da Lei nº 6.830/80 vem de encontro à prevalência do processo judicial sobre o administrativo e ao princípio da eficiência que norteia este último no geral (Lei nº 9.784/99, art. 2º) e, em particular, também o processo administrativo fiscal.



Destarte, tendo em vista o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e a Súmula CARF nº 1, de 2009, descabe a este tribunal administrativo qualquer pronunciamento sobre o mérito do PIS, exigido sobre outras receitas operacionais com base no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, tal como decidiu a DRJ, cujo acórdão não merece reforma. Cabe, aqui, apenas observar que o órgão de origem deve cumprir fielmente os termos da sentença que transitar em julgado no Mandado de Segurança nº 1999.61.05.008113-2.

Quanto à alegação de que não teria a Recorrente pleiteado, na Impugnação, fosse declarada ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato legal, mas sim fosse apreciada a ilegalidade de lavratura do Auto de Infração por estar exigindo o PIS com base em lei julgada inconstitucional pelo STF, convém atentar para os seguintes trechos do acórdão da DRJ:

9. Quanto ao mérito, todos os argumentos da impugnante se reportam à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998. Essa questão é justamente o objeto do mandado de segurança impetrado pela contribuinte (fls. 57/78). Dessa forma, em face da supremacia hierárquica da esfera judicial, torna-se prejudicado o apelo impugnatório

(...)

11. Ademais, ainda que assim não fosse, não caberia a apreciação dessa alegação, uma vez que a jurisprudência administrativa tem o entendimento de que o Controle da Constitucionalidade das Leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal – art. 102, I, “a”, III da CF/88 –, sendo defeso aos órgãos administrativos, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o lançamento, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Com clareza, o acórdão recorrido está se referido aos argumentos no sentido de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, postos na Impugnação (ver fls. 177/199) embora não repetidos na peça recursal.

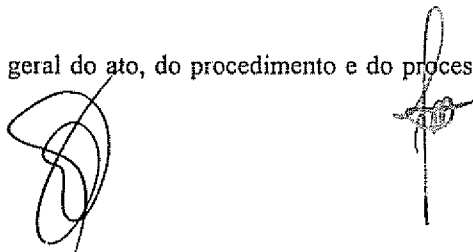
Doravante trato da arguição de nulidade do lançamento, que rejeito por não haver qualquer vedação à constituição do crédito tributário.

Como é cediço, a suspensão não se constitui em óbice ao lançamento. Face à indisponibilidade do crédito tributário, os provimentos judiciais que autorizam a suspensão de exigibilidade não têm o condão de impedir o seu lançamento. Assim acontece porque o lançamento é direito potestativo do sujeito ativo. Este tem o poder-dever de constituir o crédito tributário, que se não lançado em tempo hábil é atingido pela decadência.

A corroborar a interpretação aqui adotada o posicionamento de Alberto Xavier, que informa o seguinte:¹

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

¹ Xavier, Alberto. Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo Tributário, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 428.



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

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.

(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)

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, nego provimento.


Emanuel Carlos Dantas de Assis