



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

Processo nº 10830.720228/2017-57
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3301-004.897 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2018
Matéria PIS/COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO
Recorrentes UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2012 a 30/04/2012

AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA PELO CONTRIBUINTE

A existência de ação judicial proposta pelo contribuinte proposta para discutir a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação, não sendo possível ao E. CARF conhecer da matéria. Súmula CARF nº 1. Recurso Voluntário não conhecido em razão da concomitância.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2012 a 30/04/2012

AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA PELO CONTRIBUINTE

A existência de ação judicial proposta pelo contribuinte proposta para discutir a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação, não sendo possível ao E. CARF conhecer da matéria. Súmula CARF nº 1. Recurso Voluntário não conhecido em razão da concomitância.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2012 a 30/04/2012

MEDIDA JUDICIAL. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA

A medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não tem o condão de impedir a sua constituição, mas tão somente obsta a prática de atos executórios de cobrança do crédito tributário. O lançamento de tributos cuja exigibilidade esteja suspensa destina-se a prevenir a decadência, constituindo-se em dever de ofício da fiscalização, nos termos do art. 63 da

Lei nº 9.430/1996. SÚMULA CARF Nº 17. Negado provimento ao recurso de ofício

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e não conhecer do recurso voluntário, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente.

SALVADOR CÂNDIDO BRANDÃO JUNIOR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (presidente da turma), Valcir Gassen (vice-presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Semíramis de Oliveira Duro, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior

Relatório

A autoridade administrativa lavrou auto de infração para cobrança de COFINS (fls. 09 a 15) e PIS (fls.02 a 08) não cumulativos, dos meses de janeiro a abril de 2012, referentes à não inclusão dos valores do ICMS na base de cálculo das contribuições da Cofins e do PIS. A contribuinte impetrou Mandado de Segurança, Processo 2006.61.00.022393-4, cuja sentença CONCEDENDO a segurança foi proferida em 27/03/2007. No entanto, ainda no trâmite do processo judicial, mas já com a segurança concedida, a contribuinte não declarou nas DCTF dos meses de 01/2012 até 04/2012 os valores suspensos por medida judicial, tal como realizado em relação aos outros meses do ano de 2012.

No relatório fiscal, o agente fiscal trouxe suas razões, cálculos e demonstrativos de planilhas, donde se extrai a seguinte argumentação, fundamento para a autuação (fls. 26-27):

*4.16 Assim, em síntese, temos que: de 01/2012 a 04/2012, a Unilever deixou de recolher e deixou de declarar as importâncias do PIS e da COFINS suspensas em decorrência de liminar em mandado de segurança, que visava excluir da base de cálculo das referidas contribuições a parcela relativa ao ICMS. Importante ressaltar que, embora na época de ocorrência dos fatos geradores a Unilever estivesse amparada por decisão favorável para exclusão da parcela do ICMS da base de cálculo, no momento do presente lançamento, é devida a inclusão deste na base de cálculo tanto do PIS como da COFINS, em observância à **Decisão disponibilizada no Diário Eletrônico em***

18/04/2016, proferida pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Marcelo Saraiva. Embora as autoras tenham formulado pedido de tutela provisória de urgência, incidental à apelação civil em mandado de segurança, decidiu a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Desembargador Federal Marcelo Saraiva (Relator) em Acórdão disponibilizado no Diário Eletrônico em 20/12/2016.

Com a segurança revogada por acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª região, por considerar devida a inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições, o Auto de Infração foi lavrado. A impugnação (fls. 334-348) foi apresentada contendo, em resumo, os seguintes argumentos

- a presente pretensão fiscal de PIS e COFINS é indevida, uma vez que a Requerente continua amparada por provimento jurisdicional que suspende a exigibilidade destes tributos com relação à inclusão do ICMS, tendo em vista a obtenção de nova tutela jurisdicional nos autos do próprio Mandado de Segurança nº 2006.61.00.022393-4, antes da lavratura da autuação, mantendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

- a matéria de mérito já é objeto do Mandado de Segurança nº 2006.61.00.022393-4, em que a Recorrente defende que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é inconstitucional/ilegal e, portanto, indevida.

- como a exigibilidade estava suspensa na época dos fatos, nos termos do artigo 151, incisos IV e V do CTN, só é cabível auto de infração para prevenir os efeitos da decadência, assim, deve-se cancelar a aplicação da multa de ofício de 75% exigida, devendo ser aplicado ao presente caso o disposto no artigo 63 da Lei 9.430/96 e na Súmula Vinculante CARF nº 17.

- no mérito, pede a suspensão do julgamento do presente processo administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 2006.61.00.022393-4, em razão da concomitância; e da decisão definitiva no Recurso Extraordinário nº 574.706, onde foi reconhecida a repercussão geral da discussão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

- discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições e pede também o afastamento dos juros de mora, pois, se há decisão judicial afastando a exigência, não é possível afirmar que a Recorrente esteja em mora.

A 4ª Turma da DRF/RPO proferiu a r. decisão 14-66.107 (fls. 469-492), julgando procedente em parte a impugnação apresentada pelo Recorrente/Contribuinte para afastar a multa de ofício nos termos do art. 63 da Lei 9.430/1996 e da SÚMULA CARF nº 17, conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2012 a 30/04/2012

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS E APLICAÇÃO.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação, devendo ser aplicada ao lançamento a decisão judicial quando transitada em julgado, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF nº 01).

MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE

A medida judicial, embora suspenda a exigibilidade do crédito tributário, apenas impede que a Fazenda Pública pratique atos executórios tendentes a cobrar o seu crédito, mas não tem o condão de impedir a sua constituição.

O lançamento de tributos cuja exigibilidade esteja suspensa destina-se a prevenir a decadência, constituindo-se em dever de ofício da fiscalização.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2012 a 30/04/2012

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS E APLICAÇÃO.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação, devendo ser aplicada ao lançamento a decisão judicial quando transitada em julgado, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF nº 01).

MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE

A medida judicial, embora suspenda a exigibilidade do crédito tributário, apenas impede que a Fazenda Pública pratique atos executórios tendentes a cobrar o seu crédito, mas não tem o condão de impedir a sua constituição.

O lançamento de tributos cuja exigibilidade esteja suspensa destina-se a prevenir a decadência, constituindo-se em dever de ofício da fiscalização.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2012 a 30/04/2012

SÚMULA CARF Nº 5. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. JUROS. MORA. POSSIBILIDADE.

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

SÚMULA CARF Nº 17. MULTA DE OFÍCIO. PREVENIR DECADÊNCIA. NÃO CABIMENTO.

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as argüições de nulidade quando não se vislumbra nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Argüições de inconstitucionalidade excedem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, bem como seus efeitos, hipótese em que compete à autoridade julgadora apenas afastar a sua aplicação.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Diante desta decisão, foi interposto Recurso de Ofício na parte em que foi afastada a aplicação da multa de ofício, bem como o Recurso Voluntário pelo contribuinte (fls. 505-515), repisando os argumentos trazidos na impugnação, no que se refere à parte em que lhe foi negada a procedência.

Voto

Conselheiro Relator Salvador Cândido Brandão Junior

Convém, neste ponto, traçar uma linha do tempo do processo judicial em andamento, conforme se extrai da certidão de objeto e pé de fls. 277:

Mandado de Segurança com pedido de liminar interposto em 11/10/2006, objetivando a suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS incidentes sobre o valor de ICMS que integraria seu faturamento. Requereram ainda autorização para apuração do crédito dos últimos cinco anos de recolhimento de PIS e de COFINS sobre ICMS e sua posterior compensação com tributos federais vincendos.

- 09/11/2006: liminar indeferida - agravo de instrumento interposto.

- 27/03/2007: sentença de mérito concedendo a segurança.

- 25/10/2007: A União interpôs recurso de apelação, que foi recebido no efeito devolutivo, remetidos ao Tribunal e distribuídos em 25/10/2007.

- 18/04/2016: decisão monocrática proferida pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Marcelo Saraiva, dando provimento à apelação e à remessa oficial,

para reformar a sentença e rejeitar o pedido inicial entendeu devida a inclusão do ICMS na base de cálculo tanto do PIS como da COFINS.

- Petição Civil de nº 0008214-96.2016.4.03.0000/SP (TRF 3ª Região), pleiteando tutela provisória de urgência, incidental à apelação civil em mandado de segurança nº 0022393- 20.2006.4.03.6100. O efeito suspensivo foi obtido. Também foi interposto agravo interno.

- 20/12/2016, decidiu a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Desembargador Federal Marcelo Saraiva (Relator).

- Atualmente encontra-se em grau de Recurso Especial no STJ e Recurso Extraordinário no STF, pendente de julgamento.

Recurso de Ofício

Da decisão recorrida, é possível perceber que a ênfase da autuação reside na falta de informação em DCTF dos meses com suspensão em razão da segurança concedida no processo judicial, como é possível perceber do seguinte trecho (fls. 488):

mesmo havendo suspensão da exigibilidade do crédito tributário o contribuinte de forma alguma ficaria dispensado das obrigações acessórias (DCTF) relacionadas a seu dever de bem informar os valores da obrigação tributária principal cujos valores estavam suspensos, evitando-se assim a lavratura de Autos de Infração.

Esta falta de informação na DCTF, no entanto, não gera omissão de receita, nem mesmo falta de recolhimento de tributo, em razão da existência de uma decisão judicial conferindo segurança para o contribuinte não incluir na base de cálculo das contribuições os valores correspondentes ao ICMS. Diante disso, a falta desta informação representa uma infração de preenchimento de obrigação acessórias. Também é importante destacar que o valor informado em DCTF corresponde aos valores devidos à título das contribuições sociais já com a exclusão do ICMS de suas respectivas bases de cálculo, conforme relatado pela própria autoridade autuante.

É de se destacar que, em razão do entendimento proferido no Recurso Extraordinário nº 574.706, considera-se remota possibilidade de manutenção da decisão proferida em sede de Apelação que reverteu a segurança concedida ao contribuinte em seu mandado de segurança, no sentido de que o ICMS deve integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, caso a contribuinte se veja derrotada em seu processo individual, haveria um montante de tributo não declarado e não recolhido, servindo este auto para prevenir os efeitos da decadência nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, gerando, por consequência, a impossibilidade de aplicação da multa de ofício, conforme entendimento sumulado por este E. CARF:

Súmula CARF nº 17: Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Este entendimento foi manifestado pelo próprio v. acórdão de primeira instância, ao afirmar a pertinência da lavratura dos Autos de Infração ora em discussão, pois,

sem eles, não seria possível a exigência dos tributos não recolhidos no período autuado, caso, por hipótese, o contribuinte seja derrotado no poder Judiciário. Por outro lado, uma vez obtido um provimento favorável, os *valores constantes destes autos, se tornam inexigíveis, sendo, portanto, extintos e não gerando prejuízo algum ao contribuinte.*

Neste diapasão, conheço do recurso de ofício, mas nego provimento, mantendo a decisão de primeira instância neste ponto para fins de afastar a aplicação da multa de ofício.

Recurso Voluntário

Neste ponto, não resta dúvidas, por tudo que consta dos autos, que a discussão acerca da constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS encontra-se em andamento diante do Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.61.00.022393-4.

Desta feita, o resultado obtido naquela via terá influência direta no resultado do presente processo administrativo e deve-se reconhecer a concomitância. A existência de ação judicial importa, portanto, em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação, não sendo possível ao E. CARF conhecer da matéria.

Súmula CARF nº 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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Isto posto, voto por não conhecer do presente recurso voluntário.

Por todo o exposto, conheço do recurso de ofício e nego provimento, mantendo a decisão de primeira instância neste ponto para fins de afastar a aplicação da multa de ofício e quanto ao Recurso Voluntário, nego conhecimento.

Relator Salvador Cândido Brandão Junior