



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10835.721680/2014-43
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-006.842 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de agosto de 2019
Recorrente PRUDENCO COMPANHIA PRUDENTINA DE DESENVOLVIMENTO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA MANTIDA POR SENTENÇA JUDICIAL, POSSIBILIDADE.

É legítima a lavratura de auto de infração para prevenir decadência, uma vez constatado que no momento de sua lavratura o contribuinte estava respaldado por tutela antecipada confirmada por sentença judicial em seu favor, a teor dos artigos 142 do CTN e 63 da Lei nº 9.430/96

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thais De Laurentiis Galkowicz – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo, Muller Nonato Cavalcanti Silva (suplente convocado), Thais De Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (“DRJ”) de Ribeirão Preto no Acórdão 14-57.058, que julgou improcedente a impugnação apresentada pela Contribuinte.

Por bem consolidar os fatos ocorridos até a decisão da DRJ, com riqueza de detalhes, colaciono o relatório do Acórdão recorrido *in verbis*:

Contra a empresa qualificada em epígrafe foram lavrados autos de infração de fls. 2915/2950, em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins e Contribuição

para o PIS/Pasep dos períodos de janeiro de 2010 a dezembro de 2012, exigindo-se-lhe o crédito tributário no valor total de R\$ 12.566.205,23.

No corpo do auto de infração e no Relatório de Fiscalização, de fls. 2895/2913, o autuante esclareceu que o lançamento estava sendo feito para prevenir a decadência, em razão da existência de decisão judicial não transitada em julgado, reconhecendo a isenção da contribuinte em relação às contribuições exigidas.

O enquadramento legal encontra-se às fls. 2918/9, 2932, 2935/6 e 2947.

Cientificada, a interessada apresentou a impugnação de fls. 2958/2989, ressaltando que:

Esta impugnação administrativa não visa a rediscussão de matéria já apreciada pelo Poder Judiciário Federal em Presidente Prudente em relação a isenção do PIS e da COFINS (Proc. 0001741-67.2011.4.03.6112 – 1ª Vara Federal em Presidente Prudente), até mesmo porque tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico em função do instituto da concomitância processual conforme artigo 38, § único da lei 6.830/1.980.¹

O objeto desta impugnação administrativa é a de demonstrar a inexistência do instituto da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, utilizado como fundamento de validade para a construção do lançamento tributário, uma vez que no momento da constituição do respectivo lançamento, o crédito tributário estava declarado como excluído em função de decisão judicial neste sentido.

Desta forma não existe norma no sistema do direito positivo que autorize o Administração Tributária para prevenir a decadência, constituir crédito tributário excluído.

Passou a discorrer sobre a “ausência de norma para constituição do crédito tributário para prevenir a decadência”, alegando que a norma utilizada pelo autuante, art. 63 da Lei nº 9.430/1996, prevê sua aplicação apenas aos casos de créditos com a exigibilidade suspensa nos termos do art. 151, IV e V do CTN.

Aduziu que, quando da constituição, o crédito não estava com exigibilidade suspensa, mas sim “excluído” em função de sentença que declarou a inexistência de relação jurídica pela incidência de norma de isenção / exclusão do crédito tributário, nos moldes do art. 175, I do CTN. Portanto, não estando presentes as hipóteses de suspensão mencionadas acima, não havia espaço para interpretação do referido art. 63 de forma extensiva, por contrariar o art. 111 do CTN, ou por analogia, vedada pelo art. 108, I e § 1º. Argumentou que o art. 149, I do CTN dispõe que o lançamento tributário é efetuado e revisto “quando a lei assim o determine”, e o art. 63 já referido não determina que haja lançamento “quando o crédito tributário está excluído”. Também, nos moldes dos arts. 114 e 142 do CTN, não teria ocorrido “o fato gerador da norma que prevê a constituição do crédito tributário para prevenção da decadências em decorrência de medida liminar deferida”, pois a decisão judicial declarou “a incidência normativa da exclusão do crédito tributário, outro instituto jurídico, cujos conceitos são diversos.”

Acrescentou ter havido “infringência ao princípio da legalidade”, trazendo doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

Discorreu longamente sobre a “incidência da norma que prevê a exclusão do crédito tributário”, valendo-se de conceitos da obra “Direito Tributário Linguagem e Método”, do Prof. Paulo de Barros Carvalho, citando diversos outros doutrinadores, para concluir pela “nulidade da norma individual e concreta em face do erro de direito praticado pelo agente competente quando do processo de subsunção do fato a norma”.

Por fim, reafirmou a “inexistência de prova de fatos ensejadores da incidência normativa do artigo 63 da Lei nº 9.430/96”, requerendo:

Ante o exposto requer, em função de erro de direito na interpretação da aplicação da norma que documenta a incidência e ante a ausência de normas e provas aptas a constituírem o crédito tributário, seja conhecida e provida a presente impugnação administrativa para o fim de anular o crédito tributário pelas alegações e fundamentações mencionadas pela Recorrente.

Sobreveio então o citado Acórdão da DRJ/RPO, negando provimento à impugnação da Contribuinte, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL.

O lançamento para prevenir a decadência é decorrente da obrigação legal de constituição do crédito tributário pela autoridade administrativa, sendo inafastável por decisão judicial não transitada em julgado.

A Contribuinte foi cientificada da decisão em 13/03/2015 (fls 3024) e, inconformada com a decisão, apresentou recurso voluntário a este Conselho em 26/03/2015 (fls 3026 a 3058), repisando os argumentos expostos em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz, Relatora.

Como se verifica do relato acima, o recurso voluntário é tempestivo, bem como preenche os demais requisitos de admissibilidade, de modo que dele tomo conhecimento.

Primeiramente vamos aos fatos.

Em 11/07/2011 foi deferida tutela antecipada em favor da pretensão da Contribuinte levada ao Poder Judiciário (fl. 2351), no seguinte sentido:

Pelo exposto, **defiro parcialmente a liminar** para suspender a exigibilidade dos créditos tributários que tenham a autora como sujeito passivo e que se refiram a contribuições para o PIS cujo fato gerador tenha ocorrido a partir de 27/08/2001 e à COFINS cujo fato gerador tenha ocorrido a partir de 1.º de fevereiro de 1999, exclusivamente no que tenha incidido sobre base econômica consistente em recursos recebidos a título de repasse do Município de Presidente Prudente.

A sentença de fls. 2353 a 2384, proferida em 15/08/2013, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial pela Contribuinte, para reconhecer a prescrição da pretensão de compensação dos valores pagos a títulos de PIS e COFINS pela autora no período anterior a 21/03/2006 e declarou, em razão da isenção reconhecida, a inexistência de relação jurídica tributária entre a autora e a União, no que tange às contribuições ao PIS em relação aos fatos geradores a partir de 30 de junho de 1999 e à COFINS quanto aos fatos geradores a partir de 1º de fevereiro de 1999, especificamente no que tange às receitas dos recursos recebido a título de repasse, oriundos do orçamento geral do município de Presidente Prudente, registrando que a fixação do valor recebido pela autora a título de repasse deve ser buscada a partir dos documentos do referido Município que comprovem a destinação de recursos em benefício da postulante, não podendo a União desconsiderar eventual quantia a pretexto de tratar de contraprestação em razão de serviços prestados ou bens fornecidos pela demandante.

A apelação da Fazenda Nacional contra a sentença favorável à Contribuinte foi recebida apenas no efeito devolutivo (fls. 2513 a 2517) e, em 27/02/2014, os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Diante desse cenário, a Autoridade Fiscal lavrou em 18/09/2014 o presente auto de infração, sobre a mesma matéria levada à julgamento pelo Poder Judiciário no Processo n. 0001741-67.2011.403.6112. Assim, considerando que a sentença determinou que repasses recebidos, mesmo a título de contraprestação de serviços prestados ou bens fornecidos, são isentos, o lançamento de ofício foi feito para prevenir decadência e, por conseguinte, lavrado sem a imposição de multa de ofício (fls 2913).

Assim é que, pelo o que foi apresentado pela Contribuinte em suas defesas administrativas, o objeto da presente controvérsia cinge-se à possibilidade do Fisco lançar, para prevenir a decadência, contribuições em relação às quais tenha sido reconhecida a inexistência de relação jurídica entre a autora e a União. Isto porque, na época da lavratura do auto de infração, havia decisão judicial em favor da ora Recorrente, porém ainda não transitada em julgado.

Em síntese, a Recorrente brada pela impossibilidade de lavratura do auto de infração, com fulcro no artigo 63 da Lei n. 9.430/96, porque este somente se aplicaria aos casos em que a exigibilidade do crédito estivesse suspensa (artigo 151, IV e V do CTN) e não ao seu caso, em que já possuía decisão judicial em seu favor (crédito tributário excluído).

Não lhe assiste razão.

Ao contrário do que sustenta a Recorrente, quando do lançamento *o crédito tributário estava sim suspenso*, haja vista que a sentença proferida no bojo da Ação n. 0001741-67.2011.403.6112 *confirmou* a antecipação de tutela anteriormente deferida, ou seja, *manteve* a suspensão da exigibilidade do crédito já alcançada em decisão precária, nos moldes do artigo 151, inciso V do CTN.

Dessarte, aplica-se integralmente o quanto disposto no artigo 63 da Lei 9.430/96, abaixo transcrito:

Art.63.Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição

Tal dispositivo veio a consolidar o entendimento que já vinha corretamente prosperando no tribunais brasileiros no sentido de que o Contribuinte tem todo o direito de procurar o Poder Judiciário para se resguardar. Paralelamente, a Fazenda Pública possui o poder/dever de proceder o lançamento tributário quando entender ocorrido o fato gerador de determinado tributo com a ausência de seu respectivo pagamento, com fulcro no artigo 142 do CTN.

Esse direito da Autoridade Pública somente pode ser obstado em razão de sua própria inércia, acarretando consequentemente nas hipóteses de decadência do direito de constituir o crédito tributário. Contudo, o fato de o Contribuinte ter levado a discussão acerca da relação jurídica tributária não pode impedir a Fiscalização de exercer seu poder/dever de proceder o lançamento tributário, justamente no intuito de prevenir os efeitos da decadência.

Nesse caso, corretamente, a Lei 9.430/96 estabeleceu que o Contribuinte não será penalizado com multa, já que não pagara o tributo com justificativa para tanto: uma decisão judicial em seu favor, ou seja, atuou conforme a legalidade não havendo razão para que lhe seja aplicada sanção. O mesmo dispositivo ainda explicitamente resguarda o crédito tributário, na eventualidade de, ao fim do litígio judicial, o contribuinte sair sucumbente, vale dizer, restar definitivamente decidido que o tributo deve ser levado aos Cofres Públicos.

Ademais, e eis aqui o ponto principal para o deslinde do caso concreto, o artigo 63 da Lei n. 9.430/96 apresenta o *termo inicial* do direito do Contribuinte de não ser penalizado pelo não recolhimento de tributos, em razão da judicialização de sua cobrança, mas não o termo final. Assim, o lançamento para prevenir decadência sem a imposição de multa terá lugar sempre que exista, *no mínimo*, uma decisão proferida em sede de liminar ou tutela antecipada suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, conforme o artigo 151, incisos IV e V do CTN. Sendo a decisão mantida pelo poder Judiciário em *decisões posteriores*, cujos *efeitos continuam a garantir a suspensão da exigibilidade do crédito tributário* (ao invés de cassá-lo), permanece o direito do Contribuinte de não ser penalizado ao lado do direito da Fiscalização em lavrar o lançamento tributário para prevenir a decadência do principal.

Esse raciocínio não se pauta em analogia ou interpretação extensiva, como alega a Recorrente, mas em simples aplicação dos institutos processuais e materiais que envolvem a questão. Outrossim, trata-se do único entendimento que resguarda o direito dos contribuintes.

Por tais razões é que, na realidade, a tese da Recorrente vai na contramão de seus interesses, já que sustenta que a sentença prolatada na Ação n. 0001741-67.2011.403.6112, apesar de ter mantido o entendimento pela desnecessidade do pagamento da Contribuição ao PIS e da COFINS, teria cessado a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Ora, caso fosse assim, não só poderia ser feito o auto de infração, com base no artigo 142 do CTN, além de toda a disciplina do Decreto-Lei n. 70.235/72, bem como poderia ser exigida da Recorrente a multa de ofício pelo não pagamento do tributo em questão.

Aliás, dessa forma julgamos no Acórdão 3402-003.108, de relatoria do Conselheiro Antonio Carlos Atulim, de 22/06/2016, cuja ementa, no que interessa ao deslinde desta *quaestio*, transcrevo abaixo:

NULIDADE.

É legítima a lavratura de auto de infração na pendência de medida judicial, a teor do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Finalmente, não custa ressaltar que prejuízo nenhum sofre o contribuinte com o entendimento aqui esposado. Afinal, uma vez transitada em julgado a decisão judicial em seu favor, ela será de observância obrigatória pela Autoridade Fiscal no momento da inscrição em dívida ativa e execução do crédito tributário.

Nesse sentido, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Thais De Laurentiis Galkowicz

