



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

Processo n° 10882.002048/2004-60
Recurso n° 238.910 Voluntário
Acórdão n° **3302-00.528 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 23 de agosto de 2010
Matéria PIS - Auto de Infração
Recorrente ABB LUMMUS GLOBAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2002 a 30/06/2004

PIS. CORREÇÃO DE INSTÂNCIA. DESCABIMENTO.

Por não caracterizar hipótese alguma de nulidade processual, é inaplicável a anulação do acórdão de primeira instância que, por incorretamente considerar aplicar-se ao PIS não cumulativo (Lei n. 10.637, de 2002) ação judicial apresentada contra o PIS cumulativo (Lei n. 9.718, de 1998), declara a concomitância entre processos judicial e administrativo e deixa de apreciar as questões de mérito próprios do lançamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2002 a 30/06/2004

PIS. AÇÃO JUDICIAL. EXIGIBILIDADE SUSPensa. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

O lançamento para prevenir a decadência do direito do Fisco é obrigatório, no caso de haver medida judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS, MATÉRIA CONSTITUCIONAL E JUROS DE MORA. MATÉRIAS SUMULADAS.

Indefere-se sumariamente o recurso em relação às matérias sumuladas pelo Carf (Súmulas n. 1, 2, 4 e 5 do Carf).

RECUPERAÇÃO DE CUSTOS E RECEITAS FINANCEIRAS. MATÉRIAS NÃO ALEGADAS NA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO.

Preclui o direito de discutir no processo administrativo as matérias não abordadas expressamente na impugnação.

JUROS DE MORA. DEPÓSITO JUDICIAL. INCIDÊNCIA E PROVA.

As alegações apresentadas no recurso devem ser acompanhadas da devida prova, sob pena de serem consideradas improcedentes.

Recurso Voluntário 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.

(Assinado digitalmente.)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente.)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Alan Fialho Gandra, Andréa Medrado Darze, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 271 a 287) apresentado em 6 de abril de 2005 contra o Acórdão nº 8.070, de 10 de janeiro de 2005, da 4ª Turma de Julgamento da DRJ Campinas (fls. 253 a 265), que, relativamente a auto de infração de PIS não cumulativo dos períodos de dezembro de 2002 a junho de 2004, considerou procedente em parte o lançamento, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal do lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela Autoridade Administrativa a que caberia o julgamento

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

Ementa: MULTA DE OFÍCIO.

Exclui-se a multa de ofício exigida no percentual de 75%, tendo em vista a Liminar em Mandado de Segurança impetrado, nos termos do art. 63, da Lei nº 9.430, de 1996.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento procedente em parte

O auto de infração foi lavrado em 22 de setembro de 2009 e, nos termos do termo de verificação de fl. 135, ocorreu o seguinte:

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, tendo a empresa deixado de recolher a contribuição para o PIS, calculado sobre o seu faturamento (INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA), nos períodos abaixo especificados.

Às fls. 47/48 deste processo, encontra-se a discordância da empresa quanto a esta autuação, que assim se reproduz “Manifestamos nossa discordância quanto à inclusão dos montantes relativos aos meses fatos geradores de dezembro/2002 a junho/2004, como base de cálculo do PIS NÃO CUMULATIVO, por entendermos que estes também foram alcançados pelo processo 1999.61.00.010512-8 em trâmite na 18ª Vara da Justiça Federal. Assim sendo, deverão os citados montantes serem reclassificados como PIS Exigibilidade Suspensa”.

Deve-se aqui esclarecer que no citado processo judicial discute-se o alargamento da base de cálculo do PIS, pela inclusão das “outras receitas”, tendo como base legal a Lei 9.718/98.

A presente exigência fiscal tem como base legal a Lei 10.637, de 30/12/2002, e assim, a liminar obtida no processo 1999.61.010512-8, não tem o condão de tornar suspensa a exigibilidade fiscal formalizada por este auto de infração. As bases de cálculos foram extraídas da planilha de fls. 126 a 128.

A Interessada impugnou a exigência (fl. 145 e seguintes), alegando que a Lei nº 10.637, de 2002, seria inconstitucional. Ademais, os créditos tributários lançados estariam com a exigibilidade suspensa, à vista da ação judicial apresentada, afirmando o seguinte:

Com o advento da Lei nº 10.637/02, a situação da Impugnante em nada foi alterada, haja vista que desde 11/2002 até a presente data ela não apresentou faturamento decorrente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, pois suas receitas são provenientes única e exclusivamente de investimentos financeiros.

Isso quer dizer que a discussão iniciada na vigência da Lei nº 9.718/98, a respeito da legitimidade - ou não - da incidência do PIS sobre as receitas financeiras, subsiste de modo idêntico, e pelos mesmos argumentos, na vigência da Lei nº 10.637/02, de modo que, mesmo após a edição da novel legislação, o crédito tributário relativo à incidência do PIS sobre as receitas financeiras está com sua exigibilidade suspensa, enquanto não transitar em julgado o Mandado de Segurança nº 1999.61.00.010512-8.

Ainda alegou ter a Fiscalização violado o princípio da verdade material, ao aplicar a interpretação de que a ação judicial não se aplicaria ao caso dos autos.

A DRJ, conforme ementa reproduzida, acatou parcialmente os argumentos da Interessada, por considerar que a ação judicial abrangeria os períodos da autuação, declarando a concomitância entre os processos administrativo e judicial e afastando a incidência da multa de ofício. Dentre outros argumentos, o acórdão considerou os seguintes:

[...]

10. Do confronto entre os dispositivos legais acima transcritos, verifica-se que o artigo 1º e seu parágrafo 1º, da Lei nº 10.637, de 2002, confirma a disposição já determinada pelo art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, de que a base de cálculo da Contribuição ao PIS é o faturamento, o qual corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, entendida como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

11. Enfim, conclui-se que estes dispositivos legais têm basicamente a mesma redação, sendo que os demais artigos da Lei nº 10.637, de 2002, vieram explicitar as formas de se efetuar a não-cumulatividade da Contribuição ao PIS.

[..]

17. Portanto, o fundamento fático da exigência fiscal foi o não-oferecimento à tributação das receitas financeiras e outras receitas, por parte da autuada.

18. Pelo exposto, conclui-se que os fundamentos fáticos e jurídicos do crédito tributário formalizado são os mesmos do Mandado de Segurança Impetrado, havendo identidade de objetos entre eles, no tocante à base de cálculo da Contribuição ao PIS.

19. Embora o auto de infração adote fundamento legal diverso da Lei nº 9.718, de 1998, questionada pela ação judicial interposta, saliente-se que a Lei nº 10.637, de 2002, foi editada depois do protocolo do Mandado de Segurança, e a autuada não poderia prever a sua edição.

20. Entretanto, o que é relevante, é que os dispositivos da Lei nº 10.637, de 2002, vieram apenas confirmar a definição da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718, de 1998, no tocante ao faturamento e as receitas brutas.

21. Portanto, a autuada optou pela discussão do objeto do crédito tributário exigido junto à esfera judicial, valendo-se do Mandado de Segurança impetrado, cujas fases processuais foram aqui resumidas.

[...]

No recurso, a Interessada contestou a possibilidade de lançamento da contribuição e exigência de juros de mora. Sustentou a inaplicabilidade do ADN Cosit nº 3, de 1996, e a possibilidade de apreciação de matéria constitucional em via administrativo, tratando, a seguir, da inconstitucionalidade da Lei nº 10.637, de 2002, e repetindo as alegações da impugnação.

O recurso foi inicialmente distribuído ao antigo 1º Conselho de Contribuintes, que, no Acórdão nº 108-08.946, de 28 de julho de 2006 (fls. 292 a 295), declinou a competência de julgamento para o 2º Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Preliminarmente, levantei em sessão a possibilidade de anulação do acórdão de primeira instância, pelos fundamentos abaixo expostos.

O trecho do fundamento do acórdão reproduzido no relatório representa a questão central do processo. Entretanto, não levou em conta o acórdão que a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, alterou completamente a discussão da matéria em nível constitucional, criando, primeiramente, a tese da constitucionalização superveniente da Lei nº 9.718, de 1998, e, ademais, a suposta constitucionalidade da Lei nº 10.637, de 2002.

A respeito da primeira questão, consta o seguinte da sentença proferida na ação:

[...]

2. Resta apreciar se a superveniência da Emenda Constitucional nº 20/98 poderia, de alguma forma ter regenerado ou convalidado a Lei nº 9718/98, vez que daria suporte e validade aos dispositivos em causa se porventura contidos em lei editada após a sua promulgação.

[...]

Neste caso, porem, diferentemente, a emenda constitucional estaria constitucionalizando ou revalidando o que antes dela era inconstitucional ou inválido, o que exigiria, irrefragavelmente, a 1 retroação da alteração constitucional para produzir os efeitos

sanatórios sobre a norma em sua origem, e sem o que ela sequer existiria. Cristalizado o ilimitado poder constitucional em texto estável, não se pode extrair desse mesmo texto poderes que ultrapassem ilimitadamente o seu conteúdo, como se houvesse regressão ao anterior estado de magna jurídico pré-constituente.

Tal questão, aliás, foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Em 15 de agosto de 2006, publicou-se decisão do Pleno do STF no âmbito dos recursos extraordinários 357.950 e 358.273, transitada em julgado em 5 de setembro, que considerou inconstitucionais as alterações das bases de cálculo do PIS e da Cofins promovidas pela Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, § 1º.

O Acórdão e a ementa tiveram as seguintes redações:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Há três considerações feitas pelo acórdão, na condução à tese da inconstitucionalidade da base de cálculo.

Primeiramente, não há constitucionalização superveniente, o que não se aplica à Lei nº 10.637, de 2002, que é posterior à EC nº 20, de 1998.

Em segundo lugar, a lei não pode alterar o conteúdo dos conceitos do direito privado utilizados pela Constituição, o que não se aplica ao caso, igualmente, pois o texto constitucional foi alterado (de faturamento para receita e receita).

Finalmente, a definição estrita de receita bruta, que, por óbvio, não se aplica ao caso.

Portanto, não haveria como uma ação judicial apresentada contra a Lei nº 9.718, de 1998, ainda que posteriormente à EC nº 20, de 1998, adequar-se a uma nova lei que tem suporte constitucional.

Dessa forma, os fundamentos do acórdão da DRJ são completamente contraditórios e chegam à conclusão de que há uma concomitância entre a ação judicial e o presente processo, uma vez que a constitucionalidade da Lei nº 10.637, de 2002, não é discutida naquela ação.

Segundo a decisão de primeira instância, a autoridade fiscal terá que, ao final, aplicar ao lançamento um entendimento que a ele não diz respeito.

Em que pese o equívoco do acórdão objeto do recurso, trata-se de questão de entendimento legal, que não está sujeita à revisão em sede de recurso voluntário.

Apenas se incidisse alguma condição de nulidade, poder-se-ia declarar sua nulidade, determinando a evidente não concomitância entre os processos administrativo e judicial no caso dos autos.

Portanto, como efeito do acórdão de primeira instância, a situação do presente processo equipara-se ao do processo nº 10882.002044/2004-81.

Passa-se, assim, à análise do recurso da Interessada.

Primeiramente, a Interessada questionou a possibilidade do lançamento.

Entretanto, a referida modalidade de lançamento, para constituir o crédito tributário, é expressamente prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art. 63, cuja legalidade nunca sequer foi considerada pelo Judiciário:

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996.

§ 1º O disposto neste artigo plica-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.

Ademais, o referido artigo prevê, igualmente, a não aplicação da multa de ofício ou de mora, no caso de suspensão de exigibilidade, conforme considerado pelo auto de infração.

Em relação ao ADN Cosit nº 3, de 1996, ele se aplica em relação à matéria discutida judicialmente, sendo questão sumulada pelo Carf (Portaria nº 106, de 21 de dezembro de 2009):

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.

Da mesma forma, é impossível a apreciação de matéria constitucional na via administrativa, conforme a Súmula nº 2:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O Regimento Interno (Ricarf, anexo II da Portaria MF nº 256, de 2009) somente permite a aplicação de entendimento definitivo do STF (art. 62), mas, no presente caso, incide primeiramente a Súmula nº 1 anteriormente citada.

A matéria de mérito diria respeito a saber se as recuperações de custos, assim denominadas pela Interessada, e as receitas financeiras representariam apenas reembolso de despesas e não receitas.

Essas matérias e a relativa aos juros de mora não fazem parte da ação judicial.

Entretanto, na sua impugnação, a Interessada apenas alegou que descaberia a incidência de juros, nada alegando sobre a natureza das citadas receitas.

Portanto, tais matérias encontram-se preclusas, na forma do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Quanto aos juros de mora, são acessórios ao principal eventualmente devido e somente serão exigidos se o contribuinte perder a ação judicial.

No caso, incide a disposição expressa do art. 161 do CTN, abaixo reproduzida, com o devido destaque:

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, **seja qual for o motivo determinante da falta**, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Ademais, incidem as Súmulas n^{os} 4 e 5 do Carf, abaixo reproduzidas:

Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Súmula CARF nº 5:

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.

Deve-se ressaltar que a medida liminar foi deferida para suspender a exigibilidade, independentemente de depósito, e que a Interessada não demonstrou haver efetuado depósitos judiciais na ação judicial, conforme exigido pelo art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Nos autos, a Interessada demonstrou haver efetuado depósito recursal, apenas relativamente aos valores principais, que, à vista das decisões do STF, deveria ser-lhe restituído.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2010

(Assinado digitalmente.)

José Antonio Francisco



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por JOSE ANTONIO FRANCISCO em 04/09/2010 10:35:11.

Documento autenticado digitalmente por JOSE ANTONIO FRANCISCO em 04/09/2010.

Documento assinado digitalmente por: WALBER JOSE DA SILVA em 08/09/2010 e JOSE ANTONIO FRANCISCO em 04/09/2010.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 10/01/2017.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Outros".

3) Selecione a opção "eAssinaRFB - Validação e Assinatura de Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP10.0117.09287.LK66

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.