



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

Processo nº 10882.003033/2004-19
Recurso nº 10.882.003033200419 Voluntário
Acórdão nº **3403-003.099 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 22 de julho de 2014
Matéria PIS - DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO OU PAGO - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente PINCÉIS TIGRE SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1999 a 30/09/1999, 01/11/1999 a 31/12/1999

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE

A semelhança da causa de pedir, expressada no fundamento jurídico da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mandado de segurança, com o fundamento da exigência consubstanciada em lançamento de ofício, impede o prosseguimento do processo administrativo no tocante aos fundamentos idênticos, prevalecendo a solução do litígio através da via judicial provocada. Qualquer matéria distinta, entretanto, deve ser conhecida e apreciada.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA O PEDIDO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. As diligências não se prestam à produção de prova que toca à parte produzir.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/1999 a 30/09/1999, 01/11/1999 a 31/12/1999

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MITIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A aplicação penalidade pecuniária nos lançamentos de ofício, no percentual de 75%, decorre de expressa determinação legal, descrita nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, descabendo à autoridade administrativa deixar de aplicá-la por quaisquer considerações, sem lei que o autorize..

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/1999 a 30/09/1999, 01/11/1999 a 31/12/1999

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DIFERENÇAS APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO OU PAGO.

Constatadas irregularidades na apuração da base de cálculo da Contribuição, não infirmadas pelo sujeito passivo, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, mantém-se a exigência das diferenças apuradas.

Na apuração das diferenças a lançar, não se considera a compensação que deixou de ser comprovada ou informada em declaração competente.

Recurso Voluntário Negado na parte conhecida

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto à matéria submetida à tutela do Poder Judiciário e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

PINCÊIS TIGRE AS teve lavrado contra si o Auto de Infração de fls. 434 e 435, para determinação e formalização da exigência de crédito tributário referente à Contribuição para o PIS/Pasep, no valor total de R\$ 326.731,84. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 424 a 430, em procedimento de verificações obrigatorias, no cotejo entre os valores escriturados e os declarados ou pagos, apurou-se que o contribuinte declarou em DCTFs e recolheu valores de contribuição inferiores aos apurados pela Fiscalização para os períodos de apuração de agosto, setembro, novembro e dezembro de 1999:, conforme consta no "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada" (fls. 431) e no quadro demonstrativo abaixo reproduzido:

PERÍODO DE APURAÇÃO	BASE DE CÁLCULO DO PIS APURADA PELO AFRF (A) R\$	VALOR DO PIS DEVIDO (B=A*0,0065) R\$	VALOR DO PIS DECLARADO EM DCTF (C) R\$	VALOR DO CRÉDITO DO PIS A SER CONSTITUÍDO (B-C) R\$
Agosto	5.565.842,27	36.177,97	4.659,26	31.518,71
Setembro	5.105.862,92	33.188,11	6.341,53	26.846,58
Outubro	5.528.940,96	35.938,12	37.173,54	0,00
Novembro	5.487.642,37	35.669,67	5.186,53	30.483,14
Dezembro	6.178.975,09	40.163,33	3.859,95	36.303,38

A Fiscalização constatou as seguintes irregularidades na apuração da Contribuição:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/07/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por A

NTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 28/07/2014 por ALEXANDRE KERN

Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- a) exclusão indevida da base de cálculo do saldo da Conta Contábil nº 38105 - Rec. Não Operacionais - Venda de Bens Imobilizados: embora não tivesse apurado contabilmente receitas de vendas de bens do imobilizado em dezembro, excluiu a esse título o montante de R\$ 119.485,37;
- b) contabilização, na Conta Contábil nº 38302 - Rec. Financeiras - Juros s/ Aplic. Financ., receitas financeiras negativas, montantes a R\$ 2.554,94, o que equivale a despesas financeiras, a título de Juros sobre aplicações financeiras, reduzindo a base de cálculo;
- c) exclusão da base de cálculo de R\$ 12.685,54, correspondente a parte das receitas de correção monetária pós-fixada, registrada na Conta Contábil nº 38304 - Rec. Financeiras - CM Pós Fixada;
- d) contabilização, na Conta Contábil nº 38306 - Rec. Financeiras - Juros não Cobrados de Clientes, de receitas financeiras negativas, no valor total de R\$ 8.704,14, o que equivale a despesas financeiras, a título de Juros não cobrados de clientes, reduzindo a base de cálculo.

A Fiscalização também apurou diferenças entre os valores de Receitas utilizados pelo contribuinte na apuração da base de cálculo do PIS e os respectivos montantes lançados na escrita contábil, conforme consta nas Demonstrações do Resultado Analítico que integram os seus balancetes mensais, cfe. demonstrativo nas fls. 426 e 427.

A Fiscalização ainda deu conta de que, em 02/06/99 o contribuinte impetrou junto à Justiça Federal Mandado de Segurança Preventivo, processo protocolizado sob o nº 1999.61.00o25032-3, com pedido de concessão de medida liminar, contra ato a ser praticado pelo Delegado da Receita Federal em Osasco, no sentido de exigir a cobrança de parcelas do PIS e COFINS nos moldes exigidos pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, pretendendo que essas contribuições incidissem sobre o conceito anterior de faturamento, correspondente à venda de mercadorias e prestação de serviços, e não sobre a definição ampliada de faturamento. Consta que há depósito judicial a favor da União Federal, no valor de R\$ 163,40, pertinente ao fato gerador do PIS de 31/10/99. Não foram fornecidos outros documentos relativos a depósitos judiciais do PIS para o período de Agosto a Dezembro de 1999.

O feito foi parcialmente impugnado, fls. 441 a 464. Quanto à parcela impugnada do lançamento, o autuado diz que todas as exclusões da base de cálculo obedeceram a Lei nº 9.718, de 1998. Pretende demonstrar que a fiscalização considerou, equivocadamente, na recomposição da base de cálculo, algumas despesas que não deveriam compô-la, tais como os juros não recebidos dos clientes e o IPI recolhido em dezembro de 1999, como passa a expor adiante. Quanto às receitas financeiras negativas decorrentes de juros não recebidos de clientes, afirma que tais receitas jamais existiram, uma vez que não foram recebidas e não entraram no caixa da empresa. Esclarece que a contabilização de tais receitas é feita apenas para controle interno, que visa apurar o que foi efetivamente auferido a título de juros cobrados dos clientes, conforme Livro Razão, que diz anexar.

Abordando as diferenças verificadas entre os valores contábeis e a base de cálculo do PIS no mês de dez/99, aponta que a fiscalização considerou como receita o montante de R\$6.029.453,57, incluindo, indevidamente, o valor de R\$20.225,89, referente à despesa relativa ao pagamento do IPI. Reconhece que, se excluído o imposto da base de

cálculo da contribuição, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, remanesceria uma base de cálculo a tributar de R\$ 231,74 (R\$20.457,63 - R\$20.225,89), conforme documentação contábil que diz anexar.

Insurge-se contra a inclusão, na base de cálculo, das receitas financeiras.

Quanto à exclusão de receitas de vendas de bens do imobilizado em dezembro de 1999, conclui que, de fato, houve equívoco na contabilização, pois efetivamente não ocorreu venda de bem do ativo imobilizado na ocasião. Esclarece que o valor de R\$ 119.485,37, embora tenha sido contabilizado na conta nº 308105 - Rec. Não Operacionais - Venda de Bens Imobilizado, em verdade deveria ter sido considerado na conta nº 38405 - Outras Receitas, pois se refere à Recuperação de Despesas. E que a demonstração de tal equívoco depende da recomposição do referido valor, mediante análise de diversos documentos, fato ainda não concluído pela impugnante, em virtude do prazo exíguo para a apresentação da impugnação, pelo que protesta pela juntada posterior de tal documentação, de forma a demonstrar a correção da exclusão do valor de R\$ 119.485,37 da base de cálculo do PIS na competência de dezembro/99.

Quanto a Receitas Eventuais - Outras Receitas, contabilizadas na conta nº 38405, acusa que a Fiscalização de desconsiderar, na apuração da base de cálculo do PIS de dezembro de 1999, a existência de recuperação de despesas no montante de R\$ 78.847,82, quais sejam, R\$ 11.114,70 e R\$ 10.728,17, referentes à compensação realizada com a contribuição ao Salário Educação e outros R\$ 57.004,95, referentes à recuperação de ICMS, conforme NF nº 4872.

Informa ter direito creditório, decorrente de ação judicial, oponível em compensação dos débitos lançados.

Por fim, contesta a aplicação da multa de lançamento de ofício.

A 4ª Turma da DRJ/CPS julgou o lançamento procedente em parte, dele abatendo a despesa com IPI, no valor de R\$20.225,89, por constituir exclusão prevista legalmente na base de cálculo do PIS, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. O Acórdão nº 05-19.152, de 10 de setembro de 2007, fls. 621 a 643, teve ementa vazada nos seguintes termos:

Assumo: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/08/1999, 30/09/1999, 30/11/1999, 31/12/1999

PROVAS E PERÍCIAS.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal a prova documental deve ser apresentada no momento da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento - processual, a menos que demonstrado, justificadamente, o preenchimento de um dos requisitos constantes do art., 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972, o que não se logrou atender neste caso.

Indefere-se o pedido de perícia quando presentes nos autos elementos capazes de formar a convicção do julgador, bem como quando não preenchidos os requisitos legais previstos para sua formulação.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/07/2014 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 29/07/2014 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 28/07/2014 por ALEXANDRE KERN

Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa quando o contribuinte demonstra ter pleno conhecimento dos fatos imputados pela fiscalização, bem como da legislação tributária aplicável, exercendo seu direito de defesa de forma ampla na impugnação.

É pacífico nos Órgãos Julgadores Administrativos o entendimento de que a perfeita descrição dos fatos supre eventual equívoco no enquadramento legal da infração, não comportando nulidade da exigência.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº, 70.235, de 1972.

Assumo: Contribuição Para o PIS/Pasep

Data do fato gerador: 31/08/1999, 30/09/1999, 30/11/1999, 31/12/1999

PIS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento. Já, outros aspectos do lançamento, não submetidos à esfera judicial, são passíveis de apreciação na esfera administrativa.

PIS. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO.

Constatadas irregularidades na apuração da base de cálculo do PIS, não infirmadas pela contribuinte, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, correta é a exigência da diferença da contribuição correspondente.

Na apuração das diferenças verificadas não se considera a compensação que deixou de ser comprovada bem como informada em declaração competente.

Retifica-se o lançamento unicamente para excluir da base de cálculo da contribuição do mês de dez/99 o valor do IPI destacado, nos termos da legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO.

Verificada a ocorrência do fato jurídico tributário previsto no antecedente da norma sancionatória, é irrelevante a intenção do agente para que seja formada a relação jurídica prescrita no conseqüente da regra-matriz de incidência tributária, segundo a

qual o Estado tem o poder/dever de exigir a correspondente penalidade pecuniária.

A penalidade aplicada decorre de expressa determinação legal, descrita nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, não cumprindo à administração afastá-la sem lei que assim regulamente.

*INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS
ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.*

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao' exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

Lançamento Procedente em Parte

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 4ª Turma da DRJ/CPS. O arrazoado de fls. 652 a 667, após síntese dos fatos relacionados com a lide, argúi, em preliminar de mérito, a decadência do direito do Fisco de constituir crédito tributário referente a fatos geradores anteriores a 16/12/1999.

No mérito do lançamento, contesta a glosa de R\$ 8.704,19, referente à exclusão da base de cálculo do PIS (R\$ 1.053,88 - agosto/99; R\$ 2.967,67 - setembro/99; R\$ 3.220,51 - outubro/99 e R\$ 1.462,13 em novembro/99), relativa aos juros não cobrados dos clientes, e sua reinclusão na base de cálculo do PIS. Diz que essas receitas jamais existiram, uma vez que não foram recebidas, não entraram no caixa da Recorrente em momento algum, e a glosa acabou perpetrando uma ampliação indevida da base de cálculo do PIS. Contra a tributação das receitas advindas de juros pagos sobre aplicação financeira e correção monetária pós-fixada, brande a decisão judicial exarada no MS 1999.61.00.025032-3.

Na continuação, repete os termos da impugnação para combater a glosa da exclusão de receitas de vendas de bens do imobilizado e de receitas eventuais. Da mesma forma, renova a exceção de compensação entre crédito decorrente de ação judicial, já transitada em julgado, que resguardou seu direito à compensação dos valores indevidamente pagos a título de PIS, com base no Decreto-Lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e no Decreto-Lei nº 2.449, de 21 de julho de 1988, com parcelas vincendas do próprio PIS. Reitera a inaplicabilidade da multa de 75%.

Pede provimento.

O processo administrativo correspondente foi materializado na forma eletrônica, razão pela qual todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração digitalmente estabelecida.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 652 a 667 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-CPS-4ª Turma nº 05-19.152, de 10 de setembro de 2009.

Preliminar de decadência

O Supremo Tribunal Federal publicou no Diário Oficial da União, do dia 20/06/2008, o enunciado da Súmula vinculante nº 08, *in verbis*:

“Em sessão de 12 de junho de 2008, o Tribunal Pleno editou os seguintes enunciados de súmula vinculante que se publicam no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.417/2006:

Súmula vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Precedentes: RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.882, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.943, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/6/2008; RE 106.217, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/9/1986; RE 138.284, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/8/1992.

Legislação:

Decreto-Lei nº 1.569/1997, art. 5º, parágrafo único Lei nº 8.212/1991, artigos 45 e 46 CF, art. 146, III Brasília, 18 de junho de 2008.

Ministro Gilmar Mendes

Presidente”

(DOU nº 117, de 20/06/2008, Seção I, pág. 1)

Portanto, dada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, há de se definir o termo inicial do prazo decadencial nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Para a solução da presente lide, merecem ser colacionados os Acórdãos do STJ vazados nos seguintes termos:

No REsp 879.058/PR, DJ 22.02.2007, a 1ª Turma do STJ assim se pronunciou:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO SOBRE FUNDAMENTAÇÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. TRIBUTÁRIO.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. omissis

2. omissis

3. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual 'direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'.

4. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes da 1ª Seção: ERESP 101.407/SP, Min. Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000; ERESP 278.727/DF, Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; ERESP 279.473/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 11.10.2004; AgRg nos ERESP 216.758/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 10.04.2006.

5. No caso concreto, todavia, não houve pagamento. Aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

6. Recurso especial a que se nega provimento."

Mais uma vez a 1ª Turma do STJ pronunciou-se sobre o tema:

“EMENTA CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o

qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa" e "opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa" —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

É a orientação também defendida em doutrina:

“Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nos parece claro e lógico que o prazo deste § 4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que chancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará o respectivo crédito. É neste prazo para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício através da lavratura de auto de infração, em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença. A regra do § 4º

deste art. 150 é regra especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos.” (Leandro Paulsen, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 6ª ed., p. 1011)

“Ora, no caso da homologação tácita, pela qual se aperfeiçoa o lançamento, o CTN estabelece expressamente prazo dentro do qual se deve considerar homologado o pagamento, prazo que corre contra os interesses fazendários, conforme § 4º do art. 150 em análise. A consequência – homologação tácita, extintiva do crédito – ao transcurso in albis do prazo previsto para a homologação expressa do pagamento está igualmente nele consignada” (Misabel A. Machado Derzi, Comentários ao CTN, Ed. Forense, 3ª ed., p. 404).

Assim, em havendo antecipação, total ou parcial, dos recolhimentos, conforme exige o art. 150, § 1º do CTN, o prazo decadencial fluirá a partir da ocorrência do fato gerador. Caso não haja recolhimento, aplicar-se-á a regra do inc. I do art. 173.

De salientar, por oportuno, que tal entendimento vai ao encontro do disposto no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.617/2008, de 1º de agosto de 2008, aprovado pelo Ministro da Fazenda em 18 de agosto de 2008, vinculando inarredavelmente esta instância de julgamento administrativo.

No caso concreto, por julgar-se ao abrigo de medida judicial que o isentava do recolhimento da contribuição nos moldes da Lei nº 9.718, de 1998, o contribuinte não tomou a providência preconizada no art. 150, § 4º do CTN e não procedeu a qualquer recolhimento, conforme se constata no Demonstrativo de Apuração, fls. 432. Assim, aplicando-se a regra do art. 173, inc. I, do CTN e tomando a data 01/01/2000 como o termo inicial para o prazo decadencial, relativamente aos períodos de apuração de agosto, setembro e novembro de 1999, e 01/01/2001, para o período de apuração de dezembro de 1999, conclui-se que, em 16/12/2004, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos respectivos fatos geradores estava hígido.

Rejeito a preliminar.

Mérito

Concomitância de ação judicial

Os autos noticiam que o autuado, ora recorrente, impetrou o Mandado de Segurança nº 1999.61.00.025032-3, com o seguinte objeto:

“IV- DO PEDIDO

Diante do exposto e restando comprovada a plausibilidade do direito líquido e certo da Impetrante, á a presente para, respeitosamente, REQUERER:

a) a CONCESSÃO DA LIMINAR, para que o Impetrado se abstenha da prática de quaisquer atos tendentes à cobrança das parcelas que deixarem de ser recolhidas a título de PIS e COFINS, nos moldes exigidos pela Lei nº 9. 718/98 e pela EC nº 20/98;

b) (...).”

c) (...), seja concedida em definitivo a SEGURANÇA, afastando-se a coação de início apontada, reconhecendo o direito líquido e certo da Impetrante de não recolher o PIS e a COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/98 e da Emenda Constitucional nº 20/98, com a conseqüente declaração incidental da inconstitucionalidade do § 9º do art. 195 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 e dos arts 2º 3º e do “caput” do 8º todos da Lei nº 9. 718/98. ”

Nestes termos, resta configurado um óbice intransponível na apreciação administrativa das razões recursais relativas à matéria que versa sobre a ampliação da base de cálculo das contribuições sociais promovida pelo art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, em que se incluem outras receitas além daquelas decorrentes da venda de mercadorias e/ou serviços, como aquelas objeto da exação ora *sub judice*.

Incide no caso a Súmula CARF nº 1 (DOU nº 244, de 22 de dezembro 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.

Assim, dê-se à matéria submetida ao poder judiciário o tratamento que lhe destinar a decisão que transitar em julgado nos autos do MS nº 1999.61.00.025032-3.

Por outro lado, as questões não submetidas à tutela hegemônica do Poder Judiciário e relacionadas ao lançamento em foco passam a ser apreciadas.

Juros não recebidos de clientes:

O contribuinte aponta que a Fiscalização cometeu equívoco ao considerar Rec.Financeiras - Juros não Cobrados de Clientes, dizendo que tais receitas jamais existiram, uma vez que não foram recebidas, não entraram no caixa da Recorrente em momento algum, e afirma que a glosa acabou perpretando uma ampliação indevida da base de cálculo do PIS

Tratasse-se efetivamente disso – de inclusão, pela via da glosa, de receitas financeiras – a insurgência recursal não poderia ser conhecida por incluir-se no rol das submetidas ao Poder Judiciário. Entretanto, em verdade, o que aconteceu foi que a Fiscalização constatou que as receitas em questão foram levadas à Conta Contábil nº 38306 - Rec. Financeiras - Juros não Cobrados de Clientes **com saldo negativo**, operando como redutor ilegal da base de cálculo.

A tergiversação é totalmente impertinente.

Tributação das receitas advindas de juros pagos sobre aplicação financeira e correção monetária pós-fixada

O recorrente invoca em seu favor a decisão judicial proferida no MS nº 1999.61.00.025032-3.

Portanto, que se dê a matéria o destino que lhe reservou a referida decisão.

Não conheço do recurso quanto a ela.

Exclusão de receita de vendas de bens do imobilizado em dezembro/99

Conforme relatado, a recorrente reconheceu a procedência do lançamento decorrente da indevida exclusão da base de cálculo do saldo da Conta Contábil nº 38105 - Rec. Não Operacionais - Venda de Bens Imobilizados, simplesmente, porque não houve venda desses ativos.

Explicou então que o valor de R\$ 119.485,37, embora tenha sido contabilizado na referida conta, como constatado pela Fiscalização, em verdade deveria tê-lo sido na conta nº 38405 - Outras Receitas, pois refere-se à Recuperação de Despesas.

A alegação restringiu-se a isso, vazia, sem se fazer acompanhar de qualquer prova, ônus que cabia ao recorrente, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (HABEAS CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para

cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538) JCPC.333 JCPC.333.II

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

Receitas Eventuais - Outras Receitas - conta contábil nº 38405

Ainda reportando-se à contribuição do mês de dez/99, a recorrente opôs como fato modificativo a recuperação de despesas com Salário Educação e ICMS, no montante de R\$78.847,82, assim composto: R\$ 11.114,70 e R\$ 10.728,17, referentes à compensação realizada com a contribuição ao Salário Educação e outros R\$ 57.004,95, referentes à recuperação de ICMS, conforme NF nº 4872.

A invenção não prosperou na primeira instância porque o impugnante omitiu-se em comprovar suas alegações. Nem mesmo, em sede de recurso, dignou-se a fazê-lo.

Repete-se o brocardo: *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*.

Exceção de compensação entre crédito decorrente de ação judicial e parcelas vincendas do próprio PIS

A recorrente irressigna-se com a desconsideração, por parte da Fiscalização, das compensações que diz ter efetuado do direito creditório judicialmente reconhecido com parcelas vincendas da contribuição e rechaça a exigência integral da contribuição apurada. Diz que a falta de declaração da compensação em DCTF não justifica o lançamento de ofício dos débitos. Entende inconcebível a exigência de crédito tributário já extinto pela compensação.

A recorrente está correta quando diz que o crédito tributário extingue-se depois de compensado. Contudo, a Administração Tributária somente toma conhecimento da atividade assim exercida pela contribuinte quando esta é vertida em linguagem competente. Ou seja, quando o débito e o seu encontro de contas, tudo efetivamente escriturado nos controles contábeis e fiscais da pessoa jurídica, é a ela informado por meio de documentos competentes, os quais constituem obrigação acessória, no caso a DCTF.

Conforme bem pontuou a decisão recorrida, a despeito de a interessada possuir ação judicial reconhecendo seu direito à compensação dos valores indevidamente pagos a título de PIS, com base nos Decretos-Lei nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, com parcelas vincendas do próprio PIS, não constam dos autos os DARF dos recolhimentos indevidos, bem como quaisquer demonstrativos apontando a regular apuração do valor passível de restituição e compensação, nos termos do provimento judicial obtido, tão pouco a prova da escrituração contábil e fiscal das compensações que se diz terem sido efetuadas.

Assim, não tendo sido declarado o débito existente e a sua compensação, tão pouco tendo sido demonstrada a regular apuração e escrituração do crédito utilizado no encontro das contas, há de remanescer incólume a exigência fiscal como formalizada.

Aplicação da multa de lançamento de ofício

A multa de lançamento de ofício está cominada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, justamente para casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, como o do presente lançamento, descabendo deixar de aplicá-la sobre considerações de qualquer espécie.

Conclusão

Com essas considerações, voto por não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à tutela do Poder Judiciário, e, na parte conhecida, por negar-lhe provimento.

Sala de sessões, em 22 de julho de 2014



Alexandre Kern

Processo nº 10882.003033/2004-19
Acórdão n.º **3403-003.099**

S3-C4T3
Fl. 688

CÓPIA