



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 34 / 03 / 2003
Rubrica *[assinatura]*

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 11020.002548/00-91
Recurso nº : 122.129
Acórdão nº : 202-14.564

Recorrente : EXPRESSO JAVAL S/A
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

PIS/PASEP. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA.

O ajuizamento de ação judicial importa a renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

FALTA DE RECOLHIMENTO. É legítimo o lançamento de ofício decorrente da falta e/ou insuficiência de recolhimento desta contribuição.

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. As exclusões da base de cálculo são tão-somente aquelas previstas na legislação de regência, dentre as quais não está excluído o valor do ICMS embutido no preço da mercadoria.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Recurso não conhecido em relação à matéria submetida à apreciação do Judiciário e denegado em relação à parte diferenciada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: EXPRESSO JAVAL S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto de ação judicial; e II) em negar provimento ao recurso, quanto à matéria diferenciada.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2003

[Assinatura de Henrique Pinheiro Torres]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

[Assinatura de Nayra Bastos Manatta]
Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Ana Neyle Olímpio Holanda, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Sérgio Roberto Roncador (Suplente).

Ausente, justificadamente, o conselheiro Dalton César Cordeiro de Miranda.

Iao/ovrs



Processo nº : 11020.002548/00-91

Recurso nº : 122.129

Acórdão nº : 202-14.564

Recorrente : EXPRESSO JAVAL S/A

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, que a seguir transcrevo:

"O contribuinte supracitado foi lançado de ofício devido a constatação de falta ou insuficiência de recolhimento de Pis nos meses de março de 1996 a junho de 2000. Resultou num crédito tributário de R\$742.299,04, conforme Auto de Infração, de fl. 05, cientificado em 29/11/2000.

2. A legislação infringida consta de fl. 09, compondo o Auto de Infração.

3. Inconformado, o contribuinte apresenta impugnação, de fls. 172 a 174. Nesta, começa a argumentação de defesa alegando que a exigência do Pis sobre o faturamento, ao contrário do que diz a Fiscalização, se encontra sub judice, pois tramita na Justiça Federal em Caxias do Sul um ação que contesta a exação fiscal. Por isso, não cabe lançamento fiscal, impondo-se o sobrestamento do Auto de Infração.

4. No período de março de 1996 a abril de 1997, contesta a glosa da compensação de Pis com Pis, realizada pelo contribuinte devido ao direito creditório adquirido através de ações judiciais que contestaram a cobrança de Pis sobre a égide dos Decretos-lei nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, porque já tinha sido glosado a compensação de Pis sobre Cofins, referindo-se ao mesmo crédito. De outra forma, o contribuinte não poderia se utilizar de um crédito tributário adquirido em sentença judicial.

5. Continuando sua defesa, o litigante contesta a inclusão da base de cálculo do ICMS incidente sobre o faturamento por ser inconstitucional cobrar imposto sobre imposto, estando a matéria sob análise do Supremo Tribunal Federal.

6. Igualmente, a inclusão da taxa Selic para correção do créditos tributários está sob análise da Suprema Corte, podendo afetar o lançamento em comento.

7. Foram anexados aos autos cópias do Acórdão DRJ/POA nº 997, de 14 de junho de 2002, atinente ao Auto de Infração de Cofins lançado contra o contribuinte no processo nº 11020.002549/00-54, às fls. 180 a 189."

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/POA nº 1.270, de 25/07/2002, fls. 191/199, considerando procedente o lançamento, ementando a sua decisão nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1996 a 30/06/2000



Processo nº : 11020.002548/00-91
Recurso nº : 122.129
Acórdão nº : 202-14.564

Ementa: PIS – FALTA DE RECOLHIMENTO - EXIGÊNCIA - Comprovada a falta de recolhimento da PIS, este deve ser exigido de acordo com a legislação de regência.

INCONSTITUCIONALIDADE - INAPRECIACÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - A arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente”.

A contribuinte tomou ciência do teor do referido Acórdão em 04/09/2002, fl. 203, e, inconformada com o julgamento proferido interpôs, em 03/10/2002, recurso voluntário aos Conselhos de Contribuintes, fls. 204/207, no qual reitera suas razões apresentadas na inicial.

A autoridade competente informa à fl. 257 que a recorrente apresentou arrolamento de bens, fls. 210/256, garantindo o seguimento do recurso interposto.

É o Relatório



Processo nº : 11020.002548/00-91
Recurso nº : 122.129
Acórdão nº : 202-14.564

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

De acordo com a petição inicial que originou o Mandado de Segurança tombado sob o nº 2000.71.07.005181-5, fls. 84/88, em trâmite na 1ª Vara da Justiça Federal em Caxias do Sul - RS, a questão tratada na Justiça pela contribuinte versa exatamente sobre a inexigibilidade da contribuição para o PIS nos moldes das Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98, que devem ser declaradas inconstitucionais. Solicita, ainda, a impetrante, que seja restabelecido o pagamento nos moldes da LC nº 7/70, enquanto perdurar a ação, e que sejam autorizados depósitos judiciais dos valores controversos.

O lançamento em tela foi efetuado com base nas Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98, conforme se depreende do Enquadramento Legal constante da fl. 09 da Peça Infracional.

Assim, há que se dizer, primeiramente, deve-se consignar que a questão principal dos autos - a exigência da contribuição para o PIS nos termos das Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98 - foi levada a juízo pela impugnante, o que caracterizou a renúncia por parte do sujeito passivo de discutir administrativamente a matéria submetida à tutela jurisdicional.

Acerca desta matéria adoto o entendimento do ilustre Conselheiro Henrique Pinheiro Torres consignado no RV nº 120.362, que a seguir transcrevo:

"Sobre a denominada "renúncia à via administrativa", por diversas vezes, tenho manifestado o entendimento de que o fato jurígeno, necessário e suficiente para caracterizar a opção pela via judicial e a desistência do exame da matéria controvertida na esfera administrativa, é a simples impetração de medida judicial, em qualquer de suas modalidades, versando sobre questão que tenha o mesmo objeto do procedimento administrativo, e em qualquer fase deste. Daí, o fato de o sujeito passivo, no curso do processo, haver desistido da ação jurisdicional impetrada, não ilide os efeitos da renúncia à via administrativa ocorrida com propositura da medida judicial, nem restabelece o curso do procedimento administrativo."

Desta forma, não se conhece do recurso voluntário no tocante à matéria submetida à tutela jurisdicional, devendo ser analisada, tão-somente, a parte diferenciada.

A primeira questão trazida pela contribuinte em seu recurso diz respeito à suspensão do curso e da exigibilidade do Auto de Infração em cotejo em virtude da existência da Ação Judicial nº 2000.71.07.005181-5, cujo objeto foi descrito anteriormente, ainda não definitivamente julgada.

Verifica-se, entretanto, de acordo com os documentos de fls. 95/97, que a liminar requerida pela impetrante foi denegada. Inexiste, assim, hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora constituído, nos moldes do art. 151 do CTN, que disciplina a matéria,



Processo nº : 11020.002548/00-91
Recurso nº : 122.129
Acórdão nº : 202-14.564

bem como carece de qualquer embasamento legal a solicitação da recorrente de que seja sobrestado o andamento do presente Auto de Infração.

No que tange à compensação efetuada pela contribuinte, nos períodos de março/96 a abril/97, decorrente de créditos oriundos do Processo nº 1020.000204/93-19, relativo a parcelamento da contribuição para o PIS, e glosados pelo Fisco, é de se verificar, de acordo com informação prestada pela própria contribuinte, fls. 61/62, que os créditos decorrentes daquele processo foram utilizados em compensação com a Cofins devida nos períodos de maio a dezembro/94.

A compensação efetivada pela contribuinte de PIS com Cofins foi glosada pela fiscalização, tendo sido os débitos da Cofins objeto de lançamento de ofício consubstanciado no Processo nº 11020.002549/00-54, cujo litígio foi decidido, em primeira instância, no sentido de manter o lançamento.

Não se poderia considerar como efetiva a compensação efetivada pela recorrente do PIS com o próprio PIS, utilizando-se os mesmos créditos que foram usados na compensação com a Cofins, pois ter-se-ia o risco de ver configurada a hipótese de uso em duplicidade do mesmo direito creditório. Ainda mais, que o processo que versa sobre a exigência dos débitos da Cofins e sobre a glosa da referida compensação não obteve, na esfera administrativa, decisão final. Corre-se, portanto, o risco de se ver acatada a compensação entre o PIS e a Cofins efetivada pela contribuinte, não restando, nesta hipótese, qualquer crédito a fazer frente aos débitos ora em cotejo.

No que se refere à incidência da contribuição em discussão, o faturamento, para fins do PIS, é encontrado na MP nº 1.212, de 1995, e que, também, estabelece os valores que podem ser excluídos do valor tributável:

" Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I – pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

(...)

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas de bens e serviços canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o imposto sobre produtos industriais - IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias - ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário." (grifei)

Como se percebe, o conceito de faturamento tem sua extensão perfeitamente delimitada pela explicitação de seu conteúdo e pela expressa enumeração das exclusões



Processo nº : 11020.002548/00-91
Recurso nº : 122.129
Acórdão nº : 202-14.564

passíveis de serem efetuadas (como disposto no parágrafo único), dentre as quais encontra-se a do ICMS, em caso de substituição tributária, que não é o que ocorre no caso concreto em análise.

Com isso, tem-se que o fato gerador do PIS, o faturamento, é representado pela receita bruta como definida pela legislação do Imposto de Renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia. Outrossim, pela legislação pertinente, somente podem ser excluídos da base de cálculo as vendas de bens e serviços cancelados, os descontos incondicionais concedidos, o IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias – ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, não encontrando guarida na legislação os valores pela contribuinte entendidos como não integrantes da base de cálculo desta contribuição.

Vale, ainda, esclarecer que o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, dispõe que o montante do ICMS integra a base de cálculo do valor da operação de saída de mercadoria. O Parecer Normativo CST nº 77, de 1986, definiu que o ICM referente às operações próprias da empresa compõe o preço da mercadoria, e, conseqüentemente, o faturamento, devendo integrar a base de cálculo da contribuição para o PIS.

Em igual sentido, os itens 1, 1.3 e 1.4 do Ato Declaratório SRF nº 39, de 28 de novembro de 1995, que trata da contribuição para o PIS, dispõem sobre as exclusões da base de cálculo, dentre as quais não está relacionado o ICMS.

Por fim, observe-se a Súmula nº 68 do Superior Tribunal de Justiça, que, pacificando a questão, assim foi ementada:

"A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".

Desta sorte, não há como se excluir da base de cálculo da contribuição os valores relativos ao ICMS por absoluta falta de previsão legal.

Por sua vez, a exigência de juros de mora, em acréscimo aos créditos tributários não saldados no vencimento, é regulada pelo artigo 161 do CTN, com *status* de lei complementar, que assim dispõe:

"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 (...)". (grifei) //



Processo nº : 11020.002548/00-91
Recurso nº : 122.129
Acórdão nº : 202-14.564

Note-se que o CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto, atribuindo-lhe poderes para disciplinar o assunto, podendo fixar a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária.

Assim é que a taxa mencionada no § 1º do art. 161 do CTN vem sendo quantificada ao longo do tempo, pela legislação ordinária. Para o período de janeiro a março de 1995 a exigência dos juros de mora é em percentuais equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal, consoante artigo 84 da Lei nº 8.981, de 1995. Para o período de abril de 1995 a 31/12/1996, a exigência de juros de mora é em percentuais equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, com base no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 1995, e com amparo legal no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, a partir de 1997.

Conforme determinação legal, adota-se seu percentual como juros de mora. Em sendo a atividade de fiscalização plenamente vinculada, não há outra medida que não seja a estrita obediência ao que dispõe a lei, nos termos do art. 142 do CTN:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Diante do exposto, deixo de conhecer do recurso no tocante à matéria discutida em juízo e o conheço na parte diferenciada para negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2003.

NAYRA BASTOS MANATTA