



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

Processo nº 12897.000420/2009-74
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-002.536 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de março de 2014
Matéria Contribuição para o PIS/Pasep e Confins
Recorrente USINA TERMELÉTRICA NORTE FLUMINENSE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2007

PIS/COFINS. DÉBITO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO ORDINÁRIA CONFIRMADA POR SENTENÇA APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO MULTA DE OFÍCIO NÃO INCIDÊNCIA.

De acordo com o artigo 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, em lançamentos destinados a prevenir a decadência, cujo débito esteja com a exigibilidade suspensa, entre outras hipóteses, por força de tutela antecipada em ação ordinária, conforme ocorre neste caso, não cabe multa de ofício. Assim, neste feito, sobre o débito lançado não incide multa de ofício, pois desde o início da ação fiscal até este momento ele continua inexigível.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: Por unanimidade, deu-se parcial provimento ao recurso para afastar a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS- Presidente.

(assinado digitalmente)

FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio Cesar Alves Ramos (Presidente), Robson Jose Bayerl (Substituto), Jean Cleuter Simoes Mendonca, Fernando Marques Cleto Duarte, Fenelon Moscoso De Almeida (Suplente), Angela Sartori.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte USINA TERMELÉTRICA NORTE FLUMINENSE S/A em face de acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro II (RJ), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação apresentada, bem como manteve o crédito tributário lançado.

A matéria em discussão refere-se à exigência da Contribuição para o PIS/Pasep (Auto de Infração de fls. 58/65) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (Auto de Infração de fls. 49/57), alusivas aos períodos de 04/2007 a 12/2007, decorrentes do contrato de fornecimento de energia elétrica firmado com a empresa Light Serviços de Eletricidade S/A.

Emerge das razões de constituição do crédito que o lançamento decorreu da constatação, em sede de auditoria fiscal, de que a Recorrente utilizaria a aplicação do regime de cumulatividade nos pagamentos da Contribuição para o PIS e da COFINS, conquanto estivesse sujeita, em razão da natureza dos serviços que presta, ao regime da não-cumulatividade instituído pelas Leis nºs. 10.833/2003 e 10.637/2002.

Há, no Termo de Verificação e Constatação de fl. 49, a menção de que a Recorrente obteve junto à Justiça Federal de primeira instância, através do Processo nº 2005.34.00.000715-0, o reconhecimento provisório do direito ao regime da cumulatividade no pagamento dos tributos em discussão, razão porque o crédito tributário foi constituído com a exigibilidade suspensa.

Vale o registro de que houve recurso de Apelação com acórdão ainda não prolatado, conforme se depreende do extrato de andamento processual junto ao TRF da 1ª Região (fl. 420),

Devidamente intimada, em 30.06.2009, da constituição do crédito tributário, a contribuinte apresentou Impugnação, sobre a qual a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro II (RJ) proferiu acórdão que restou assim ementado:

“ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2007

AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA PELO CONTRIBUINTE RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS

Não cabe a apreciação pela autoridade administrativa de questões já submetidas à esfera judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

DECISÃO JUDICIAL ALCANCE

Somente é alcançada pela decisão judicial a norma expressamente contestada na correspondente ação, não se estendendo tais efeitos à norma editada posteriormente ao ajuizamento, ainda que trate de matéria idêntica.

PIS/COFINS PREÇO PREDETERMINADO REAJUSTE CONTRATUAL

A partir de 01/02/04, para fins de apuração do PIS e da COFINS, o preço predeterminado apenas não é descaracterizado quando o reajuste de preços se dá em percentual não superior ao correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

PIS/COFINS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA.

Com o advento da Lei nº 10.865, de 2004, que deu nova redação ao art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, não mais se poderá descontar créditos relativos à COFINS e ao PIS/Pasep, decorrentes de aquisições de insumos com alíquota zero, utilizados na produção ou fabricação de produtos destinados à venda.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.”

Cientificada da decisão, em 20.04.2012, conforme faz prova o comprovante de entrega de correspondência de fls. 542, a Recorrente interpôs o Recurso Voluntário de fls. 546/596, acompanhado dos documentos de fls. 597/665.

Em suas razões recursais, a Recorrente argui, em sede preliminar, a nulidade dos lançamentos, ao argumento de que inexistiu motivação, o que macula a validade da constituição do crédito tributário.

Aponta a impossibilidade da cobrança da multa, visto que a exigibilidade do crédito está suspensa, em virtude da discussão pendente na esfera judicial acerca dos lançamentos tributários.

No mérito, a Recorrente argumenta que a Lei nº. 10.833/2003, ao instituir o regime da não-cumulatividade, previu exceções, tais como a das receitas que é objeto dos autos de infração ora discutidos.

Indica que a relação jurídica havida com a empresa Light Serviços de Eletricidade S/A se enquadra nas hipóteses previstas na norma de regência para o sistema da cumulatividade.

A mais ratificar suas teses, a Recorrente junta ementas de diversos julgados da jurisprudência dos tribunais pátrios.

Ao final, requer, em sede preliminar, a declaração de nulidade dos lançamentos tributários ou, no mérito, o reconhecimento do direito ao sistema de cumulatividade com o consequente cancelamento dos Autos de Infração.

Não tendo havido contrarrazões por parte da Fazenda Nacional, os autos foram remetidos a este Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e presentes se encontram os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele eu conheço.

DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

Inicialmente, pugna o contribuinte pela anulação do processo sob o fundamento de que faltaria motivação à fiscalização para efetuar o lançamento em questão, visto que exigência de seu crédito estava suspensa.

Contudo, o inconformismo do recorrente não encontra guarida, tendo em vista que os fundamentos legais o lançamento com o escopo de se evitar a decadência arbitramento encontram-se plasmados nos autos. Vale salientar também que foram devidamente demonstrados nos autos a descrição dos fatos e a respectiva capitulação legal que fundamentou a exigência tributária.

Por fim, cumpre ressaltar que o lançamento encontra-se devidamente fundamentado e motivado, em consonância com o que determina a legislação que rege o processo administrativo fiscal, notadamente o art. 50, da Lei n.º 9.784/99 e art. 38, do Decreto 7.574/2011. Assim, não há que se falar em anulação do lançamento fiscal, no que rejeito a preliminar levantada pelo contribuinte.

O PROCESSO JUDICIAL

Insta salientar, outrossim, que o próprio recorrente suscita a concomitância de processos judiciais com o presente apelo administrativo. Trata-se, portanto, da chamada dupla impugnação, vedada pelo art. 38, parágrafo único da Lei n. 6.830/80:

Art. 38 [...]

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

3. No mesmo sentido é o teor da Súmula n. 1 do Carf:

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.

A concomitância de processos em esferas de impugnação distintas constitui ato incompatível com o exercício do direito de recorrer administrativamente, ante a prevalência da função judicante pelo Poder Judiciário (art. 2º da CF).

O Conselho tem precedentes em uníssono:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. EXERCÍCIO: 2005. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. A PROPOSITURA PELA RECORRENTE, CONTRA A FAZENDA NACIONAL, DE AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO, IMPORTA A DESISTÊNCIA DO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, NÃO CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO POR APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 01 (CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO), NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.” (CARF. 1ª Seção de Julgamento. 1ª Turma Especial. Acórdão nº 180100539. Processo 11610003705200700. Data 30/03/2011, Relatora Conselheira Carmen Ferreira Saraiva).

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL PERÍODO DE APURAÇÃO: 26/06/1995 A 30/08/1996 AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO, RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. 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. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR MAIORIA DE VOTOS, EM NÃO CONHECER DO RECURSO EM FACE DA CARACTERIZAÇÃO DA CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. VENCIDO O CONSELHEIRO DALTON CÉSAR. CORDEIRO DE MIRANDA QUE NÃO RECONHECERA A CONCOMITÂNCIA E, POR CONTA DISSO, APRESENTARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO” (CARF 3ª Seção de Julgamento. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária Acórdão nº 340100913 do Processo 10920003412200413 Data 28/07/2010. Rel. Cons. Odassi Guerzoni Filho)

Assim, deixo de analisar a matéria referente ao mérito do presente recurso, tendo em vista o óbice imposto pela Súmula 1 deste Conselho.

Ora, resta incontroverso que no momento da autuação a interessada estava acobertada por liminar em ação ordinária (processo nº 2005.34.00.000715-0, da 17ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Brasília), a qual suspendeu a exigibilidade do débito em apreço, nos moldes do artigo 151, inciso V, do CTN, conforme informado pela própria autoridade lançadora.

Posteriormente, a liminar deferida foi confirmada pela sentença de mérito (fls. 412,418), cujo dispositivo peço vênia para transcrever:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para assegurar a autora o direito de auferir o regime cumulativo das contribuições a COFINS e ao PIS referentes às receitas provenientes do contrato firmado com a Light, nos termos do art. 10, XI da Lei 10.833/03, devendo a ré abster-se de adotar atos ostensivos à cobrança visando o atendimento da Instrução Normativa 468/04.

A União Federal apelou e consultando na internet a página do Egrégio Tribunal Regional Federal – TRF da 1ª Região – www.trf1.jus.br – verifica-se que a Apelação, cuja origem é exatamente a ação acima destacada, ainda aguarda julgamento, estando os conclusos ao desembargador relator.

Conseqüentemente, até o momento, a interessada está albergada por decisão judicial que assegure o direito de auferir o regime cumulativo das contribuições a Cofins e Pis a afasta a exigência da multa de mora, sobre o fato em apreço.

Cabe a este Colegiado julgar o caso concreto e não apreciar possibilidades, como, por exemplo, os efeitos da reforma da decisão judicial favorável à empresa com relação à cobrança ou não da multa de mora.

E, insisto, desde que proferida a liminar favorável à interessada, o débito em questão não é exigível, sendo que esta situação permanece até hoje.

Nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, “Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.”

Portanto, em lançamentos destinados a prevenir a decadência, cujo débito esteja com a exigibilidade suspensa, entre outras hipóteses, por força de liminar em mandado de segurança, conforme ocorre neste caso, não cabe multa de ofício e a incidência da multa de mora fica interrompida desde a concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo.

Dessa forma, no caso em julgamento, não há que se cogitar na incidência da multa de ofício, pois desde o início da ação fiscal até este momento o débito continua inexigível.

O contribuinte nunca esteve em mora!

Este posicionamento vai ao encontro com o adotado pelo augusto STJ:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. FINSOCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO NO PRAZO DO ART. 63, § 2º, DA LEI N. 9.430/96. AFASTAMENTO DOS JUROS E MULTA DE MORA EM RELAÇÃO AO PERÍODO EM QUE A LIMINAR VIGEU.

1. A Corte de origem entendeu que não incidem multa nem juros moratórios em relação ao período em que o crédito tributário esteve com sua exigibilidade suspensa, por força de liminar concedida em mandado de segurança, posteriormente cassada por ocasião da sentença.

2. O julgado está amparado no art. 63, § 2º, da Lei n. 9.430/96, que dispõe: "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".

3. É de rigor a incidência da regra, para afastar a cobrança dos juros e da multa de mora em desfavor do contribuinte, nestes casos. Precedente da Turma no AgRg no REsp 1005599/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/06/2008.

4. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp nº 839.962/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJE de 16/04/2010)

Diferente não é o entendimento da 2ª Turma da CSRF deste Conselho, no Acórdão nº 920201.643, de relatoria do Ilustre Conselheiro Gonçalo Bonet Allage:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS REMUNERAÇÃO INDIRETA DÉBITO COM EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONFIRMADA POR SENTENÇA APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO MULTA DE MORA NÃO INCIDÊNCIA.

De acordo com o artigo 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, em lançamentos destinados a prevenir a decadência, cujo débito esteja com a exigibilidade suspensa, entre outras hipóteses, por força de liminar em mandado de segurança, conforme ocorre neste caso, não cabe multa de ofício e a incidência da multa de mora fica interrompida desde a concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo. Assim, neste feito, sobre o débito lançado não incide multa de mora, pois desde o início da ação fiscal até este momento ele continua inexigível. O contribuinte nunca esteve em mora.

Recurso especial negado.

Incabível, assim, a incidência da multa de ofício no caso em tela, pois desde o início da ação fiscal até este o momento o débito em apreço continua inexigível, de modo que a decisão recorrida, neste ponto, merece ser reformada.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir a multa de ofício lançada.

Fernando Marques Cleto Duarte - Relator

CÓPIA