ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13807.003537/2001-87

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

Processo nº	13807.003537/2001-87
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3401-004.358 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	31 de janeiro de 2018
Matéria	PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - PIS
Recorrente	KEMAH INDUSTRIAL LTDA. ME
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/1995, 28/02/1995, 31/03/1995, 30/04/1995, 31/05/1995, 30/06/1995, 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/12/1995, 28/02/1996

DECADÊNCIA.

o prazo decadencial qüinqüenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I do artigo 173 do CTN, e não de acordo com o § 4º do artigo 150, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

PRECLUSÃO.

Inexistindo impugnação, no recurso, sobre matéria julgada em primeiro grau, não há como reapreciar a matéria de ofício, havendo a preclusão por parte do recorrente, tornando a parte não impugnada incontroversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário na parte enviada ao colegiado, por não restar matéria contenciosa após a decisão da CSRF.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

TIAGO GUERRA MACHADO - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan, Robson José Bayerl, Fenelon Moscoso de Almeida, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, e Renato Vieira de Ávila (suplente convocado, em substituição a André Henrique Lemos, ausente).

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário (fls. 96 e seguintes), contra Acordão da Delegacia de Julgamento, que considerou manteve o lançamento de ofício da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), relativa ao período compreendido entre janeiro de 1995 e dezembro de 1996.

Do Lançamento

Trata-se de auto de infração relativo à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), com a constituição de crédito tributário total de R$51.998,61 (cinquenta e um mil, novecentos e noventa e oito e sessenta e um centavos), incluídos o principal, multa de oficio e juros de mora, estes calculados até fevereiro/2001.

Da Impugnação

A Contribuinte interpôs Manifestação de Inconformidade (fls. 31 e seguintes), alegando, em síntese, o seguinte:

> B. A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO
>
> Considerando-se que as infrações apontadas no auto de infração em referência não foram satisfatoriamente comprovadas pelo Fisco, infere-se que a autuação levada a cabo pela D. Fiscalização Federal deve ser totalmente afastada vez que em flagrante descompasso com o princípio da estrita legalidade tributária na medida em que é vedada a incidência tributária sobre fatos geradores presumidos.
>
> Não obstante a alteração legal introduzida pelas Leis n° 9.715/98 e 9.718/98, as quais, no arrepio dos princípios constitucionais da Magna Carta de 1988, buscaram ampliar a hipótese de incidência do PIS, estabelecendo sua base de Cálculo como sendo o "total de receitas auferidas pelo contribuinte", é certo que não havia, na época da ocorrência dos fatos geradores descritos pelo I. Agente Fiscal, previsão legal ou constitucional para dar suporte à cobrança do PIS da forma como pretendido pela I. Autoridade Fiscal.
>
> Isso porque, diante da data de ocorrência dos fatos jurídicos narrados na I. Autuação, é cediço que a correta base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social é o faturamento da empresa, como assim pode ser verificado do texto do artigo 3°, "b", da Lei Complementar n° 07/70 e ainda do artigo 1°,

parágrafo único da Lei Complementar n° 17/73, sendo vedado à Autoridade Fiscal aplicar retroativamente o disposto na atual legislação vigente.

(a) a base de cálculo do PIS

Assim, como é certo que a contribuição ao PIS tem como base de cálculo o faturamento da empresa, também é certo que o faturamento não se confunde com a receita da empresa, muito embora seja abrangido pela mesma

Não se pode confundir faturamento com receita em sua totalidade, posto que apenas abiangido pelo faturamento, portanto, coincidentes os conceitos, as receitas oriunda, de compra e venda mercantil e prestação de serviços. É incabível que outras receitas que não decorrentes de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços sejam tidas como faturamento, uma vez que inexistente a possibilidade de faturar.

Dessa forma, é absolutamente condenável o cálculo do PIS com base nas ' receitas escrituradas no Caixa da sociedade, o qual, como acima salientado, abarca outras receitas que não o faturamento da empresa.

Nesse sentido, a autuação levada a cabo pela D Fiscalização Federal vai de encontro ao artigo 114, do Código Tributário Nacional e assim deve ser afastada.

(b) da decadência

No caso do aludido tributo, portanto, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário se dá após o decurso de cinco anos contados do • primeiro mês do lançamento do PIS pelo contribuinte.

Note-se que o termo inicial para a contagem do prazo decadencial, de , acordo com o já citado artigo, tem início no primeiro mês em que o lançamento poderia ter sido realizado.

Tem-se assim que o período compreendido entre janeiro de 1995 a fevereiro de 1996, tal qual pretendido pelo I. Agente Fiscal, é manifestamente intempestivo, não se prestando, portanto, à operação de quaisquer efeitos em face da Impugnante.

(c) da aplicação da multa de 75%

É evidente, pois, que a aplicação de multa de 75% do valor do imposto considerado devido é por demais exorbitante. A Impugnante pleiteia, assim, que a multa imposta se subsuma aos ditames constitucionalmente definidos.

(d) a impossibilidade da cobrança da multa moratória concomitantemente: a de juros moratórios

Assim, devendo a mora ser punida, deve ela o ser ou por via da cobrança de juros de mora, ou pela cobrança da multa de mora, sendo absolutamente inconstitucional a cobrança de ambas as punições.

Em 31.05.2001, ofício da DRF SP (fl 60) nos seguintes termos: Iniciados os procedimentos para o Arrolamento de Bens nos termos do artigo 64 da Lei n° 9.532/97 em face dos créditos tributários lançados, fomos informados pela empresa da existência de liminar impeditiva concedida em Mandado de Segurança.

Da Decisão de 1ª Instância

Sobreveio Acordão 8294 (fls 79 e seguintes), exarado pela 4ª Turma, da DRJ, do qual a Contribuinte tomou conhecimento em 12.12.2007 (fl 93), através do qual a Impugnação foi considerada procedente, nos seguintes termos:

> Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep
>
> Data do fato gerador: 31/01/1995, 28/02/1995, 31/03/1995, 30/04/1995, 31/05/1995, 30/06/1995, 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/12/1995, 28/02/1996"
>
> Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO: Se da análise da escrituração da contribuinte forem apurados declaração e recolhimento a menor da contribuição devida, correto é o lançamento para a formalização da exigência.
>
> DECADÊNCIA. No caso de tributos sujeitos à sistemática de lançamento por homologação, o prazo previsto no parágrafo 42 do art. 150 do CTN, findo o qual opera-se a homologação tácita, será de 5 (cinco) anos caso não haja dispositivo legal preceituando lapso de tempo diverso. In casu, referido prazo é fixado pelo art. 45 da Lei n' 8.212, de 24 de Julho de 1991.
>
> MULTA DE OFICIO E JUROS DE MORA. INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no Pais, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.
>
> Lançamento Procedente

Dessa decisão, importante destacar os seguintes enxertos:

> Das Preliminares.
>
> 7. Em outro 'argumento preambular, a autuada pleiteia o reconhecimento de nulidade do lançamento efetivado, que estaria desprovido da necessária motivação e fundamentação.
>
> 8. Não lhe assiste razão, contudo, no questionamento. Com efeito, verificando a fiscalização que a contribuinte pão providenciara os devidos recolhimentos do PIS, nem retificara as DCTFs, revelou-se necessário ultimar o lançamento via auto de infração para possibilitar a devida cobrança do tributo.
>
> 9. Registre-se, ainda, que essa providência de lançar o tributo é tarefa de natureza • obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade funcional, a teor do que dispõe o artigo 142, parágrafo único, do CTN. 10. Por outro lado, o Decreto n° 70.235, de 06 de março de 1972, ao tratar das nulidades no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, dispõe: (...)
>
> 11. Nos termos da legislação, o Auto de Infração somente é nulo caso seja lavrado por pessoa incompetente, o que não acontece no presente processo.

12. Em outro ponto da impugnação, afirma a interessada que do auto de infração não constam data e hora de sua lavratura, muito menos a assinatura do agente fiscal. O argumento está destituído de Maior consistência, visto que a P página do auto de infração (fls. 23) traz consignadas a data (29/03/2001) e hora (12:20) de sua lavratura, sendo ao final devidamente assinado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal, Herbert Brito Viana, Matrícula 20.558.

13. A última preliminar levantada pela impugnante diz respeito à decadência do direito de lançar, por parte do Fisco, que teria ocorrido face ao decurso do prazo de mais de 5 (cinco) anos, contados a partir do fato gerador, a teor do que dispbe o parágrafo 4°, do artigo', 150, do CTN. (...)

16. Com isso, a tese da impugnante de decadência do direito da Fazenda Nacional constituir o crédito tributário revela-se improcedente. Com efeito, o PIS, como a maioria dos tributos, se insere no rol dos lançamentos por homologação. Tal sistemática, como se sabe, encontra-se regulada no artigo 150 do CTN, cujo § 4° fixa o prazo de cinco anos para o exame da autoridade administrativa, com vistas à homologação ali referida, com ressalva prévia de seu caput: "se a lei não fixar prazo à homologação...". Ocorre que a Lei n° 8.212, de 24 de Julho de 1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social e de seu plano de custeio, fixa esse prazo: (...)

17. Portanto, conclui-se, mediante uma interpretação sistemática, que o prazo previsto nesse dispositivo destina-se não apenas às contribuições citadas no art. 21 e 22 da Lei n° 8.212, de 1991, mas a todas as contribuições à Seguridade Social, o que, como visto, inclui a contribuição ao PIS.

18. Esse entendimento está consolidado no art. 95 do Decreto n° 4.524, de 17 de dezembro de 2002, que regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas • pessoas jurídicas em geral.

19. No caso em tela, a data da ciência do auto de infração é 29/03/2001 e a exigência refere-se a fatos geradores posteriores a janeiro de 1995. Logo, não há nenhum período alcançado pela decadência no presente auto de infração.

20. Registre-se, por necessário, que o prazo decadencial de dez anos, consoante previsto no artigo 45, da Lei 8.212, de 1991, vem sendo prestigiado pelo Superior Tribunal de , Justiça, como mostra a ementa de recente acórdão de sua r Turma, no RESP 475.559, de 16/10/2003, Relator Ministro Castro Meira - o -qual reformou decisão do Tribunal Regional Federal da 4° Região, que declarava a inconstitucionalidade do referido artigo 45, in verbis: (...)

Do mérito.

22. A primeira argumentação da impugnante, quanto às questões de mérito, refere-se aos ônus da prova, com menção à utilização da presunção, por parte da fiscalização, para embasar o lançamento.

23. Ora, não tem razão a contribuinte. Quando do inicio da fiscalização, em 30/11/1999, conforme termo de fls. 06, foram solicitados diversos livros fiscais à interessada, estatuto social da =Presa, guias de recolhimento, além de outros documentos.

24. Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 18, a contribuinte foi intimada a apresentar demonstrativos da base de cálculo da contribuição para o PIS, tendo afirmado não possuir as memórias de cálculo, nem como recuperá-las.

(...)

30. Como destacado anteriormente, o lançamento do PIS foi baseado no faturamento da empresa, sendo seus montantes extraídos do Livro de Registro de Apuração do TPI, no qual devem ser escrituradas todas as notas fiscais de venda de mercadorias sujeitas a esse imposto.

31. Assim, a contestação da contribuinte perde substância, considerando-se que não houve exigência fiscal sobre valores que não o faturamento da empresa, nem as bases de cálculo foram extraídas I, de Livro Caixa. Ademais, o enquadramento legal da infração, detalhado no auto de infração (fls. 24) não faz nenhuma menção às citadas Leis n° 9.715 e 9.718, ambas de 1998, afastando de vez as ponderações da impugnante quanto à tributação das receitas brutas.

Da multa de oficio. Do confisco.

(...)

39. Tais juros são calculados sobre o tributo não pago, repita-se, a título de ressarcir o Estado pela não disponibilidade do dinheiro, representado pelo crédito tributário.

40. Trata-se, portanto, de exigências distintas e simultâneas, vinculadas sempre ao não-cumprimento da obrigação tributária. O lançamento da multa de oficio e a exigência dos juros de mora devem, portanto, coexistir nos autos de infração.

41. A exigência concomitante da multa de oficio e dos juros de mora não encontra contestação na jurisprudência.

Irresignado, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, que apenas tratou da preliminar de "Decadência", sem recorrer do restante da decisão de primeiro grau, com os seguintes argumentos:

II. OS FATOS

(...)

6. Não obstante as razões expostas pela ora Recorrente, é certo que a Terceira Turma da I. Delegacia de Julgamento de Campinas — SP houve por bem decidir pela procedência do lançamento efetuado. Para tanto, afirma, em síntese, que: (i) para as contribuições sociais como o PIS e a COFINS ora exigidas, o prazo decadencial seria de 10 dez anos, por força do disposto do artigo 45 da Lei 8.212/91 e (ii) o Poder Judiciário já haveria pacificado entendimento no sentido • de que todos os tributos sujeitos ao lançamento por homologação teriam prazos decadenciais fixados em 10 anos.

7. Entretanto, em que pese o entendimento adotado pelos Julgadores a• quo, certo que a r. decisão ora recorrida merece ser revista, consoante será melhor abaixo demonstrado.

8. Primeiramente, alega o I. Julgador de la instância que o Fisco Federal teria' o prazo decadencial de 10 anos para constituir os créditos tributários supostamente devidos pela ora Recorrente a título de PIS, uma vez que tal tributo, ante a sua natureza de contribuição social, estaria adstrito ao prazo especial conferido pelo artigo 45 da Lei n°8.212/91.

9. Contudo, é certo que o prazo decadencial previsto no • \ mencionado artigo não é aplicável ante a sua manifesta ilegalidade, na medida em • que confronta com o artigo 150 do Codex Tributário, o qual possui status de lei complementar e, portanto, é o dispositivo legal apto a dispor sobre decadência tributária, consoante dispõe o artigo 146, inciso III, "b" da Carta Política de 1988:

III. O DIREITO

10. Deste modo, veja-se que a lei n° 8.212/91, cujo status é de lei ordinária, não poderia fixar prazo decadencial diverso daquele previsto no C'TN, o qual somente poderia ser alterado mediante a edição de lei complementar.

(...)

15. Demonstrada a inconstitucionalidade e a inaplicabilidade do artigo 45 da Lei n° 8.212/91, bem como o entendimento do Conselho de Contribuintes acerca do tema, cumpre, por fim, demonstrar que o entendimento em questão, ao contrário do que colocado na r. decisão recorrida, também é o entendimento adotado pelo Poder Judiciário.

16. A decisão colacionada na r. decisão recorrida expressa ANTIGO já SUPERADO entendimento do STJ. Vejamos, agora, a recente posição daquele n Superior Tribunal, a qual pode ser extraída de julgado de competência da Corte Especial, Relatoria do Ministro Teoria Albino Zavascki, no Agravo de Instrumento no Recurso Especial n° 616348 / MG, publicado em 05.10.2007: (...)

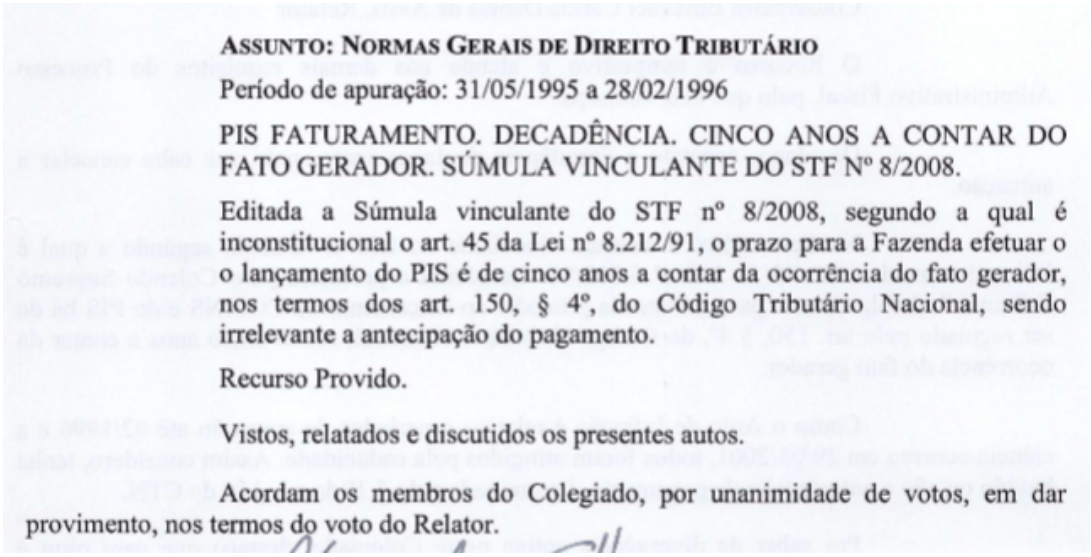
17. Desta forma e, considerando-se que a própria decisão recorrida 'reconhece que a contribuição ao PIS "se insere no rol dos lançamentos por 1 homologação", forçoso é o reconhecimento da aplicação do artigo 150, §40 do Código Tributário ao caso.

(...)

III. CONCLUSÃO- PEDIDOS

19. Dessa forma, diante de todo o exposto e entendendo estar suficientemente demonstrado o seu direito, requer-se que seja conhecido e provido o presente recurso para que seja reconhecida a decadência do direito da • fiscalização à constituição dos créditos descritos no Auto de Infração n° 0812100/00316/01 e, assim, sejam tais créditos declarados extintos de acordo com o disposto no artigo 156, inciso V do Código Tributário Nacional.

O Recurso Voluntário em questão foi julgado pelo CARF, 3ª Seção, em 27.07.2010, com a prolação pela 4ª Câmera, 1ª Turma Ordinária, do Acordão 3401-00.885, assim ementado:



ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/05/1995 a 28/02/1996

PIS FATURAMENTO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR. SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8/2008.

Editada a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo para a Fazenda efetuar o o lançamento do PIS é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos dos art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo irrelevante a antecipação do pagamento.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Ato contínuo, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls 133 e seguintes), em 04.11.2010, em face do Acordão do CARF 3401-00.885, com vistas a sua reforma e, consequente, afastamento da decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Em 16.03.2011, o CARF, através do despacho no. 3400 1313 (fls 137 e seguintes), da 4ª Câmara, comprova a divergência suscitada pela fazenda nacional e dá seguimento ao recurso especial proposto,

Em 07.06.2013, foi prolatado Acordão 9303-004.120 (fls 153 e seguintes), pela 3ª Turma Superior do CARF, que proveu em parte o Recurso Especial da Fazenda Nacional, restando assim ementado

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/1995, 28/02/1995, 31/03/1995, 30/04/1995, 31/05/1995, 30/06/1995, 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/12/1995, 28/02/1996

TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62, § 2º, DO RICARF.

MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ. Nos termos do artigo 62, § 2º, do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

No presente caso, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, entendeu que o prazo decadencial qüinqüenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I do artigo 173 do CTN, e não de acordo com o § 4º do artigo 150, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre,

sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

Recurso Especial do Procurador Provido em Parte.

Em 04.01.2017, foi proferido despacho de encaminhamento do processo ao CARF, nos seguintes termos (fl 168):

Tendo em vista a determinação no Acórdão de Recurso Especial nº 9303.004-120. de retorno dos autos ao colegiado recorrido, encaminhe-se para sorteio e distribuição no âmbito da 1ª Turma da 4ª Câmara da 3ª Seção.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tiago Guerra Machado

Devolvidos os autos a essa Turma, verificou-se que, nos termos apontados no Relatório, o contribuinte não recorreu quanto aos demais itens da decisão de primeiro grau, limitando-se a discutir a existência de decadência do lançamento fazendário.

Diante disso, e considerando que a Câmara Superior acabou por afastar esse argumento, restaram incontroversos os demais dispositivos da decisão recorrida, restando-os preclusos.

Portanto, não conheço do recurso.

Tiago Guerra Machado - Relator