



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

Processo nº 13808.000688/96-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3801-001.857 – 1ª Turma Especial
Sessão de 24 de abril de 2013
Matéria FINSOCIAL
Recorrente PANCOSTURA S/A INDUSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida MINISTÉRIO DA FAZENDA - RECEITA FEDERAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 31/05/1990 a 31/03/1992

LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.

Autoriza-se o lançamento de ofício efetuado para prevenir a decadência não se está a discutir a procedência ou não do valor lançado.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC .

De acordo com precedentes já definidos pela Súmula nº 4 do CARF, é inquestionável a aplicação da taxa SELIC.

FIANÇA BANCÁRIA.

A determinação judicial de fiança bancária possui o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário tal como a moratória, o depósito do seu montante integral, as reclamações e os recursos, a concessão de medida liminar em mandado de segurança, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial e o parcelamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade dos votos em DAR provimento parcial ao recurso voluntário no sentido de reconhecer a decadência da constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de maio de 1990 a junho de 1991 e afastar a multa de ofício nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Flávio de Castro Pontes, José Luiz Feistauer, Sidney Eduardo Stahl e Marco Antônio Borges votaram pelas conclusões. O conselheiro Sidney Eduardo Stahl fará declaração de voto.

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, José Luiz Feistauer, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antônio Borges e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

CÓPIA

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, proferida pela DRJ-Salvador (BA), fls. 331-335 que transcrevo a seguir:

“Trata-se de Auto de Infração (fls. 12-13) emitido contra a contribuinte acima identificada, visando a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL, decorrente da falta de recolhimento dos valores devidos, pertinentes ao período 31.05.1990 a 31.03.1992, conforme enquadramento legal mencionado na autuação.

Consta do Termo de Constatação Fiscal, parte integrante do auto de infração, que o crédito tributário foi constituído para evitar decadência, tendo sua exigibilidade suspensa em razão da empresa estar amparada por liminar concedida para efetuar depósito do FINSOCIAL. Acrescenta que posteriormente, inúmeros depósitos foram levantados e substituídos por carta de fiança, e em outros mesmo sem a existência desta garantia (fl.03).

Inconformado com a exigência fiscal a contribuinte apresentou impugnação (fls. 16-21), pedindo a nulidade do auto de infração sob o argumento de ter sido lavrado na vigência de medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário e que, seria incabível a imposição de multa de ofício e juros de mora.”

A Delegacia de Julgamento em Salvador (BA) proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 31/05/1990 a 31/03/1992

FINSOCIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AÇÃO JUDICIAL.

O crédito tributário, ainda que questionado e depositado judicialmente, deve ser regularmente constituído de ofício, mediante auto de infração, tendo, porém, suspensa sua exigibilidade.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE.

A fiança bancária não substitui o depósito judicial para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sendo cabível, no caso de lançamento de ofício, a imposição de multa e juros de mora.

Lançamento Procedente em Parte”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 342-357.

Em suas razões:

Inicialmente, requer seja reconhecida a extinção do crédito tributário relativamente aos fatos geradores de maio de 1990 a janeiro de 1991, nos termos do artigo 156, inciso VI, do Código Tributário Nacional, tendo em vista a conversão em renda da União dos depósitos judiciais.

Argumenta a decadência da constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores supostamente ocorridos no período de maio de 1990 a julho de 1991, nos termos do artigo 142 do CTN, uma vez que entre a data de ocorrência dos fatos geradores e a data de cientificação do auto de infração (12.07.1996) pelo contribuinte, havia transcorrido mais de 5 (cinco) anos.

Refere que o lançamento não deveria ter contemplado a multa de ofício, conforme disposto no artigo 63 da Lei n. 9.430/96, uma vez que havia sido consignado expressamente no termo de verificação fiscal a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base no artigo 151, inciso IV, do código Tributário Nacional, razão pela qual tal multa deveria ter sido cancelada integralmente para todo período autuado.

Alega que cabe à autoridade julgadora apenas decidir se o auto de infração lavrado com exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN, e para prevenir a decadência, deveria ou não contemplar a multa de ofício face ao disposto no artigo 63 da Lei n. 9.430/96, e não caberia opinar quanto a existência ou não de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário apontada pela fiscalização no termo de verificação fiscal.

Afirma que estando vigente na data da lavratura do auto de infração a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 91.0009663-6, conforme reconheceu expressamente a fiscalização ao constituir o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, é de rigor o cancelamento da multa de ofício, pouco importando a existência das fianças bancárias ou não naquela época, pois na verdade essas representavam mera garantia do juízo, que nunca condicionaram a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Aduz que a taxa é composta de correção monetária, juros e valores correspondentes a remuneração de serviços das instituições financeiras, é fixada unilateralmente por órgão do Poder Executivo e extrapola em muito o percentual de 1% previsto no artigo 161 do CTN.

Requer seja reformada a decisão vergastada, para que seja dado provimento ao recurso para reformar parcialmente a r. decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira – Relator.

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Dos termos relatados, o contribuinte apresenta em seu recurso as seguintes questões:

(i) *decadência em relação a constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores supostamente ocorridos no período de maio de 1990 a julho de 1991;*

(ii) *refere que a autoridade julgadora deveria julgar apenas quanto ao que foi exposto no auto de infração;*

(iii) *ressalta existência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário na data da lavratura do auto de infração;*

(iv) *assevera a impossibilidade de se computar juros de mora com base na Taxa Selic.*

Vejamos cada um destes pontos controversos em detalhe.

Inicialmente, merece guarida o pleito do contribuinte, visto que o prazo decadencial do PIS segue a regra geral do CTN, ou seja, cinco anos a contar do fator gerador. Não se aplica a regra da contagem do prazo de 10 anos constante da Lei 8.212/91, por decisão definitiva do STF que determina a inconstitucionalidade de tal norma, constante da Súmula Vinculante n. 8.

No mesmo sentido se pronunciou o CARF que:

Processo 13840.000703/2003-49

Processo Administrativo Fiscal Data do fato gerador: 30/04/1998, 31/05/1998 AUTO DE INFRAÇÃO. PIS. DECADÊNCIA. PAGAMENTOS ANTECIPADOS. CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR. STJ. RECURSO REPETITIVO. ART. 62-A DO REGIMENTO DO CARF. Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, é inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários da Cofins e do PIS/PASEP nos casos em que se confirma a existência de pagamento antecipado dessas contribuições é § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar do fato gerador, consoante, inclusive, decisão do STJ proferida na sistemática do artigo 543-C, do Código de Processo Civil e Aplicação ainda do art. 62-A, do Regimento Interno do CARF. Recurso Voluntário Provido.

Por outro lado, não assiste razão ao contribuinte ao pleitear a nulidade do Auto de Infração se destina tão somente a prevenir a decadência do lançamento de ofício efetuado para prevenir a decadência.

Processo 10380.007515/2003-18

Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. No julgamento administrativo sobre a validade do lançamento de ofício efetuado para prevenir a decadência não se está a discutir a procedência ou não do valor lançado, pois essa é uma discussão que está sendo travada na esfera judicial, devendo o mesmo ser validado se formalizado com a observância dos requisitos essenciais previstos na legislação de regência. Ocorrendo o trânsito em julgado da sentença judicial favorecendo a autuada, o lançamento preventivo será cancelado pela repartição da RFB encarregada da sua execução. Recurso a que se nega provimento.

No mesmo sentido:

Processo 10855.002048/2007-30

*CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/12/2003 a 31/07/2004 LANÇAMENTO PREVENTIVO DA DECADÊNCIA JUROS DE MORA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE SEM DEPÓSITO JUDICIAL. Quando a causa suspensiva da exigibilidade é a concessão de medida liminar em mandado de segurança, sem que tenha sido realizado depósito judicial da quantia em discussão, é cabível a aplicação de juros de mora sobre o montante principal, sob pena de impedir a atualização monetária do débito. **LANÇAMENTO PREVENTIVO DA DECADÊNCIA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS NORMAS VIGENTES.** Ainda que a matéria de mérito esteja sob discussão judicial, o agente fiscal deve observar a legislação vigente ao promover o lançamento para prevenção da decadência. Se no caso em análise há norma determinando a aplicação de alíquota zero do tributo, a disposição legal deve ser observada e a não aplicação desta pelo Fisco deve ser analisada na esfera administrativa, pois relacionase a aspecto formal da constituição do crédito tributário suspenso. Recurso Voluntário Provido em Parte.*

Por outro lado, torna-se insustentável a alegação do contribuinte sobre o questionamento da Selic, visto que se encontra pacificado no CARF, visto se tratar de matéria constitucional, cuja análise é vedada. No mesmo sentido:

Processo 10280.005558/2008-00

Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2003 JUROS DE MORA. TAXA SELIC A partir de 1o de abril de 1995, os juros moratórios dos débitos para com a Fazenda Nacional passaram a ser equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, de acordo com precedentes já

definidos pela Súmula no 4 do CARF, vigente desde 22/12/2009. INCONSTITUCIONALIDADE É vedado o afastamento da aplicação da legislação tributária sob o argumento de inconstitucionalidade, por força do disposto no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Matéria que já se encontra pacificada pela Súmula no 2 do CARF, em vigor desde 22/12/2009.

A jurisprudência do CARF é vacilante sobre a possibilidade de aceitação de fiança bancária substitui o depósito judicial para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Alegam determinados julgados que as hipóteses de suspensão cingem-se aos casos expressos explicitamente no art. 151 do CTN, dentre os quais não se encontra a fiança bancária.

Seguimos, contudo, o entendimento de que existindo decisão judicial autorizativa da mesma, esta permite a suspensão da exigibilidade, por se configurar em medida acautelatória judicial.

No mesmo sentido no CARF:

Processo 13808.000617/95-61

*FINSOCIAL. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO/SUSPENSÃO Nos termos do artigo 151 do CTN, suspendem a exibibilidade do crédito tributário a moratória, o depósito do seu montante integral, as reclamações e os recursos, a concessão de medida liminar em mandado de segurança, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial e o parcelamento. **FIANÇA BANCÁRIA – A aceitação de carta de fiança bancária fica condicionada à existência de determinação judicial nesse sentido. MULTA - É pertinente a cobrança da multa de 75% no lançamento de ofício, acrescidos de juros de mora. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.***

Por último, considerando que a fiança bancária se considera como sendo medida acautelatória e, portanto, suspensiva da exigibilidade do crédito, se aplica a Súmula CARF nº 17: “Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo”.

No mesmo sentido encontramos os seguintes julgados do CARF: Acórdãos nº 201-74351; nº 203-07480; nº 202-15710; nº 202-15782 e nº 202-16437.

No presente caso tal discussão não se torna necessária, visto que o débito tinha a sua exigibilidade suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança n.º 91.009663-6 (f. 176), garantida ou por depósito judicial ou mediante fiança bancária, conforme Termo de Constatação (fl. 03).

Entendo pelo PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reformar o acórdão da DRJ.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

CÓPIA

Declaração de Voto

Em que pese o entendimento brilhantemente apresentado pelo Ilustre Relator, entendo que o processo se resolve com base em um raciocínio distinto.

Com relação aos argumentos referentes à decadência, nada tenho a acrescentar, mas com relação ao lançamento da multa de ofício, gostaria de apresentar meu raciocínio.

Conforme se pode ver o auto de infração em discussão foi lançado para prevenir a decadência e a exigibilidade estava suspensa quando do lançamento do auto de infração por conta de liminar, nos termos do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, inclusive nos termos apontados pela fiscalização no próprio auto de infração (fls. 03), *verbis*:

Desta forma, embora suspensa a exigibilidade do crédito tributário por força do disposto no inciso IV do art 151 do CTN, e imperativa a formalização do lançamento constitutivo, de modo a acautelar os interesses e direitos de Fazenda Nacional;

Como se sabe, nos lançamentos efetuados somente para prevenir a decadência, quando a exigibilidade esteja suspensa por força de liminar (art. 151, IV do CTN), não caberá lançamento de multa de ofício.

Esse é, inclusive, o teor da Súmula 17 desse Conselho, assim expressa:

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Isso decorre do próprio mandamento da Lei nº 9.430/1996, que em seu artigo 63, expressa que “na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício”.

Este comando legal determina que a multa de ofício não será lançada se a exigibilidade estiver suspensa com base nos incisos IV e V do artigo 151 CTN e, ainda, se a suspensão da exigibilidade tenha ocorrido anteriormente a qualquer procedimento de ofício nos termos do § 1º do artigo 63 da Lei 9.430/1996.

No presente caso, portanto a multa de ofício, sequer poderia ter sido lançada.

Além disso, se isso já não fosse suficiente para dar procedência total ao Recurso, cuja questão pendente é somente a multa de ofício, para mantê-la a DRJ de Salvador/BA alterou o fundamento do auto, o que lhe é defeso.

Veja-se que o lançamento foi realizado para “prevenir a decadência” isso porque nem a concessão de medida liminar, nem o depósito integral do tributo substituem o lançamento, que é vinculado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

A DRJ, entretanto, para manter a multa de ofício trouxe outro fundamento que não constava do auto de infração, que *nem todos os créditos tributários estavam garantidos por depósitos judiciais na data em que se efetuou o auto de infração*, conforme consta às fls. 334 dos autos, alterando o “motivo determinante” do lançamento do auto.

Tenho que quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizadas no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, deve ser lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada, por força do que determina o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, nunca ajustado o motivo.

Em sintonia com o que determina a disposição legal supra, também a doutrina jurídica, na exegese de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez Lopes (*in* Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Dialética, 2002, p. 184), recomenda o seguinte:

“Assim, constatadas pela autoridade julgadora inexatidões na verificação do fato gerador, relacionadas com o mesmo ilícito descrito no lançamento original, o saneamento do processo fiscal será promovido pela feitura de Auto de Infração Complementar. Esta peça, sob pena de nulidade, deverá descrever os motivos que fundamentam a alteração do lançamento original, indicando o fato ou circunstância que ele pretende aditar ou retificar, demonstrando o crédito tributário unificado, de modo a permitir ao contribuinte o pleno conhecimento da alteração”...

Ora, uma vez notificado do lançamento não se pode mais alterar os motivos que lhe deram azo porque conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles, “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”².

Portanto, por esses dois motivos voto por julgar procedente o presente Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl