



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

Processo nº 13808.004710/00-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-001.228 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS
Recorrente CONSTRUTORA ROMEU CHAP CHAP LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998, 1999, 2000

APLICAÇÃO RETROATIVA DA MP 2.221/01. FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA.

A norma tributária somente retroage os seus efeitos quando assim dispõe expressamente ou nas hipóteses do art. 106 do Código Tributário Nacional. Portanto, não é aplicável ao caso concreto o dispositivo da Medida Provisória nº 2.221, de 2001, segundo o qual o PIS seguirá o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

AÇÃO JUDICIAL E CONSTITUIÇÃO DE OFÍCIO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Como a constituição do crédito tributário é de competência privativa da autoridade administrativa sua discussão em juízo não substitui, o lançamento, que deve ser efetuado como medida preventiva da decadência, com acréscimo dos juros moratórios.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar à preliminar de nulidade. Quanto à arguição de impossibilidade da exigência de multa de mora, pelo voto de qualidade, negado provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Marcelo Ribeiro Nogueira, Daniel Mariz Gudiño - relator e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim.

Procedeu à sustentação oral o representante da parte, Dr. Rafael Ristow, OAB-SP 248.605.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

DANIEL MARIZ GUDIÑO - Relator.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Daniel Mariz Gudiño, Paulo Sergio Celani e Marcelo Ribeiro Nogueira.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até o julgamento da impugnação, transcreve-se o relatório da instância *a quo*, seguido da ementa da decisão recorrida e das razões do Recurso Voluntário ora examinado:

Trata o presente processo de ação fiscal levada a efeito em relação à Contribuinte em epígrafe da qual resultou Lançamento, consubstanciado no "Auto de Infração" de fls. 205/208, da Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS no que tange aos anos-calendário de 1996 a 2000.

Conforme o Termo de Verificação e Constatação de fls. 190/194, a Contribuinte ingressou com ações judiciais atacando a incidência do PIS nos moldes da Medida Provisória 1.286/96 e guerreando dispositivos das Leis 9.715/98 e 9.718/98, observando a Autoridade Fiscal que o Lançamento seria realizado com o fim precípuo de promover a constituição do crédito tributário e "prevenir o prazo decadencial" (fl. 191).

A autuação foi levada a efeito com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário que, composto pela contribuição e juros de mora (cálculo até 30/11/2000), perfaz o montante de R\$ 488.832,24 (quatrocentos e oitenta e oito mil, oitocentos e trinta e dois reais e vinte e quatro centavos).

Na impugnação contra o Auto de Infração (fls. 212/245) alega-se, em síntese, no sentido: de que o art. 62 do Decreto nº 70.235/72 veda a autuação de contribuinte escorado em decisão judicial e, havendo decisões liminares determinando o cálculo do PIS “nos moldes da LC nº 7/70, ou seja, a sistemática do “PIS Repique”” (fl. 215), não poderia ter sido lavrado o Auto de Infração em questão; de que, uma vez que partiu do Fisco a opção pela via administrativa, a Contribuinte nela pode discutir o mérito; de que a hipótese de incidência e a base de cálculo

previstas na Lei Complementar 7/70 ficaram "constitucionalizadas" pelo art. 239 da Constituição Federal, não cabendo alterá-las por intermédio de medida provisória, lei ou lei complementar, como ocorreu com a Medida Provisória 1.212/95 e posteriores reedições, até a Lei 9.715/98; de que a Lei 9.718/98 violou o art. 195, inciso I, da Constituição Federal e o artigo 110 do Código Tributário Nacional, fazendo alargar a base impositiva das contribuições sociais do faturamento para a receita bruta, sendo que, de outro lado, o PIS nem sequer é uma contribuição social albergada no citado art. 195, mas trata-se de uma contribuição "constitucionalizada" pelo art. 239 da Carta Constitucional; de que o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 instituiu a não-cumulatividade para o PIS e a Cofins, sistemática essa que se acomoda aos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e da livre concorrência; de que "é descabido o condicionamento da aplicação do inciso III, § 2º, art. 3º da Lei n.º 9.718/98, à edição de normas regulamentadoras pelo Poder Executivo" (fl. 242); de que a sistemática da não-cumulatividade prevista no inciso III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/88 "deve ser materializada por intermédio da redução da base de cálculo, e não por meio da compensação entre tributos creditados e debitados" (fl. 243), como ocorre no ICMS; de que a revogação do referido dispositivo legal pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 2000, só pode ocorrer, em respeito ao art. 195, § 6º, da Constituição Federal, 90 dias após a sua publicação; e de que não existe razão lógica e aceitável em se revogar de forma específica um dispositivo - como fez o art. 47 da Medida Provisória nº 1.991-18, de 2000 - que, em tese, não poderia ser aplicado, ficando demonstrado, desse modo, que o dispositivo revogado nunca dependeu de qualquer tipo de regulamentação.

Pede a Contribuinte, por fim, que o Auto de Infração seja cancelado em todos seus efeitos e protesta por todos os meios de prova em direito admitidas, requerendo que as intimações e notificações sejam encaminhadas aos seus procuradores, "bem como sejam enviadas cópias à Impugnante" (fls. 245).

Consigna a Equipe de Análise e Acompanhamento de Medidas Judiciais e do Crédito Tributário Sub Judice da Divisão de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo que:

1) no Mandado de Segurança 96.0035499-5 o(a) "contribuinte pediu para não ser obrigado a recolher o PIS nos termos de MP 1286/96 e suas reedições" (fl. 483), tendo ocorrido "o trânsito em julgado da decisão denegatória definitiva em 08/08/2007" (fl. 483);

2) no Mandado de Segurança 2000.61.00.047998-7 o(a) "contribuinte pediu para não ser obrigado a recolher o PIS nos termos da Lei 9715/98 e 9718/98" (fl. 483) e "o acórdão proferido pelo TRF 3 em 09/04/2008 determinou a constitucionalidade da cobrança do PIS nos termos da 9715/98 e a inconstitucionalidade da cobrança nos termos da Lei 9718/98"

(fl. 483), sendo "interposto o Recurso Extraordinário pela União e pelo contribuinte, que ainda estão em análise no TRF 3" (fl. 483).

É o relatório.

A impugnação teve seu provimento negado pela 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I (SP), conforme se depreende da ementa do Acórdão nº 16-23.562, de 19/11/2009:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998, 1999, 2000

LANÇAMENTO. A atividade de Lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de eventual ação judicial, cuja consequência é estruturar, conforme seja, um cenário de mera suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

AÇÃO JUDICIAL. É devida a constituição do crédito tributário durante ação judicial, cabendo, inclusive com o objetivo de prevenir a decadência e em consonância com a legislação da época, o Lançamento nas situações envolvendo decisão judicial não atingida pelos efeitos da coisa julgada.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto. Todavia, o processo administrativo terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada daquela do processo judicial.

ADAPTAÇÃO À COISA JULGADA. Cabe à Unidade administrativa jurisdicionante do contribuinte adaptar à coisa julgada o crédito tributário, se for o caso, fazendo os ajustes administrativos porventura necessários ao cumprimento das decisões judiciais aplicáveis.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. Descabem ser apreciados no julgamento administrativo argumentos de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma.

NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA. O inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 nunca esteve apto a produzir os efeitos por ele pretendido, pois ineficaz, já que careceu de complementação, ou seja, de normas regulamentadoras que lhe atribuíssem eficácia.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a Recorrente interpôs seu recurso voluntário, de forma tempestiva, pugnano pela improcedência do auto de infração, uma vez que (i) a apuração do crédito tributário não observou o regime de caixa ao qual a Recorrente estava sujeita para fins

de receitas de venda de imóveis, acarretando vício insanável decorrente da identificação da matéria tributável e (ii) a multa de mora não é devida quando o lançamento é efetuado com o fim único de prevenir a decadência.

Na forma regimental, o processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño – Relator

O recurso voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235 de 1972, razão pela qual deve ser conhecido.

O primeiro ponto de insurgência da Recorrente refere-se à necessidade de o lançamento não ter identificado corretamente a matéria tributável, uma vez que considerou a receita bruta operacional para fins de quantificação do *quantum debeatur*.

Em sua visão, a autoridade fiscal responsável pelo lançamento deveria ter observado o fato de que suas operações de venda de imóveis a prazo estavam sujeitas ao regime de caixa para fins de reconhecimento de receita, nos termos do art. 29 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Superando a análise da preclusão que esse argumento possa ensejar, por não ter sido suscitado na impugnação, é de se reconhecer que a legislação vigente à época dos fatos geradores alcançados pelo lançamento (31/03/1996 a 30/06/2000) não previa qualquer exclusão da base de cálculo do PIS quanto às parcelas vincendas de operações de venda de imóveis a prazo.

A legislação mencionada pela Recorrente versa sobre a apuração do Lucro Real, ou seja, a matéria tributável do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas. O tratamento tributário pretendido pela Recorrente passou a ser aplicável à apuração do PIS e da COFINS somente a partir da publicação da Medida Provisória nº 2.221, de 2001. Senão, vejamos:

Art. 2º As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive por equiparação, de que trata o art. 30 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, seguirão o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

Art. 3º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Ressalte-se que a norma tributária somente retroage quando há disposição expressa nesse sentido ou nas hipóteses do art. 106 do CTN. O art. 2º da Medida Provisória nº 2.221, de 2001, não se enquadra em qualquer hipótese que admita a retroatividade de seus efeitos.

Com efeito, não merece prosperar a preliminar de nulidade do auto de infração por vício material insanável decorrente da falta de identificação da matéria tributável.

Já no que diz respeito ao segundo ponto de insurgência da Recorrente, qual seja, a impossibilidade de se exigir multa de mora em lançamentos efetuados com o fim exclusivo de prevenir a decadência, a questão está disciplinada no art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996, *in verbis*:

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (redação original)

[...]

§ 2º A interposição de 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. (g.n.)

Com base no dispositivo legal supracitado, verifica-se que, uma vez que as decisões liminares foram reformadas, a Recorrente somente poderia ter efetuado o pagamento do tributo discutido sem a multa de mora até o trigésimo dia após a data das respectivas publicações.

Questão importante que deve ser enfrentada é a necessidade de cobrar a multa de mora por meio de lançamento de ofício ou não. No caso concreto, não houve lançamento de ofício, muito embora o art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996, contenha previsão de cobrança de multa de mora isoladamente.

Nessa toada, a decisão recorrida merece ser reformada quanto à aplicação da multa de mora.

Diante de todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo o crédito tributário integralmente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Daniel Mariz Gudiño – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim

Trata o presente processo de lançamento, referente à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS nos anos-calendário de 1996 a 2000.

A recorrente ingressou com ações judiciais investindo contra a incidência do PIS, nos termos da Medida Provisória 1.286/96 e bem como os dispositivos das Leis 9.715/98 e 9.718/98.

Logo, a autuação foi formalizada com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, composto do PIS e juros de mora.

O lançamento feito para prevenir a decadência representa apenas a constituição do título hábil a lastrear a cobrança futura caso o Fisco emergja vencedor na ação judicial, ou caso o contribuinte perca, no transcurso do processo, a proteção judicial de suspensão da cobrança.

O art. 142, parágrafo único, do CTN, por sua vez, é expresso ao determinar que a constituição o crédito tributário é obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, *in verbis*: “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (...). Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”.

Cito ainda, o Recurso Especial do STJ de nº 332693, em que segundo o voto da Ministra Eliana Calmon “o Fisco não está inibido de constituir o seu crédito, dispondo então de cinco anos para fazê-lo, com ou sem depósito, porque, como já visto, a única inibição provocada pelo depósito refere-se à exigibilidade, existente em um segundo momento, quando já constituído o crédito, nos termos do art. 142 do CTN”.

Suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Alberto Xavier prescreve que:

“A suspensão regulada pelo art. 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar.”

(XAVIER, Alberto. Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997)

Nesse contexto, o art. 63, da Lei 9.430/96, prevê que sejam feitos lançamentos de créditos com exigibilidade suspensa para prevenir a decadência, estabelecendo, nesse caso, que a autoridade competente o faça, sem aplicar a multa de ofício.

"Art. 63. 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."

(...)"

Conforme o *caput* do artigo acima, tem-se incontestemente a possibilidade de se efetuar lançamento com o fim de se prevenir a decadência do crédito tributário.

Em relação à outra questão, de que o lançamento não poderia consignar os juros de mora, sob o motivo de que inexistiria mora no caso de o tributo estar com exigibilidade suspensa, importa observar que também não assiste razão.

Existe mora quando o tributo devido está vencido. O vencimento do tributo é definido em lei. A medida judicial suspensiva de exigibilidade não tem por efeito alterar a data do vencimento do tributo, postergando-a, - como a tese da recorrente. E, se há mora, devem ser consignados no lançamento os competentes encargos legais.

Neste sentido, o CTN estipula no artigo 161, que os juros de mora são sempre exigíveis quando vencido o tributo, excetuados apenas os casos de consulta tributária sobre o crédito a vencer, dirigida ao Fisco.

É por este motivo que votei por não acompanhar o voto do relator no sentido de não acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pela impossibilidade de seu lançamento, bem como consignar os juros de mora. Ressalto neste momento, que o Auto de Infração foi lançado sem multa de mora.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por DANIEL MARIZ GUDINO em 23/10/2013 12:11:08.

Documento autenticado digitalmente por DANIEL MARIZ GUDINO em 23/10/2013.

Documento assinado digitalmente por: MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM em 31/10/2013, MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO em 31/10/2013 e DANIEL MARIZ GUDINO em 23/10/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 04/11/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP04.1119.08464.ILF9

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

BC7D45BCC62842473351B37E348117DB9795AF21