



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

Processo n° 14120.720013/2014-51
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-004.756 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2017
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente ADAR INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2010

MPF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. EXPEDIÇÃO. PRORROGAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. Eventual irregularidade na emissão ou na prorrogação de mandado de procedimento fiscal não gera nulidade do lançamento, sobretudo quando dela não tenha decorrido prejuízo para o contribuinte.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. O lançamento realizado com a finalidade de evitar a decadência constitui, desde o início, o crédito tributário com exigibilidade suspensa.

CONCOMITÂNCIA. PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 01. A teor da Súmula CARF nº 01, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial 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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2010

PIS. LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA. Aplica-se ao lançamento da Contribuição para o PIS/Pasep o decidido em relação à COFINS lançada a partir da mesma matéria fática.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em **NÃO CONHECER** do recurso voluntário, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Jorge Olmiro Lock Freire, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Souza Bispo, Carlos Augusto Daniel Neto, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração (fls. 2/15), lavrado contra a empresa ADAR INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., proveniente de auditoria fiscal, que formalizou crédito tributário da Contribuição para o PIS no valor de R\$ 1.447.448,77 e da COFINS no valor de R\$ 6.667.036,76, perfazendo o total de R\$ 8.114.485,53, e foi realizado com fulcro no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, a fim de **prevenir a decadência** das Contribuições do ano-calendário de 2010, tendo em vista o **Mandado de Segurança nº nº 2007.60.03.000385-9**, da 4ª Vara Federal de Campo Grande (MS), impetrado pela Recorrente acima identificada, buscando obter provimento jurisdicional que lhe assegurasse, para fins de apuração e recolhimento, retirar da base de cálculo de ambas as contribuições o valor do ICMS (cópias docs. fls. 53/240).

Inconformada, a Recorrente impugnou o lançamento, alegando, preliminarmente, nulidade em razão de vícios do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), especificamente, no que tange à sua prorrogação, que teria ocorrido sem que dela o fiscalizado tivesse sido regularmente intimado. Disse ainda que o procedimento administrativo deve ser sobrestado, de modo a impedir a inscrição do débito em dívida. No mérito, sustentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de ambas as Contribuições, ao argumento de que o valor do imposto estadual não se subsume ao conceito de receita ou faturamento.

No entanto, a Delegacia da RFB de Julgamento em Campo Grande (MS) julgou a Impugnação improcedente, nos termos do Acórdão nº 04-39.394, de 28/04/2015, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos (fls. 1.407/1.410):

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Ano-calendário: 2010

*MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. EXPEDIÇÃO.
PRORROGAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.*

Eventual irregularidade na emissão ou na prorrogação de mandado de procedimento fiscal não gera nulidade do lançamento, sobretudo quando dela não tenha decorrido prejuízo para o contribuinte.

LANÇAMENTO PARA EVITAR DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. O lançamento realizado com a finalidade de evitar a decadência constitui, desde o início, o crédito tributário com exigibilidade suspensa.

MATÉRIA OBJETO DE DISCUSSÃO JUDICIAL. EXAME NA VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Matéria objeto de discussão em processo judicial não pode, concomitantemente, ser apreciada e decidida na esfera administrativa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A Recorrente foi intimado da decisão DRJ em 11/05/2015 (fl. 1.414). Descontente com a decisão de primeira instância, em 22/05/2015 (fl. 1.417), protocolou o recurso voluntário de fls. 1.418/1.438, repisando os argumentos apresentados na Impugnação, que, em síntese, reproduzo:

(i) requer a nulidade do Auto de Infração, por conter vícios insanáveis no decorrer do procedimento fiscal (item II.1);

(ii) solicita a necessidade do sobrestamento do PAF a bem da segurança jurídica, da eficiência dos Atos Administrativos e da legalidade (item II.2);

(iii) no Mérito, requer a Improcedência do Lançamento, uma vez que a Recorrente está convicta de que o Auto de Infração contra ela lavrado será integralmente cancelado, em virtude do vício que maculou a ação fiscal que lhe deu origem ou, ao menos, sobrestado o andamento do processo administrativo fiscal dele decorrente para evitar-se violação aos artigos 14 do Decreto Federal nº 70.235/72, art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99 e 265, IV, "b", do CPC, normas flagrantemente violadas pela r. decisão recorrida (II.3).

E prossegue aduzindo que, todavia, em observância ao princípio da eventualidade, passa a discorrer sobre a total improcedência do Auto de Infração, comprovando-se, assim, que, no mérito, não lhe resta melhor sorte, devendo, no caso presente, ser afastada a Súmula nº 1 do CARF.

(iii.a) discorre que o ICMS não é faturamento da Pessoa Jurídica; e

(iii.b) que o ICMS não é receita auferida pela Pessoa Jurídica;

Por fim, requer que seja reformada a r. decisão recorrida para que: (i) seja cancelado o Auto de Infração que deu origem aos presentes autos; ou, ao menos, (ii) seja determinado o sobrestamento do processo administrativo fiscal até o término dos autos do Mandado de Segurança nº 2007.60.03.000385-9; ou, ainda, (iii) seja julgado totalmente

improcedente o Auto de Infração, haja vista a devida comprovação do direito da Recorrente em efetuar a exclusão do ICMS na apuração da base de cálculo das Contribuições PIS e COFINS, cancelando-se, assim, o lançamento efetuado.

Protesta ainda pela sustentação oral das razões do presente Recurso, requerendo seja previamente intimada do resultado nas pessoas dos seus representantes legais.

Em 08/08/2017, protocolou petição (fls. 1.452/1.453), que requerer o cadastramento do crédito tributário objeto deste processo no sistema da RFB como "suspensão em razão de liminar ou tutela antecipada na forma do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional", apenas e tão somente até o julgamento final do Mandado de Segurança nº 0000385-15.2007.4.03.6003, no qual a Requerente discute o crédito tributário discutido nestes autos.

Informa que tal providência se justifica porque o crédito tributário discutido nestes autos encontra-se com a exigibilidade suspensa, não podendo ser cobrado neste momento, em virtude de ordem liminar concedida nos autos da Medida Cautelar nº 0004476.03.2016.4.03.0000, proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Mairan Maia, Vice Presidente do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (cópia anexa às fls. 1.445/1.451).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra, relator.

1. Da admissibilidade do recurso

O recurso voluntário interposto é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

2. Objeto da lide

Como relatado, o processo trata de Autos de Infração, proveniente de lançamento de crédito tributário da Contribuição para o PIS e da COFINS realizado com fulcro no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, a fim de **prevenir a decadência** das Contribuições do ano-calendário de 2010, tendo em vista o **Mandado de Segurança nº nº 2007.60.03.000385-9**, da 4ª Vara Federal de Campo Grande (MS), impetrado pela Recorrente acima identificada, buscando obter provimento jurisdicional que lhe assegurasse, para fins de apuração e recolhimento, retirar da base de cálculo de ambas as contribuições o valor do ICMS. O lançamento foi efetuado sem a cobrança da multa de Ofício.

3. Preliminar de Nulidade

Argumenta a Recorrente em seu recurso que "(...) *Uma vez que o mencionado MPF nº 0140100.2013.0055-7, no qual se pautou a autuação foi prorrogado no prazo de 120 dias de sua emissão (20/03/2014), sem a expedição de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar e sem a intimação prévia da Recorrente (Docs. 17.a), o mesmo extinguiu-se em (20/03/2013) (artigos 12 e 15, II, da Portaria nº 1.265/99).*

E, como o Auto de Infração foi lavrado em 15/10/2014, ou seja, após o vencimento e consequente extinção do MPF que o embasou, verifica-se sua patente nulidade".

Como se vê, a Recorrente protesta pela nulidade do Auto de Infração, alegando conter vícios insanáveis no decorrer do procedimento fiscal.

Como bem asseverada pela decisão recorrida, a preliminar de nulidade deve ser rejeitada. Ressalta-se que consta do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), que a Recorrente poderia verificar a autenticidade do ato, utilizando o programa Consulta Mandado de Procedimento Fiscal, disponível na página da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) na Internet, no endereço www.receita.fazenda.gov. Tal informação, também foi consignado no corpo do Termo de Início do Procedimento Fiscal, quando a Recorrente tomou ciência (fl. 18). Veja-se trecho abaixo reproduzido:

O sujeito passivo poderá verificar a autenticidade do Mandado de Procedimento Fiscal utilizando o programa Consulta Mandado de Procedimento Fiscal, disponível na página da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, www.receita.fazenda.gov.br, onde deverá ser informado o número do CNPJ e o código de acesso.

E mais. A ciência das diversas prorrogações que o mandado de procedimento viesse a sofrer também se dava mediante divulgação pela Internet, no mesmo endereço, estando disponível ao contribuinte a qualquer momento.

Portanto, não se pode afirmar ter havido irregularidade. Não obstante, ainda que irregularidade houvesse nesse ponto, isso não comprometeria a validade do lançamento. É entendimento pacífico, no âmbito deste CARF, que eventuais inobservâncias quanto às normas de prorrogação do mandado de procedimento fiscal caracterizariam mera irregularidade, insuscetível de projetar efeitos na relação jurídica tributária, sobretudo quando dela não tenha decorrido prejuízo para o contribuinte.

Desta forma, rejeita-se a preliminar de nulidade.

4. Do sobrestamento do PAF

Aduz a Recorrente em seu recurso que "*(...) a r. decisão recorrida afasta a necessidade de sobrestamento do feito até o deslinde do processo judicial conexo após concluir que 'estando, pois, suspensa a exigibilidade do crédito, nenhum ato tendente à sua cobrança ou execução poderá ser praticado, inclusive a inscrição em dívida ativa'*".

Todavia, o entendimento da r. decisão é equivocado porque verifica a situação atual (na qual estava pendente julgamento da Impugnação da Recorrente), deixando de apurar que a causa da suspensão da exigibilidade no corrente caso, além do mandado de segurança conexo, é a existência do processo administrativo decorrente da autuação fiscal lavrada para evitar a decadência".

Observa-se que a Recorrente solicita a necessidade do sobrestamento do PAF a bem da segurança jurídica, da eficiência dos Atos Administrativos e da legalidade.

Informa ainda em sua petição de 08/08/2017, que (fl. 1.452) "*(...) Tal providência se justifica porque o crédito tributário discutido nestes autos encontra-se com a exigibilidade suspensa, não podendo ser cobrado neste momento, em virtude de ordem liminar*

concedida nos autos da Medida Cautelar nº 0004476.03.2016.4.03.0000, proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Mairan Maia, Vice Presidente do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (cópia anexa)".

No que tange ao sobrestamento do processo administrativo, a medida se mostra desnecessária. É que o lançamento realizado com o fim específico de impedir a decadência já constitui o crédito tributário, desde o início, com a exigibilidade suspensa, como revela o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, abaixo reproduzido:

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. (grifei)

§1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Estando, pois, suspensa a exigibilidade do crédito, nenhum ato tendente à sua cobrança ou execução poderá ser praticado, inclusive a inscrição em dívida.

5. Do Mérito - CONCOMITÂNCIA

Aduz a Recorrente em seu recurso que, "(...) Com efeito, conforme adiante restará comprovado, não poderá prevalecer a cobrança do crédito tributário indevidamente constituído no Auto de Infração, **uma vez que o ICMS não integra qualquer elemento descrito na regra-matriz de incidência das mencionadas Contribuições PIS e COFINS, pois não se insere nos conceitos de "faturamento da pessoa jurídica", ou "totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica".** (Grifei)

Consta no teor de seu Recurso Voluntário às fls. 1420/1421, que:

"(...) Por entender que a inclusão do ICMS na base de cálculo das mencionadas Contribuições (PIS e COFINS) é ilegítima, em 15.05.2007, juntamente com outras empresas, a Recorrente impetrou o Mandado de Segurança nº 2007.60.03.000385-9 (Doc. 03 acostado à Impugnação), em trâmite atualmente perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Conforme atesta a Certidão de Objeto e Pé - Doc. 04 - acostado à Impugnação), objetivando:

1) liminarmente, a suspensão imediata e doravante da inclusão do ICMS na base de cálculo das Contribuições PIS e COFINS; e

2) no mérito, o reconhecimento de seu direito líquido e certo de:

2.a) não incluir o ICMS na base de cálculo das Contribuições PIS e COFINS, quer sob a égide do regime cumulativo (Leis Complementares nº 7/70 e 70/91 e alterações posteriores), quer sob a égide do regime não-cumulativo (Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 e alterações posteriores); e

2.b) recuperar (somente ao final da ação) os valores pagos indevidamente a este título (parcelas de PIS e COFINS calculadas sobre o valor correspondente ao ICMS),

corrigidos monetariamente com base na Taxa Selic, mediante compensação com débitos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil".

Como pode ser constatado, verifica-se, no caso, a **concomitância** de instâncias (Administrativa e Judicial) no que se refere às alegações tratadas na alegação do direito a não incluir o ICMS na base de cálculo das Contribuições PIS e COFINS, quer sob a égide do regime cumulativo (Leis Complementares nº 7/70 e 70/91 e alterações posteriores), quer sob a égide do regime não-cumulativo (Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 e alterações posteriores).

Conforme determina o § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/1979 que a "propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto" e também o art. 38 da Lei nº 6.830/80 traz disposição semelhante em relação às ações judiciais de mandado de segurança, repetição do indébito ou anulatória do ato declarativo da dívida.

Nessa mesma linha, o CARF aprovou o enunciado de Súmula CARF nº 01, publicada no DOU de 22/12/2009, no seguinte sentido;

"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".

O art. 87 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, regulamentou a matéria no mesmo sentido:

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei no 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

E, ainda por meio do Parecer Normativo COSIT nº 7, de 08/2014, as unidades da RFB foram orientadas a não conhecerem dos recursos interpostos pelos contribuintes, naqueles casos em que o objeto e as causas de pedir forem idênticas àquelas postas à apreciação da Justiça, **antes ou posterior à autuação**. Opera-se, neste caso, uma renúncia tácita do contribuinte ao recurso administrativo.

Desta forma, **não se conhece** aqui das razões tratadas pela Recorrente, uma vez que a renúncia à via administrativa da alegação da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS resta configurada, considerando que a coisa julgada proferida no âmbito do Poder Judiciário não pode ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal brasileira, que adota o modelo de jurisdição una, segundo o qual as decisões judiciais são soberanas. Na esfera Judicial deve ser decidida.

6. Da Sustentação oral e da intimação do resultado do Julgamento

Requer a Recorrente em seu recurso o direito pela sustentação oral das razões do presente Recurso, requerendo seja previamente intimada nas pessoas dos seus representantes legais.

Quanto a solicitação do direito de promover sustentação oral, quando do julgamento do Recurso Voluntário pelo colegiado, é cediço que em julgamento perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), ou na Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), é assegurada ao contribuinte oportunidade para propositura de sustentação oral, como previsto no RICARF art. 58, II, da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Quanto a intimação, deve ser indeferido o pedido para que as intimações sejam efetuadas em nome do patrono da causa administrativa, pois, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 23, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 67, determina que elas sejam feitas por via postal, ou qualquer outra via com prova de recebimento, e endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

7. Dispositivo

Forte em todo o acima exposto, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e com base na Súmula CARF nº 1, **não conhecer** do recurso voluntário interposto, face a concomitância de instâncias (Administrativa e Judicial).

É como voto.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator