ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 15586.000339/2005-62
CÓPIA

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

Processo nº	15586.000339/2005-62
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3301-002.363 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	28 de maio de 2014
Matéria	PIS
Recorrente	UNISUPER DISTRIBUIDORA S/A.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2000 a 30/11/2002

MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

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.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AÇÃO JUDICIAL.

A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial, questionado a sua exigência.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/05/2000

DECADÊNCIA. DIFERENÇA APURADA. LANÇAMENTO.

Por força do disposto no art. 62-A do RICARF. c/c a decisão do STJ, no REsp 973.733/SC, reconhece-se a decadência qüinqüenal do direito de a Fazenda Pública constituir a parte do crédito tributário lançada e exigida para a competência de junho de 1994.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, quanto à matéria de mérito, em face da concomitância, e, na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Morais – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, José Adão Vitorino de Morais, Andrada Márcio Canuto Natal, Fábia Regina Freitas e Antônio Mário de Abreu Pinto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ no Rio de Janeiro (SP) que julgou improcedente a impugnação interposta contra o lançamento da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) referente aos fatos geradores ocorridos nos períodos de competência de fevereiro de 2000 a novembro de 2002.

O lançamento decorreu da diferença entre os valores da contribuição, declarados nas DCTF e os devidos, apurados com base nos livros fiscais da recorrente, pelo fato de ela ter excluído da base de cálculo da contribuição as receitas não operacionais, com amparo em liminar concedida no mandado de segurança nº 2000.50.01.000369-8, conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal às fls. 693/695.

Intimada do lançamento, a recorrente impugnou-o, alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

> 1) A defendente ingressou com Mandado de Segurança perante a Seção Judiciária do Espírito Santo, tombado sob o n° 2000.50.01.000369-8, em trâmite na 5ª Vara Federal contra a exigência da Contribuição para o PIS com base na Lei n° 9.718/98, alegando a inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo de faturamento para receita;
>
> 2) Foi deferida medida liminar com efeito de suspender a exigibilidade dos créditos de PIS/Cofins decorrentes da aplicação da Lei n° 9.718/98. Posteriormente, foi concedida a segurança, reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência da Cofins com base no referido diploma legal;
>
> 3) Não obstante estar amparada por medida judicial, a defendente não deixou de formalizar, na DCTF, o total do crédito tributário, destacando a parcela cuja exigibilidade estava suspensa. Portanto, a lavratura do Auto de Infração é despropositada, pois o crédito tributário foi constituído pela defendente;
>
> 4) O art. 38, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais estatui que ao propor Mandado de Segurança, Ação de Repetição de Indébito ou Ação Anulatória do Ato Declarativo da Dívida, o contribuinte, por presunção, renuncia a seu direito

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ao processo administrativo fiscal. Entretanto tal preceito deve ser interpretado em conformidade com as garantias fundamentais asseguradas na Constituição, em especial, o direito de petição, o princípio do devido processo legal, a garantia à ampla defesa e ao contraditório e ao princípio da isonomia;

5) Sendo assim, a partir do exercício do direito de petição da defendente, assegurado no art. 5°, XXXIV, "a", não poderão ser imputadas quaisquer sanções ou perda de direitos. Daí porque, a suposta "renúncia" ao direito ao processo administrativo não pode ser aplicada à defendente;

6) Ressalte-se que a propositura do Mandado de Segurança ocorreu antes da autuação fiscal, hipótese não contemplada na Lei de Execuções Fiscais;

7) Outrossim, a Constituição Federal de 1988 assegurou aos litigantes, em processo administrativo e judicial, o direito a ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos a ela inerentes. Tal preceito importa no exame da defesa no âmbito administrativo, sob infringência da garantia ã ampla defesa e ao contraditório, corolários do devido processo legal;

8) Sendo a Contribuição para o tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o disposto no art. 150, § 49; do CTN, isto é, se em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, a fazenda não se manifestar, estará extinto o crédito tributário, não mais podendo promover o lançamento de ofício, caso exista divergências entre o que foi apurado pelo contribuinte e pela Administração Pública;

9) O Auto de Infração foi lavrado em 06/06/2005, com a ciência do sujeito passivo havida em 07/06/2005, portanto, mais de cinco anos após a ocorrência dos fatos geradores relativos às competências de fevereiro a maio de 2000;

10) A nova base de cálculo instituída pela Lei n° 9.718/98 é inconstitucional ilegal porque o conceito de faturamento fixado pelo STF, para efeito da aplicação do art. 195, I, da CF/88, vigente ao tempo em que publicada a citada lei, correspondia apenas ao da receita bruta decorrente de vendas de mercadorias e serviços. A permissão para que o PIS e a Cofins incidissem sobre a totalidade das receitas só veio com a publicação da EC n° 20, de 16/12/1998, que é posterior à Lei n° 9.718/98;

11) A referida alteração constitucional não possui efeito retroativo, só se podendo aceitar a incidência de contribuições sociais instituídas por lei sobre receita se esta lei for promulgada após a alteração do o constitucional;

12) Além do fato de que os juros devem ser instituídos nos níveis próprios da simples mora, e não nos níveis remuneratórios, que ademais embutem ressarcimento de custos e correção monetária, a taxa Selic, além desses inconvenientes, tem uma característica que a toma inteiramente incompatível com a imposição de juros sobre débitos tributários. Essa característica é a de que ela não reflete a inflação do período somada aos juros, mas sim a política monetária do Governo, somada a juros (remuneratórios) e custos, estando, portanto, inteiramente divorciada dos parâmetros que a legislação estabelece para a imposição, seja de correção, seja dos próprios juros;

13) A Constituição Federal estipula limites para juros reais, referindo-se a operações de crédito, que pressupõe remuneração. Os juros moratórios sequer admitem conceitualmente a parcela remuneratória, e, por conseguinte, submetem-se àquele teto;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

14) Respeitada a natureza moratória dos juros aplicáveis a débitos tributários, é induvidosa a aplicabilidade do teto de 1% por força dos dispositivos primários de direito que regem a matéria (art. 192 da CF e art. 161, § 1°, do CTN);

15) Por fim, requer que seja julgada improcedente a ação fiscal, anulando-se o Auto de Infração ora impugnado, seja pela inconstitucionalidade da Lei n° 9.718/98, seja em virtude da defendente se encontrar amparada por decisão judicial.

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou-a improcedente, conforme Acórdão nº 11.184, datada de 30/12/2005, às fls. 735/747, sob as seguintes ementas:

"DECADÊNCIA.
O prazo decadencial para a constituição de créditos relativos à Contribuição para o PIS é de 10 (dez) anos, iniciando-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL SUSPENSIVA. COMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PELO CONTRIBUINTE.
Para que tenha sentido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, faz-se necessária sua prévia constituição. Assim, o provimento judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário não obsta o lançamento de ofício quando este crédito não tiver sido constituído pelo contribuinte.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.
A propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas. Quando forem diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE -
Não compete à autoridade administrativa apreciar argüições de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.
Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja constitucionalidade não pode ser aferida na esfera administrativa."

Cientificada dessa decisão, inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 750/767), requerendo a sua reforma, a fim que se cancele o lançamento, alegando, em síntese, (i) a impossibilidade de constituição do crédito tributário, em face do mandado de segurança impetrado por ela discutindo a mesma matéria, na esfera judicial, e também por ter declarado as parcelas nas respectivas DCTF, com exigibilidade suspensa, o que implica duplicidade de exigência das mesmas parcelas; (ii) a decadência quinquenal do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente às competências de fevereiro a maio de 2000, nos termos do CTN, art. 150, § 4º; e (iii) contestou a exigência de juros de mora à taxa Selic, discorrendo longamente sobre sua instituição, natureza e finalidade, concluindo que esta não se presta para cobrança de juros moratórios.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Morais

O recurso de ofício apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Segundo o auto de infração e a própria recorrente reconheceu, as diferenças de parcelas do PIS, objeto do lançamento em discussão, foram também objeto do mandado de segurança nº 2000.50.01.000369-8.

Conforme já decidido pela autoridade julgadora de primeira instância, a opção da recorrente pela via judiciária para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, e do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria já sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) por meio da Súmula nº 01, nos seguintes termos:

> *"Súmula CARF nº 01. 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."*

Assim, por força no disposto no § 4º do art. 72, do RICARF, obrigatoriamente, aplica-se esta súmula, ao presente caso.

Quanto à constituição do crédito tributário, objeto de ação judicial, seja qual for a modalidade, aquela não tem o condão de impedir o lançamento de ofício.

A atividade de lançamento, visando à constituição de crédito tributário, nos termos do Código Tributário Nacional, é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos para sua realização, como no presente caso, conforme dispõe o art. 142, parágrafo único:

> *"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*
>
> *Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Já seu art. 151, assim dispõe:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...];

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;

[...].

Do conteúdo destes dispositivos legais, verifica-se que a conseqüência advinda da concessão da liminar e/ ou sentença favorável são meras suspensões da exigibilidade do crédito, uma vez que a sua extinção fica condicionada à decisão judicial transitada em julgado.

A lavratura do auto de infração para a constituição de crédito tributário com exigibilidade suspensa, em face de ação judicial, não traz prejuízo algum ao contribuinte, sendo o lançamento mero ato de formalização do crédito.

Se a decisão transitada em julgado lhe for favorável o lançamento e respectivas cominações legais serão cancelados; se contrária a ele, será exigido seu imediato pagamento, bem como dos juros de mora.

Em relação à suscitada decadência, conforme consta do auto de infração, as parcelas lançadas e exigidas decorreram de diferenças entre os valores declarados/pagos e os efetivamente devidos.

A decadência do direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário está regulada no CTN, que assim dispõe:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...].

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."*

CÓPIA

Já no julgamento do REsp nº 973.733/SC, o Superior Tribunal Justiça (STJ) assim decidiu, quanto à decadência:

> *"1. 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 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 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008. AgRg nos EREsp 216.755/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP. Rel. Ministro Luis Fux, julgado em 13.12.2004, J 28.02.2005)".*

No presente caso, a recorrente foi intimada do lançamento em 07/06/2005, conforme provam a assinatura e a data, postas no auto de infração às fls. 692. Contando-se o prazo de 5 (cinco) anos, a partir do fatos gerador ocorrido em 31/05/2000, a data limite para a constituição do crédito tributário correspondente àquela competência expirou-se em 31/05/2005.

Assim, por força do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), adota-se para o presente julgamento, aquela decisão, para reconhecer a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente às competência de fevereiro a maio de 2000.

Finalmente quanto à utilização da taxa Selic para o cálculo dos juros demora, trata-se também de matéria já sumulada pelo CARF por meio da Súmula nº 4, nos seguintes termos:

> *"Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."*

Assim, por força do disposto no art. 72 do RICARF, adoto esta súmula para o presente caso.

Em face do exposto, não conheço do recurso voluntário, em relação à matéria de mérito, exigência das parcelas do PIS, nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, sobre receitas não operacionais, discutida concomitantemente nas esferas administrativa e judicial e, na parte conhecida, dou-lhe provimento parcial para reconhecer a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir a parte do crédito tributário correspondente às competências de fevereiro a

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

maio de 2000, cabendo à autoridade administrativa competente, após o trânsito em julgado da decisão judicial, cumpri-la, na íntegra.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Morais - Relator

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 25/08/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS
Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA