



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

Processo nº 15586.000805/2005-18
Recurso nº 938.115 Voluntário
Acórdão nº **3803-003.298 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 19 de julho de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente COMER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/12/2002

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. EFEITOS.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual com o mesmo objeto do processo administrativo. (Súmula CARF nº 1).

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/12/2002

Ementa: COMPENSAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A DO CTN.

A compensação de créditos tributários contra a Fazenda Nacional oriundos de decisão judicial deverá aguardar o trânsito em julgado da decisão favorável aos interesses do sujeito passivo, conforme preceitua o art. 170-A do CTN, sob pena de não homologação.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Direito Creditório Não Reconhecido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

[assinado digitalmente]

Alexandre Kern - Presidente.

[assinado digitalmente]

João Alfredo Eduão Ferreira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern, Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafetá Reis, João Alfredo Eduão Ferreira, Jorge Victor Rodrigues e Juliano Eduardo Lirani.

Relatório

Tratam-se de Autos de Infração que formalizam o lançamento para a cobrança de PIS, no valor de R\$ 63.400,62 e COFINS, no valor de R\$ 263.646,97, totalizando o montante de R\$ 327.047,59, incluídos principal multa e juros, relativamente aos períodos de apuração novembro/2001 a dezembro/2002.

Verifica-se, ainda a existência de um Termo Final de Verificação Fiscal para cada Auto de Infração lavrado contra o contribuinte. No Termo Final de Verificação Fiscal relativo ao PIS (fls.482/487), a autoridade autuante consignou que:

a) os recolhimentos de PIS informados nas declarações da contribuinte estão em montante inferior ao devido, comparando-se as informações da DIPJ, dos recolhimentos, e as informações contábeis da autuada;

b) apesar da existência de Ação Ordinária de Repetição de Indébito de PIS, de número 2001.50.01.0110940, por meio do qual a interessada buscou a decretação de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88, não lhe foi concedido direito creditório, nem tão pouco medida liminar, à época da consulta constante em folha 427;

c) se o direito creditório é decorrente dos Decretos Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88, este deve se referir aos créditos anteriores a março/1996, em função dos efeitos da Resolução do Senado nº 49,

d) embora o período pleiteado tenha sido nos períodos de apuração julho/1993 a dezembro/1998; o prazo legal para a utilização de direito creditório anterior a março/1996 já havia encerrado em março/2001, conforme Ato Declaratório nº 96/1999 e lei Complementar nº 118/2005;

e) como não há qualquer registro das informações das compensações nas DCTF dos períodos analisados, não subsistiria outro direito creditório de PIS, mesmo que não decorrentes dos Decretos Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88;

Já no Termo Final de Verificação Fiscal relativo a COFINS (fls. 983/987), a autoridade autuante consignou que os recolhimentos da COFINS estão em montante inferior ao devido, nos períodos de apuração novembro/2001 a dezembro/2002. Fundamentou a autoridade:

a) a contribuinte obteve liminar e a segurança nos autos da Ação Mandado de Segurança, de número 2001.50.01.0110926, por meio do qual a interessada tinha buscado não se submeter às alterações trazidas pela Lei nº 9.718/1998, no que tange a majoração de alíquota da COFINS de 2% para 3%. A citada ação também lhe garantiu a restituição e a compensação de valores recolhidos a este título;

b) constatou que todas as notas fiscais apresentadas, emitidas em 2002 foram contabilizadas nos Livro Diário e Razão 2002, nas contas de Receitas da Atividade;

c) embora existam registros contábeis nas contas “Juros Recebidos”, “Descontos Obtidos” e “Variações Monetárias Ativas”, constatou-se que estas receitas não foram incluídas pela autuada na base de cálculo da COFINS no ano calendário 2002;

d) a contribuinte não diferiu suas receitas, optando pelo regime de competência, conforme os registros do LALUR;

e) pelos registros datilografados nos versos dos DARF referentes aos períodos analisados, verificou-se que os valores ali recolhidos foram resultado de compensação efetuada com amparo no processo judicial nº 2001.50.01.0110926;

f) independe a existência ou não de direito creditório a favor da contribuinte, calcado em ação judicial, a contribuinte, ao efetuar os lançamentos dos débitos federais do período na DCTF, não fez uso do direito ao crédito, nem tão pouco registrou as informações dos débitos.

Cientificada, a contribuinte apresentou impugnação à exigência de PIS, às fls. 505/524 e documentos de folhas seguintes, bem como outra impugnação para contestar o lançamento da COFINS, às fls. 1006/1027 e documentos de folhas seguintes.

Em sua defesa, argumentou inicialmente que a Lei nº 9.430/1996, no artigo 74, instituiu uma nova forma de compensação que convive com a estabelecida pela Lei nº 8.383/1991, e com ela não se confunde.

Consignou a interessada que para os efeitos do artigo 66 da Lei 8.383/1991, a liquidez e certeza não são atributos do crédito em si, mas do direito a esse crédito.

Sustentou, que os valores compensados pela autuada foram por ela apurados e registrados em seus livros contábeis, independentemente de autorização por parte da autoridade administrativa.

Ademais, argumentou sobre a inconstitucionalidade dos Decretos 2.445/1988 e 2.449/1988. Segundo afirmou, as empresas que realizaram operações de venda de mercadorias suportavam diferentemente a carga do PIS em relação àquelas que não realizaram operações de venda de mercadorias.

No caso da contribuinte, consignou que na modalidade de PIS REPIQUE, como não realizava operações de venda de mercadorias, e não tendo imposto de renda a recolher, não procedia ao pagamento do PIS, diferentemente de outros contribuintes, que tendo realizado operações de venda de mercadorias, deviam o PIS com a aplicação da alíquota de 0,75% sobre o faturamento. E com a edição dos Decretos nº 2.445/1988 e 2.449/1988, a contribuinte passou a ter que recolher a contribuição à alíquota de 0,65% sobre a receita operacional bruta.

Como os citados decretos foram declarados inconstitucionais, a contribuinte passou a ter direito ao crédito dos valores recolhidos indevidamente. Citou a interessada que todos os recolhimentos por ela efetuados com base nos Decretos-Leis nº 2.445/1988 e 2.1449/1988 são inconstitucionais, comportando restituição.

Em relação à prescrição alegada pela Receita Federal do Brasil, a Manifestante argumentou em seu favor a tese dos “5+5”.

Por último, defendeu a contribuinte que o STF declarou inconstitucional o alargamento da base de cálculo prevista no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1988. Sendo assim, não haveria o que se falar na inclusão de receitas financeiras nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Em 28 de abril de 2011, foi proferido o acórdão nº 1334.488, da DRJ/RJ2, 5ª Turma, no sentido de dar parcial provimento à impugnação, reconhecendo a decadência dos valores lançados anteriormente a 09/12/2001 e exonerando a contribuinte do lançamento do PIS e da COFINS, referente ao período de novembro de 2001.

A autoridade incumbida da execução do acórdão retornou os autos à DRJ com vistas a sua retificação, uma vez constatado lapso manifesto na identificação do marco inicial da decadência, que seria 09/12/2000 e não 09/12/2001, considerando a data de ciência do Auto de Infração em 09/12/2005.

Em novo julgamento, a DRJ/RJ2 proferiu decisão, no sentido de julgar improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte, conforme excerto que transcrevemos a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/11/2001 a 31/12/2002 FALTA DE DECLARAÇÃO DE DÉBITOS. LANÇAMENTO.

Correto o lançamento de contribuição social devida e não confessada pelo sujeito passivo, visando proteger o crédito tributário dos efeitos da decadência.

COMPENSAÇÃO JUDICIAL.

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE LEI Nº 9.718/1988. CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL.

A propositura de ação judicial, versando sobre a mesma matéria de direito, objeto de impugnação, implica renúncia a o processo na esfera administrativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL-COFINS

Período de apuração: 01/ 11/2001a31/1 2/2002 FALTA DE DECLARAÇÃO DE DÉBITOS. LANÇAMENTO.

Correto o lançamento de contribuição social devida e não confessada pelo sujeito passivo, visando proteger o crédito tributário dos efeitos da decadência.

INCONSTITUCIONALIDADE LEI Nº 9.718/1988. CONCOMITÂNCIA.AÇÃO JUDICIAL.

A propositura de ação judicial, versando sobre a mesma matéria de direito, objeto de impugnação, implica renúncia ao processo na esfera administrativa.

Retificação do Acórdão DRJ/RJ2 nº13-34.488 de 28 de abril de 2011.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada em 23/01/2012, apresentou recurso voluntário em 16/02/2012, no qual, em síntese, repisa os argumentos das impugnações apresentadas requerendo ao final o cancelamento dos autos de infração, uma vez constatado o encontro das contas entre os créditos do contribuinte e o débito apontado pela Receita Federal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Alfredo Eduão Ferreira

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Tratam-se de Autos de Infração que formalizam exigências de PIS e COFINS, no valor total de R\$ 327.047,59, relativamente aos períodos de apuração novembro/2001 a dezembro/2002.

Da Ação Ordinária de Repetição de Indébito - PIS

Do Termo Final de Verificação Fiscal referente ao **PIS**, extrai-se que, em relação à Contribuição para o PIS, a contribuinte ajuizou em 29/11/2001 **ação ordinária de repetição de indébito junto à 5ª Vara Federal de Vitória/ES distribuída sob o nº 2001.50.01.011094-0** (fls. 391/423), com vistas à obtenção da decretação de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88 e medidas provisórias editadas, bem como a declaração do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS, referente aos períodos compreendidos entre a data de 10 anos da distribuição da petição e a entrada em vigor da Lei nº 9.715/98.

A sentença de mérito foi proferida no sentido de extinguir o feito pela decadência quanto ao direito de pleitear a repetição dos valores recolhidos antes de 29 de novembro de 1996 e em relação aos pagamentos ulteriores a esta data, julgou improcedente o pedido, tendo em vista que sequer seria possível reconhecer eventual indébito tributário relativo ao período em questão.

Em consulta ao sítio da Justiça Federal, Sessão Judiciária do Espírito Santo, constatei que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu parcial provimento ao recurso para afastar a decadência reconhecida pelo magistrado *a quo*, julgando parcialmente procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico tributária entre as partes relativamente ao recolhimento do PIS, nos termos dos Decretos-leis ns. 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e o direito à compensação dos valores recolhidos a este título, respeitada a prescrição decenal, com parcelas vincendas do próprio PIS corrigidos monetariamente pelo INPC, de março a

dezembro de 1991, pela UFIR, de janeiro a dezembro de 1995, a partir de quando incidirá a Taxa SELIC, sem qualquer outro índice de atualização ou juros, afastada a aplicação do artigo 170-A do CTN, mantendo a cobrança do PIS com base na LC n. 07/70, e para que as custas e os honorários sejam repartidos e compensados entre as partes. Ressalvado o direito do Fisco de fiscalizar a compensação nos limites do julgado.

Logo após, a Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios alegando que o aresto impugnado, ao declarar que o artigo 3º, da Lei Complementar nº 118/2005 somente é aplicável às ações propostas a partir da data da sua vigência, ou seja, após 09/06/2005, deixou de aplicar o art 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, violando a cláusula da reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal. **Atualmente, o recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional encontra-se sobrestado tendo em vista que ainda não foi certificado o trânsito em julgado do RE nº 566.621.**

Do Mandado de Segurança - COFINS

Em relação à COFINS, observa-se a existência do **Mandado de Segurança nº 2001.50.01.011092-6**, ajuizado em 29/11/2001 (portanto juntamente com a ação de repetição de indébito), perante a 5ª Vara Federal de Vitória/ES, cujo pedido é a não submissão às alterações trazida pela Lei nº 9.718/98 no que tange a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%.

Os documentos em fls. 370/393 evidenciam que foi deferida liminar em seu favor e a sentença de mérito concedeu a segurança pretendida reconhecendo o direito à restituição caso haja diferenças em decorrência dos pagamentos a este título, inclusive por meio de compensação.

Em consulta ao sítio da Justiça Federal, Sessão Judiciária do Espírito Santo, constatei que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento a apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária conforme ementa que transcrevemos a seguir:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL – PIS/PASEP – COFINS – LEIS 9715/98, 9718/98, 10637/02 e 10833/03 – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS – BASE DE CÁLCULO – ALTERAÇÃO DAS ALÍQUOTAS.

I – A questão diz respeito à observância dos requisitos constitucionais das Leis Ordinárias 9718/98 e 9715/98 quanto ao PIS/PASEP e COFINS, no que diz respeito à base de cálculo e às alíquotas, princípio da capacidade contributiva, princípio da anterioridade e legalidade das exações, com abordagem das Leis nºs 10637/02 e 10833/03.

II - O conceito de faturamento expresso no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal se equipara ao conceito de receita bruta, tal como definida na Lei Complementar 70/91. Deve a receita bruta ou faturamento ser entendida como o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura. Ou seja, faturamento e receita bruta são coisas idênticas quando se entende como receita bruta o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços.

III - A Lei nº 9718/98, em seu art. 3, § 1º, prevê a incidência da COFINS sobre todas as receitas da empresa, quer tenham elas, quer não, relação com a venda de mercadorias e serviços.

IV - A EC 020/98 e a EC 032/01 incluíram na base de cálculo da COFINS a receita, vocábulo abrangente do faturamento e das demais operações efetuadas pela empresa e que tenham reflexos positivos em seu movimento de caixa. O faturamento desta forma seria a espécie do gênero receita no qual se contém toda e qualquer movimentação financeira da empresa.

V - Após a EC 020/98 e a EC 032/01, tanto a COFINS quanto o PIS e o PASEP têm novo perfil, posto que sua abrangência é mais voltada à realidade dos meios de comercialização de produtos e serviços, os quais nem sempre se sujeitam às tradicionais faturas.

VI - Já no que diz respeito ao PIS/PASEP, foi instituído pela Lei Complementar 07/70 e na atualidade a Lei nº 10637/02 é expressamente recepcionado pela Constituição Federal, cujo art. 239 não deixa qualquer dúvida.

VII - É forçoso reconhecer que a matéria pertinente ao PIS, inicialmente tratada em lei complementar, passou a receber tratamento através de lei ordinária, a que se refere o art. 239 da CF/88 como lei complementar, donde a legitimidade da Lei 10637/02 em face à EC 32/01.

VIII - A natureza da lei ordinária com a só expressão numérica absoluta do “quorum” da Casa Legislativa que caracteriza a complementar, não afasta a legalidade da exação cuja alíquota vem expressa em lei ordinária, como ocorre com as Leis nºs 10637/02, 9718/98 e 9715/98.

IX - Apreciada a questão quanto à alteração das alíquotas, fato é que a Emenda Constitucional 20/98, bem assim a Lei 10637/02 vêm lastreada em reiteradas afirmações da Suprema Corte quanto à equiparação dos conceitos de faturamento e receita operacional bruta.

X - A propósito da alteração das alíquotas através da Medida Provisória nº 1212 convolada na Lei nº 9715/98, o E. Supremo Tribunal Federal, através da Adin nº 1417/DF, concluiu pela ocorrência da mitigada inconstitucionalidade de seu art. 18, por infração ao art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

A contribuinte interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal, **o qual não foi admitido pelo TRF da 2ª Região por ausência de requisito de admissibilidade.** O mandamus transitou em julgado, ocorrendo o seu arquivamento na data de 07/01/2009.

Do Mérito

Por todo o apanhado, restou configurada a similitude de objeto entre ambas as demandas, inclusive no que tange à decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário por meio do lançamento e ao direito da contribuinte de pleitear a compensação dos valores pagos indevidamente a título da contribuição para o PIS.

Encontra-se devidamente pacificado nesta esfera que ao adentrar no Poder Judiciário, o contribuinte renuncia à instância administrativa bem como a eventuais recursos

interpostos por este, justamente porque a coisa julgada deverá prevalecer. Aliás, a esse propósito, diz a 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.

No mesmo sentido, dispõe a Portaria MF nº 58 de 17.03.2006, revogada pelo artigo 30 da Portaria nº 341 de 12.07.2011, bem como a Portaria nº 256 de 22.06.2009 que instituiu este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso. (grifamos)

Isto porque, segundo o princípio da unicidade da jurisdição consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, somente exerce a jurisdição os Órgãos do Poder Judiciário, salvo raras exceções conferidas no corpo da atual Carta Magna e portanto, suas decisões terão força de definitiva, transpondo o peso conferido às decisões de natureza administrativa.

Dessa forma, tendo a Interessada buscado a via judicial, renunciou à manifestação da instância administrativa e desistiu do Recurso Voluntário interposto contra a Fazenda Nacional em conformidade com a legislação acima exposta, prejudicando a apreciação da matéria por esta Turma Especial.

Ademais, sabe-se que a contribuinte conta com uma decisão judicial desfavorável ao seus interesses em relação à COFINS, transitada em julgado, e outra decisão favorável no que tange à contribuição para o PIS/Pasep, sem contudo, haver transitado em julgado.

Nesse sentido, dispõe a legislação de regência que o contribuinte “*que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão*”.

Com a redação do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, podemos extrair que são requisitos da compensação:

- a) a existência de créditos tributários próprios do sujeito passivo contra a Fazenda Nacional;
- b) caso tais créditos sejam oriundos de ação judicial, é imprescindível o transitado em julgado de decisão

favorável aos interesses do sujeito passivo antes da transmissão da Dcomp;

- c) os créditos devem ser passíveis de restituição ou ressarcimento.

Mais adiante, determina o parágrafo 12 do dispositivo legal citado acima que quando o contribuinte se precipitar à compensação de seus créditos sem o aguardo do trânsito em julgado, o procedimento será considerado não declarado:

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

(...);

II- em que o crédito:

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado;

Dessa forma, tendo em vista que o ato administrativo é atividade plenamente vinculada, somente seria possível a homologação das compensações antes do trânsito em julgado caso a decisão judicial expressamente a autorizasse, o que não foi o caso.

Assim, sabendo o contribuinte que é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, não poderia este ter se precipitado, sob pena de ver seu direito creditório prejudicado.

Ante o exposto, voto por NÃO CONHECER do presente recurso voluntário tendo em vista a existência de concomitância entre o objeto da demanda judicial e administrativa, mantendo a decisão hostilizada proferida pela DRJ/RJII.

É como voto.

[assinado digitalmente]

João Alfredo Eduão Ferreira - Relator



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

TERMO DE ENCAMINHAMENTO

Processo nº: 15586.000805/2005-18

Interessada: COMER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Encaminhem-se os presentes autos à unidade de origem, para ciência à interessada do teor do Acórdão nº **3803-003.298**, de 19 de julho de 2012, da 3ª. Turma Especial da 3ª. Seção e demais providências.

Brasília - DF, em 19 de julho de 2012.

[Assinado digitalmente]

Alexandre Kern

3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente