



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17095.722491/2021-77
ACÓRDÃO	3402-011.869 – 3ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	21 de maio de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	AGÊNCIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 31/01/2018 a 31/12/2020

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF Nº 01

A propositura pelo 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. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGIBILIDADE SUSPensa. LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 48

A concessão de medida liminar em ação judicial suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II e IV do CTN), porém não impede a sua constituição por meio de lançamento de ofício. Incidência do artigo 63 da Lei nº 9.430/96 e Súmula CARF nº 48.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo dos argumentos sobre inconstitucionalidade

e ilegalidade, bem como dos argumentos de mérito em razão de concomitância, e na parte conhecida, negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Cynthia Elena de Campos – Relatora

Assinado Digitalmente

Jorge Luis Cabral – Presidente Substituto

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Cynthia Elena de Campos, Bernardo Costa Prates Santos, Mariel Orsi Gameiro, Rafael Luiz Bueno da Cunha (suplente convocado), Anna Dolores Barros de Oliveira Sa Malta, Jorge Luis Cabral (Presidente Substituto). Ausente o conselheiro Arnaldo Diefenthaler Dornelles, substituído pelo conselheiro Rafael Luiz Bueno da Cunha.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 101-018.228, proferido pela 9ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 01 que, por unanimidade de votos, conheceu em parte da defesa e, na parte conhecida, rejeitou a preliminar de nulidade e, no mérito, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário em litígio, conforme Ementa abaixo colacionada:

Assunto: Contribuição para o Pasep

Período de apuração: 01/2018 a 12/2020

Nulidade Do Lançamento Fiscal. Não Ocorrência.

Presentes os requisitos legais da notificação e inexistindo ato lavrado por pessoa incompetente ou proferido com preterição ao direito de defesa, descabida a arguição de nulidade do feito.

Se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a fundamentação do fato gerador, não há que se falar em nulidade oriunda de uma suposta inexistência de validade e eficácia da ação fiscal.

FATO GERADOR PASEP. AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO ENTRE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.

Em face do princípio constitucional de unidade de jurisdição, a existência de ação judicial, em nome da interessada, importa renúncia às instâncias administrativas

quanto à mesma matéria, sendo de se aplicar o que for definitivamente decidido pelo Poder Judiciário.

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.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Por bem demonstrar os fatos, transcrevo o relatório da decisão de primeira instância:

Cuida-se de auto de infração para a formalização de lançamento fiscal a título de contribuição destinada ao PASEP- Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (fls. 02/11), correspondente ao montante de **R\$ 91.228.182,24** (consolidado em 17/08/2021), e incidente sobre receitas escrituradas e não declaradas ao Fisco.

I - DO RELATÓRIO FISCAL

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 14/23), a AGÊNCIA DE PREVIDENCIA SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL, doravante denominada “AGEPREV/MS”, não declarou e não recolheu a totalidade das contribuições para PASEP nas competências 01/2018 a 12/2020.

A Fiscalização informa que sujeito passivo ajuizou Ação Anulatória Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária nº 5004117-05.2019.4.03.6000, junto à 4ª Vara da Justiça Federal-MS, na qual requer seja afastada a incidência do PIS/PASEP sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV.

Esclarece que, em decisão liminar proferida nos autos do processo judicial, em 28/05/2019 houve a determinação para que “*a ré (Fazenda Nacional) deixe de exigir o PIS/PASEP incidentes sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV, até que o pedido de tutela de urgência seja analisado na extensão pretendida pelos autores*”.

Dessa forma, foi formalizada a constituição do crédito tributário nos termos do art. 63 da Lei 9.430/96, de forma a prevenir a decadência das contribuições objeto do lançamento fiscal, restando sua exigibilidade suspensa, nos termos do inciso V do art. 151 da Lei n. 5172/66 (Código Tributário Nacional -CTN), enquanto persistir a condição suspensiva.

Da Base de Cálculo

A Fiscalização menciona que a base de cálculo decorre das receitas arrecadadas oriundas das receitas correntes e das receitas corrente-intraorçamentária.

Para a apuração dos valores, informa que, após análise da documentação apresentada, e verificadas as apurações efetuadas pelo próprio ente público, foram totalizadas as bases de cálculo do PASEP constantes dos Anexos a este Relatório Fiscal, conforme segue:

- Anexo I: Base de Cálculo total do PASEP para o período de 2018, 2019 e 2020;
- Anexo II: Relatório Analítico de Receitas Correntes da AGEPREV/MS (2018, 2019, 2020); e
- Anexo III: Relatório Analítico de Receitas Correntes Intraorçamentárias da AGEPREV/MS (2018, 2019, 2020);

Esclarece que não houve registro de recolhimento efetuado em DARF nem declaração de contribuição em DCTF (código de recolhimento 3703-PIS/Pasep - pessoa jurídica de direito público) no período de 01/2018 a 12/2020, não havendo, portanto, que se falar em deduções aos valores apurados. Ao aplicar a alíquota sobre a base de cálculo, encontra-se o valor do tributo, e a **diferença apurada objeto de lançamento** por meio deste Auto de Infração.

Informa também que não foram realizados depósitos judiciais vinculados ao objeto da ação judicial n. 5004117-05.2019.4.03.6000.

Da Aplicação da Multa de Ofício

Informa que, tendo em vista a decisão caráter liminar proferida nos autos da ação judicial n. 5004117-05.2019.4.03, para a Fazenda Nacional deixasse de exigir o PIS/PASEP incidentes sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV, até que o pedido de tutela de urgência seja analisado na extensão pretendida pelos autores, **não** foi aplicada a multa de ofício, conforme art. 63 da Lei 9.430/96.

Da Ciência da Autuação

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 23/08/2021 (fls. 436/437).

II - DA IMPUGNAÇÃO

Em 21/09/2021 (fls. 440/441), a AGÊNCIA DE PREVIDENCIA SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL-AGEPREV/MS apresentou peça de defesa (impugnação de fls. 445/485) e anexos, por meio da qual propugna pela improcedência do lançamento, deduzindo as questões a seguir sintetizadas.

Questão Preliminar: Do Descumprimento de Liminar Judicial Obtida em Favor do Estado de MS nos Autos da Ação Ordinária nº 5004117-05.2019.4.03.6000 (Estado de MS e AGEPREV-MS X União)

Em razão de violação da decisão liminar concedida na Ação Judicial mencionada, especificamente quanto às parcelas dos recursos destinados a AGEPREV que o foram incluídos indevidamente na base de cálculo do PASEP, a Impugnante sustenta a ocorrência de nulidade.

Para isso, menciona que o lançamento fiscal descumpriu a liminar judicial da Ação Anulatória e Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária com pedido de tutela de urgência nº 5004117-05.2019.4.03.6000, ao incluir na base de cálculo e cobrar o PASEP sobre as receitas intraorçamentárias, especialmente às receitas de contribuições previdenciárias destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários dos servidores.

Diante desse cenário, entende que o lançamento fiscal deve ser anulado.

Da Necessidade de Exclusão das Receitas Referentes às Contribuições Previdenciárias Destinadas ao Pagamento de Benefícios Previdenciários

Alega que é ilegal a inclusão na base de cálculo do PASEP da receita de contribuições previdenciárias destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários dos servidores, que foi classificada como receita intraorçamentária pelo Estado e incluída indevidamente na base de cálculo do auto de infração.

Menciona que a exclusão dos valores da receita de contribuições previdenciárias destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários da base de cálculo do PASEP pode ser realizada a partir da análise dos seguintes fundamentos, cujos limites teóricos foram abordados em maior extensão no corpo da peça de defesa (fls. 450/465 – Capítulo 4 da peça de defesa):

- a) inconstitucionalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias;
- b) o STF já tem precedentes no sentido da prevalência da destinação constitucional da receita sobre a lei ordinária que trata de base de cálculo;
- c) ilegalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias;
- d) as receitas das contribuições previdenciárias não são da AGEPREV, não integrando seu patrimônio próprio por ser mera gestora;
- e) o art. 167, VIII, da CF também veda a utilização dos recursos da seguridade social para pagamento de déficit;
- f) o art. 2º, IV, da LRF já exclui as receitas previdenciárias da receita corrente líquida;
- g) ocorrência de tributação em bis in idem do PIS/PASEP;
- h) violação ao Princípio da Não-Cumulatividade;
- i) violação ao Pacto Federativo e ao Princípio Federativo; e
- j) por fim, incongruência do discurso da União.

Dos Aspectos Previdenciários

Argumenta que a inclusão dos recursos destinados ao pagamento de benefícios previdenciários na base de cálculo do PIS/PASEP afronta o princípio da isonomia tributária, da capacidade contributiva, da vedação ao confisco.

Para isso, concluiu que:

"[...] 6.1. O crédito tributário constituído pelo Auto de Infração ora objurgado está com a exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida nos autos do processo judicial n. 5004117052019403600, em trâmite na 4ª Vara Federal de Campo Grande;

6.2. Há limitação legal na utilização das contribuições previdenciárias e recursos da compensação previdenciária apenas para o pagamento de benefícios previdenciários e taxa de administração da unidade gestora do RPPS.

6.3. A contribuição previdenciária é um tributo vinculado ao pagamento de benefício;

6.4. As receitas de contribuições Previdenciárias, de transferência da insuficiência financeira (déficit previdenciário), e a receita decorrente da compensação previdenciária não configuram ingresso definitivo de receita ao patrimônio da Autarquia Previdenciária, que faz apenas a gestão das receitas previdenciárias, por conta e ordem dos segurados.

6.5. Somente o valor da Taxa de Administração se incorpora ao patrimônio da autarquia como receita permanente para administração e gestão da Entidade, e está prevista legalmente em até 0,5% (meio por cento) dos recursos dos fundos previdenciários (parágrafo único do artigo 2º da Lei Estadual nº 3.545/2008).

6.6. O plano previdenciário não possui personalidade jurídica, configura mera conta contábil e financeira destinada exclusivamente ao pagamento de benefícios previdenciários e da taxa de administração da unidade gestora.

6.7. A alíquota do PASEP, se for considerar os recursos previdenciários, inviabiliza a própria existência da unidade gestora do regime de previdência, e implica no confisco da Entidade pela força tributária da União

6.8. Há tratamento tributário desigual e desproporcional entre as entidades previdenciárias privadas em detrimento das de natureza pública, bem como entre as unidades gestoras instituídas sob a forma de autarquia ou de fundação pública, em explícita violação ao primado da isonomia tributária.

6.9. A União concede tratamento diferenciado ao isentar da base de cálculo das receitas das autarquias os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social; não dispensa, no entanto, o mesmo tratamento aos recursos classificados como receitas do Tesouro Estadual ao Orçamento Fiscal e da Seguridade Social.

Em suma, é inconstitucional a incidência da alíquota do PASEP sobre as receitas de contribuições Previdenciárias, de transferência da insuficiência financeira (déficit previdenciário), e a receita decorrente da compensação previdenciária, por não configurarem ingresso definitivo de receita ao patrimônio da Autarquia Previdenciária Estadual, gestoras do Regime Próprio de Previdência Social; seja pela vinculação legal exclusiva ao pagamento de benefícios previdenciários, ou pela violação ao princípio da isonomia, da capacidade contributiva, da vedação de tratamento diferenciado, e da vedação ao confisco. [...]"

Dos Pedidos

Requer seja julgado improcedente o Auto de Infração, tendo em conta os seguintes argumentos:

"[...] 7.1) - QUESTÃO PRELIMINAR: descumprimento de liminar judicial obtida em favor do Estado de MS nos autos da Ação Anulatória e Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária com Pedido de Tutela de Urgência nº 5004117-05.2019.4.03.6000 (movida conjuntamente pelo Estado de MS e AGEPREV-MS em face da União) e que determinou a exclusão dos valores destinados ao pagamento de contribuições previdenciárias da base de cálculo do PASEP;

7.2) - a necessidade de exclusão, da base de cálculo do PASEP, das receitas referentes às contribuições previdenciárias destinadas ao pagamento de benefícios previdenciários, considerando:

7.2.a) a inconstitucionalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias, tendo em vista a destinação constitucional vinculada e restrita prevista no §1º, do art. 146, da CF;

7.2.b) - o STF já tem precedentes no sentido da prevalência da destinação constitucional da receita sobre a lei ordinária que trata de base de cálculo;

7.2.c) - ilegalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias, tendo em vista a derrogação parcial da lei velha (Lei do PIS/Pasep - Lei Federal nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, que traz a base de cálculo) pela lei mais nova (Lei dos Regimes de Previdência Públicos - Lei Federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que traz a vinculação/destinação legal);

7.2.d) - as receitas das contribuições previdenciárias não são da AGEPREV, não integrando seu patrimônio próprio por ser mera gestora;

7.2.e) - o art. 167, VIII, da CF também veda a utilização dos recursos da seguridade social para pagamento de déficit (caso precedente o entendimento sobre a incidência PIS/PASEP, evidentemente que ele constituirá um nítido passivo/déficit do fundo previdenciário);

7.2.f) - o art. 2º, IV, da LRF já exclui as receitas previdenciárias da receita corrente líquida;

7.2.g) - a Receita Federal posiciona-se pela tributação em bis in idem do PIS/PASEP sobre as receitas de contribuições previdenciárias (já há auto anterior cobrando a AGEPREV);

7.2.h) - a violação ao Princípio da Não-Cumulatividade: nos termos do arr. 1º da Lei Federal nº 10.637/2002, a tributação do PIS/PASEP não pode ser cumulativa;

7.2.i) - a violação ao Pacto Federativo e ao Princípio Federativo: União vem aumentando vorazmente sua arrecadação de contribuições, que não precisa repartir com os Estados e Municípios;

7.2.j) - por fim, a incongruência do discurso da União: de um lado, o discurso da Reforma da Previdência e dos rombos previdenciários, o que o Estado concorda. Por outro lado, há uma nítida tentativa da União de, com a devida vênia, "passar a ser sócia" dos fundos de previdência públicos através da cobrança do PIS/PASEP, o que, infelizmente, agrava o rombo previdenciário. [...]"

A Contribuinte foi intimada da decisão de primeira instância pela via postal em 20/09/2022 (Aviso de Recebimento de e-fls. 521), apresentando o Recurso Voluntário por meio de protocolo eletrônico em 18/10/2022 (Termo de Análise de Solicitação de Juntada de e-fls. 523), o que fez requerendo a reforma da decisão recorrida e anulação do Auto de Infração, nos termos da peça de impugnação acima relatados.

Após, através do Despacho de e-fls. 566, o processo foi encaminhado para inclusão em lote de sorteio.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Cynthia Elena de Campos**, Relator

1. Pressupostos legais de admissibilidade

Conforme Despacho de e-fls. 565, o Recurso Voluntário é tempestivo.

Todavia, em razão de concomitância, deve ser parcialmente conhecido, na forma abaixo demonstrada.

1.1. Concomitância.

Conforme relatório, versa o presente litígio de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário sobre as competências 01/2018 a 12/2020, por ausência de recolhimento da Contribuição devida ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), incidentes sobre o valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas pela autarquia estadual AGEPREV/MS.

O auto de infração foi lavrado nos termos do art. 63 da Lei 9.430/96, de forma a prevenir a decadência da contribuição objeto do lançamento fiscal, restando sua exigibilidade suspensa, de acordo com o inciso V do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente ajuizou Ação Anulatória Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária nº 5004117-05.2019.4.03.6000, que tramitou perante a 4ª Vara da Justiça Federal-MS, na qual pediu para que seja afastada a incidência do PIS/PASEP sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV.

Em decisão liminar proferida nos autos do processo judicial, em 28/05/2019 houve a determinação para que *“a ré (Fazenda Nacional) deixe de exigir o PIS/PASEP incidentes sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV, até que o pedido de tutela de urgência seja analisado na extensão pretendida pelos autores”*.

Em 12 de dezembro de 2022 foi proferida sentença na ação judicial, com a revogação da decisão liminar e julgados improcedentes os pedidos, conforme dispositivo abaixo:

Diante do exposto: 1) - revogo a decisão na qual suspendi a exigibilidade do débito; 2) - em relação ao ESTADO DE MS, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos art. 485, VI, do CPC; 3) julgo improcedentes os pedidos formulados pela AGEPREV; 4) - condeno os autores a pagarem honorários advocatícios em favor dos Procuradores da ré, devidos no percentual de 5% para cada um, incidente sobre o novo valor da causa. Isentos de custas.

Em deferimento a pedido de tutela de urgência, foi concedido efeito suspensivo ao Recurso de Apelação¹, com nova suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Como observado pelo ilustre julgador da DRJ de origem, a ação de conhecimento foi ajuizada com pedido de declaração de inexistência de relação jurídica para que seja afastada a incidência do PIS/PASEP sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS), destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV.

Peço *vênia* para reproduzir o relatório da r. sentença, pelo qual é possível apurar o objeto e abrangência dos argumentos levados ao judiciário:

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL e AGÊNCIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL (AGEPREV) propuseram a presente ação contra a **UNIÃO**.

Aduzem que, fundamentada no 2º, III da Lei n.º 9.715/1998, A Receita Federal do Brasil lavrou o Auto de Infração de Contribuição para o PASEP nº 0140100.2016.00505 (Processo nº 10140-722.662/2016-69), datado do dia 06/12/2016, afirmando ser devido pelo ente público estadual a importância de R\$ 95.376.149,88 (...), referentes às contribuições ao Fundo de Participação do PASEP, relativos aos exercícios de 2012 a 2014 e incidentes sobre as contribuições recebidas e geridas pelo Fundo de Previdência Estadual (MSPREV – RPPS) da segunda requerida.

Colhem-se os seguintes fundamentos:

- 1 – inconstitucionalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias, tendo em vista a destinação vinculada e restrita prevista no §1º, do art. 146, da CF;**
- 2 – STF já tem precedentes no sentido da prevalência da destinação constitucional sobre a lei ordinária que trata de base de cálculo;**
- 3 – ilegalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias, tendo em vista a derrogação parcial da lei velha (Lei do PIS/Pasep – Lei Federal nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, que traz a base de cálculo) pela lei mais nova (Lei dos Regimes de Previdência Públicos - Lei Federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que traz a vinculação/destinação legal);**
- 4 – as receitas das contribuições previdências não são da AGEPREV, não integrando seu patrimônio próprio por ser mera gestora;**
- 5 – o art. 167, VIII, da CF também veda a utilização dos recursos da seguridade social para pagamento de déficit (caso precedente o entendimento sobre a incidência PIS/PASEP, evidentemente que ele constituirá um nítido passivo/déficit do fundo previdenciário);**
- 6 – a Receita Federal posiciona-se pela tributação em bis in idem do PIS/PASEP dos entes públicos (ver Solução de Consulta nº 278 – COSIT, da Receita Federal, que veda abatimentos e cobra uma primeira vez do ente e uma segunda vez da gestora do fundo);**

1

<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=cf24a8a31a0df858013efac8a4df2b24a9c518a0422a5f93>

7 – violação ao Princípio da Não-Cumulatividade (nos termos do art. 1º da Lei Federal nº 10.637/2002, a tributação do PIS/PASEP não pode ser cumulativa);

8 – violação ao Princípio da Isonomia (entidades de previdência privada não pagam o PIS/PASEP sobre as receitas com contribuições para o fundo previdenciário. AGEPREV é cobrada);

9 – violação ao Princípio do Não Confisco (1% cobrado de PIS/PASEP é maior que os 0,5% da taxa de administração);

10 – violação ao Pacto Federativo e ao Princípio Federativo (União vem aumentando vorazmente sua arrecadação de contribuições, que não precisa repartir com os Estados e Municípios);

11 - incongruência do discurso da União: de um lado, o discurso da Reforma da Previdência e dos rombos previdenciários, o que o Estado concorda. Por outro lado, há uma tentativa nítida da União de, com a devida vênia, “passar a ser sócia” dos fundos de previdência públicos através da cobrança do PIS/PASEP, o que agrava os rombos.

Formularam os seguintes pedidos:

A) seja deferida LIMINAR de TUTELA de URGÊNCIA (art. 300, do NCPC c.c. art. 151, inc. V, do CTN), inaudita altera parte, determinando que a União, através da Receita Federal do Brasil em Campo Grande-MS, **deixe de exigir o PIS/PASEP sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV**, até o julgamento final da demanda, ou, subsidiariamente, suspenda a exigência relacionada ao Auto de Infração nº 0140100.2016.00505, considerando que:

(...)

C) ao final, que seja confirmada a medida liminar e seus efeitos, JULGANDO PROCEDENTE a presente ação a fim de que seja declarada a **inexistência de relação jurídico tributária entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a AGEPREV em face da União, afastando a incidência do PIS/PASEP sobre receitas das contribuições mensais ao fundo previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV**, inclusive a exigência relacionada ao auto de infração 0140100.2016.00505, tendo em vista os seguintes fundamentos jurídicos.

No despacho inicial (id 17801742), com base no poder geral de cautela, determinei a suspensão do crédito tributário objeto desta ação, para que a ré deixe de exigir PIS e PASEP incidentes sobre receitas das contribuições mensais ao fundo de previdenciário estadual MSPREV (RPPS) destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários pela AGEPREV, até que o pedido de tutela de urgência seja analisado na extensão pretendida pelos autores.

Citada, a ré apresentou contestação (id 18519365), arguindo, em preliminar, a ilegitimidade do ESTADO DE MS, alegando que a *autuação fora lavrada em face da autarquia estadual, sendo ela sujeito passivo da obrigação tributária ora discutida* e que a AGEPREV é pessoa jurídica de direito público interno, possui autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Impugnou o valor da causa,

apontando com o objetivo de aproximar-se ao real proveito econômico pretendido (...) a causa seja reavaliada para o valor do DARF de R\$ R\$ 109.845.177,33. No mérito, explica que a autora foi autuada por insuficiência de recolhimento do PASEP(...), em relação a fatos geradores ocorridos entre 01.01.2012 e 31.12.2014 (...) porque não considerou na base de cálculo da contribuição ao PASEP as receitas correntes transferidas de Outras Entidades do Mesmo Ente Federativo, não respeitando, portanto, o comando do inc. III, do art. 2º da Lei 9.715/98. Discorre sobre os conceitos de receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas para justificar a incidência do tributo sobre tais receitas. Aduz não haver bitributação, pois tal hipótese ocorre quando dois entes tributantes cobram dois tributos sobre o mesmo fato gerador e que, no caso, o PASEP é de competência exclusiva da UNIÃO. Aponta que o art. 8º da mesma Lei 10.637/2002 dispôs expressamente, em seu inciso V, que os órgãos públicos, as autarquias e fundações públicas federais, estaduais e municipais, não estão sujeitos às disposições dos arts. 1º a 6º da lei, de modo que a incidência não cumulativa não se aplica ao caso em tela. Aduz que art. 149, §1º, da CF ao dispor que as contribuições previdenciárias devem custear o regime previdenciário, não retira a possibilidade dessas mesmas contribuições integrarem base de cálculo de um tributo, apenas não podem servir para pagamento de outra despesa do Estado, sendo este o tema dos julgados do STF, acrescentando que todo e qualquer valor auferido em decorrência de recolhimento de tributo deve ser considerado receita. Registra que a taxa de administração e contribuição ao PASEP possuem incidência e periodicidade diversa, pelo que não há que se falar em violação ao princípio do não confisco. Sustenta que não há violação ao princípio da isonomia (...), visto que a entidade contribuinte do PASEP é uma autarquia, substancialmente diferente de uma entidade fechada de previdência complementar (...) A base de cálculo e alíquotas, além de exclusões, são distintas e, ademais, estão sujeitas ao recolhimento de COFINS. Aponta decisões desfavoráveis à parte autora e o indeferimento da tutela de urgência e improcedência do pedido. (Destaques nossos)

Por sua vez, conforme relatado, no presente litígio administrativo os argumentos da Recorrente versam sobre as seguintes matérias:

- (i) **Nulidade da decisão da DRJ** por ausência de análise de argumentos da impugnação;
- (ii) **Nulidade da decisão da DRJ** por ausência de análise sobre o argumento de descumprimento de liminar judicial obtida em favor do Estado de MS nos autos da Ação Anulatória e Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária com Pedido de Tutela de Urgência nº 5004117-05.2019.4.03.6000 (movida conjuntamente pelo Estado de MS e AGEPREV-MS em face da União) e que determinou a exclusão dos valores destinados ao pagamento de contribuições previdenciárias da base de cálculo do PASEP;
- (iii) **Improcedência do auto de infração**, tendo em vista que a inclusão dos valores dos recursos destinados ao pagamento de benefícios previdenciários

na base de cálculo do PIS/PASEP afrontaria os princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco; e

(iv) Improcedência do auto de infração em razão da necessidade de exclusão, da base de cálculo do PASEP, das receitas referentes às contribuições previdenciárias destinadas ao pagamento de benefícios previdenciários, considerando:

(iv.1) Inconstitucionalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias;

(iv.2) O STF já tem precedentes no sentido da prevalência da destinação constitucional da receita sobre a lei ordinária que trata de base de cálculo;

(iv.3) Ilegalidade da cobrança do PIS/PASEP sobre contribuições previdenciárias;

(iv.4) As receitas das contribuições previdenciárias não são da AGEPREV, não integrando seu patrimônio próprio por ser mera gestora;

(iv.5) O art. 167, VIII, da CF também veda a utilização dos recursos da seguridade social para pagamento de déficit;

(iv.6) O art. 2º, IV, da LRF já exclui as receitas previdenciárias da receita corrente líquida;

(iv.7) Ocorrência de tributação em bis in idem do PIS/PASEP;

(iv.8) Violação ao Princípio da Não-Cumulatividade;

(iv.9) Violação ao Pacto Federativo e ao Princípio Federativo; e

(iv.10) Incongruência do discurso da União.

Do confronto entre o objeto da ação judicial e o objeto do auto de infração, lavrado para prevenção de decadência e, especialmente, com os argumentos apresentados pela Recorrente em razões de defesa, entendo que resta evidente a identidade de matérias submetidas à apreciação tanto do poder judiciário, quanto da esfera administrativa.

Inicialmente, a defesa pede a nulidade da decisão de primeira instância por ausência de renúncia às instâncias administrativas.

A DRJ de origem considerou pela existência de concomitância, assim ponderando:

Diante desse quadro mencionado acima, quanto às questões sobre o mérito do lançamento em que a Impugnante alega improcedência do auto de infração – consubstanciada pelos argumentos externados no subitem 7.2 do pedido da peça de defesa, ora materializados de forma conclusiva nas alíneas “a” a “j” desse subitem (fls. 483/484) e, de forma ampla e argumentativa, no capítulo 4 (fls. 449/465) –, entendo que a interessada pretende trazer para a esfera administrativa o que é tratado na Ação Ordinária nº 5004117-05.2019.4.03.6000 e

com trâmite no judiciário, vide os andamentos e decisões acostados aos autos (fls. 33/36 e fls. 154/422).

Isso porque a citada ação judicial contém as mesmas questões fáticas e jurídicas mencionadas nos argumentos de improcedência do auto de infração, ora externados no subitem 7.2 do pedido da peça de defesa administrativa.

Com efeito, tais argumentos não podem ser oponíveis na esfera administrativa, visto a opção do interessado pela via judicial, ainda que a sua propositura seja anterior à presente autuação, pois as decisões administrativas não fazem coisa julgada material e são passíveis de revisão do Poder Judiciário, em razão do princípio da unidade da jurisdição.

(...)

Dessa maneira, **reconheço a concomitância de objeto entre as esferas administrativa e judicial, não tomando conhecimento sobre a contestação da matéria de mérito do lançamento da contribuição destinada ao PASEP, citada no item 3 deste voto acima, declarando que essa questão, em obediência ao princípio da unidade de jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988), deve aguardar o desfecho da decisão judicial.**

Assim, somente restaram para análise as questões de preliminar de nulidade e de improcedência do auto de infração por afrontar os princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. (sem destaque no texto original)

Entendo que assiste razão à decisão da DRJ, uma vez que o ajuizamento de qualquer modalidade de ação judicial anterior, no curso ou após o procedimento fiscal, importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa.

Este é o teor da Súmula CARF nº 01, que assim dispõe:

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. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Destaco o **PARECER COSIT Nº 07/2014**, assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012.

e-processo nº 10166.721006/2013-16.

Portanto, considerando que a matéria objeto da impugnação foi submetida ao Poder Judiciário, não há como discuti-la nesta esfera administrativa, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão recorrida, que não conheceu a impugnação com relação ao mérito.

Pela mesma razão, não conheço do recurso com relação à matéria de mérito.

1.2. Inconstitucionalidade e Ilegalidade

A recorrente igualmente argui preliminarmente sobre a possibilidade de a Autoridade Julgadora rever a posição da Administração Tributária em caso de inconstitucionalidade e ilegalidade, não podendo se negar a enfrentar os argumentos jurídicos e

jurisprudências trazidas pela defesa, em razão dos Princípios da Ampla Defesa, Contraditório e Autotutela (Súmula nº 473 do STF).

O ilustre julgador de primeira instância corretamente não acolheu tais argumentos, uma vez que fundamentados no controle de constitucionalidade da lei instituidora da exação tributária, sendo que as instâncias administrativas não têm competência para apreciar questões que versem sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos legais regularmente vigentes, sendo matéria privativa do Poder Judiciário o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Ademais, nos termos da **Súmula CARF nº 2**, “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Igualmente por tais razões, resta impossibilitado o conhecimento do recurso.

2. Mérito

O único argumento passível de conhecimento do Recurso Voluntário, se refere à alegação de descumprimento de liminar judicial obtida em favor do Estado de MS nos autos de Ação Ordinária nº 5004117-05.2019.4.03.6000, que determinou a exclusão dos valores destinados ao pagamento de contribuições previdenciárias da base de cálculo do PASEP.

O ilustre julgador da DRJ de origem afastou tal argumento, concluindo que nos casos de crédito cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN, antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo, o lançamento pode ser efetivado com a finalidade de prevenção da decadência, aplicando-se o art. 63, § 1º da Lei 9.430/1996, que foi a situação dos autos.

Vejamos, ainda, o que constou no Relatório Fiscal:

5. Não houve emissão de sentença final relativa ao mérito da referida ação até a data de lavratura do presente lançamento fiscal. Assim sendo, **formaliza-se o presente crédito tributário nos termos do art. 63 da Lei 9.430/96, de forma a prevenir a decadência das contribuições objeto do lançamento fiscal, restando sua exigibilidade suspensa, nos termos do inciso V do art. 151 da Lei n. 5172/66 (Código Tributário Nacional -CTN), enquanto persistir a condição suspensiva.**

6. O presente lançamento fiscal constitui o crédito tributário nos termos do art. 142 da Lei n. 5172/66 (Código Tributário Nacional -CTN), combinado com o art. 7º, inciso I, do Decreto n. 70.235/72.

7. Conforme informação prestada pelo próprio contribuinte, mediante o Ofício n. 14/CJUR SEFAZ/PGE/2021, item 4, **não foram realizados depósitos judiciais vinculados ao objeto da ação.** (sem destaques no texto original)

Constata-se, portanto, que o Auto de Infração foi lavrado tão somente para prevenção de decadência, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9430/96.

Cumpre observar que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com liminar ou depósito judicial, conforme previsão do artigo 151 do Código Tributário Nacional, não impede que o Fisco efetue o lançamento de ofício, em especial pela atividade vinculada ao constatar a ocorrência do fato gerador (art. 142 do CTN), permanecendo a sua extinção condicionada ao resultado da ação judicial transitada em julgado.

O que se suspende não é o crédito tributário, mas sim a sua exigibilidade.

E, desde que a Fazenda Pública não adote medidas coercitivas para exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação tributária, é possível a sua constituição por meio da lavratura de auto de infração. Por sua vez, somente o depósito do montante integral por parte do sujeito passivo impede a incidência de multa e juros de mora, o que também não é o caso deste processo, uma vez que não foi realizado o depósito.

Outrossim, ao presente caso aplica-se a **Súmula CARF nº 48**, abaixo reproduzida:

Súmula CARF nº 48:

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Por tais razões, corretamente decidiu a DRJ de origem, motivo pelo qual deve ser negado provimento ao recurso neste ponto.

3. Dispositivo

Ante o exposto, conheço parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo sobre os argumentos sobre inconstitucionalidade e ilegalidade, bem como dos argumentos de mérito em razão de concomitância, e na parte conhecida, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Cynthia Elena de Campos