



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

Processo nº 18471.001525/2003-32
Recurso nº 241.062 Voluntário
Acórdão nº **3802-00.283 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 26 de outubro de 2010
Matéria PIS
Recorrente GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999

IMPUGNAÇÃO. ARGUMENTOS JÁ ADUZIDOS EM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

A opção pela via judicial importa em renúncia à instância administrativa, tornando definitivo o crédito tributário lançado, cujo juízo de admissibilidade ficará a cargo do Poder Judiciário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999

LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA. ARTIGO 62 DO DECRETO Nº 70.235/72. ABRANGÊNCIA LEGAL. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO CRÉDITO.

O lançamento para a constituição do crédito tributário, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 142 do CTN, é atividade vinculada e obrigatória. O disposto no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72, mesmo considerando sua redação anterior à edição da Medida Provisória nº 75, de 24/10/2002, em nada objeta a formalização do lançamento, posto que se refere, tão-somente, à suspensão da exigência, judicial ou administrativa, do crédito tributário.

AFASTAMENTO DE NORMA EM VISTA DE SUA ADUZIDA ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

A instância administrativa não possui competência para afastar a aplicação de norma sob fundamento de sua ilegalidade.

Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Assinado digitalmente em 04/11/2010 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS, 05/11/2010 por REGIS XAVIER HOLANDA

Autenticado digitalmente em 04/11/2010 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS

Emitido em 19/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conformidade com o relatório e o voto que integram o presente julgado, no seguinte sentido:

a) para **não conhecer do recurso em relação à alegada insubsistência da exigência do PIS por conta do inconstitucional alargamento de sua base de cálculo perpetrada pela Lei nº 9.718/98**, uma vez que tal discussão já se encontra sob a alçada do Poder Judiciário; e,

b) para **conhecer do recurso** tão-somente no que diz respeito ao **aduzido impedimento para o lançamento com fundamento no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72**, bem como à **reclamada ilegalidade do disposto no artigo 63, § 1º, da Lei nº 9.430/96, negando-lhe, no entanto, provimento.**

(assinado digitalmente)

REGIS XAVIER HOLANDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

FRANCISCO JOSÉ BARROSO RIOS - Relator.

EDITADO EM: 04/11/2010

Participaram, ainda, da presente sessão de julgamento, os Conselheiros Luiz Cláudio Farina Ventrilho (Suplente), Mara Cristina Sifuentes (Suplente), Maria Adelaide Carreiro Gonçalves de Aquino (Suplente) e Tatiana Midori Migiyama (Suplente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 4ª Turma da DRJ Rio de Janeiro II (fls. 152/166), a qual, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte o lançamento formalizado contra a recorrente, nos termos do Acórdão nº 13-14.009, proferido em 11 de outubro de 2006, que se reportou ao entendimento exarado no item 57 do voto do relator, abaixo transcrito:

*Diante de todo o exposto, **VOTO** no sentido de:*

a) não tomar conhecimento da impugnação na parte onde o contribuinte discute o afastamento da Lei 9.718/98, no que concerne à ampliação da base de cálculo da Contribuição para o PIS, em razão de a matéria já ter sido levada à apreciação do Poder Judiciário por meio da Ação Ordinária nº 99.009117-5;

b) exonerar integralmente a multa de ofício de 75%, em virtude do art. 63 da Lei nº 9.430/96, vez que antes do início do procedimento de fiscalização o contribuinte possuía tutela antecipada, por intermédio da Ação Ordinária nº 99.009117-5;

c) exonerar os valores correspondentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a novembro de 1999, lançados no mês de dezembro de 1999, e considerar o lançamento procedente em parte, conforme quadro demonstrativo abaixo.

**DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
PIS -EXIGIDO, MANTIDO E EXONERADO
Valores em REAIS**

Assinado digitalmente em 04/11/2010 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS, 05/11/2010 por REGIS XAVIER HOLANDA

Autenticado digitalmente em 04/11/2010 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS

Emitido em 19/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

	EXIGIDO	MANTIDO	EXONERADO
PIS	58.780,42	4.286,48	54.493,94
MULTA	44.085,31	0,00	44.085,31

**Acréscimos legais de acordo com a legislação vigente.*

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório objeto da decisão recorrida, a seguir transcrito na sua integralidade:

Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 10 a 14, lavrado, contra o contribuinte em epígrafe, em decorrência da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Contribuição para o PIS, no valor total de R\$141.237,58, referente ao fato gerador ocorrido no mês 12/1999, incluídos principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 30/09/2003.

2. *O procedimento fiscal que originou o lançamento ora questionado teve início em 26/07/2002, pela ciência do Termo de Intimação Fiscal de fl. 07.*

3. *Na descrição dos fatos de fl. 12, do Auto de Infração, consta que, durante o procedimento de verificações obrigatórias, foram constatadas divergências entre os valores declarados e os escriturados, sendo que a empresa deixou de incluir em sua base de cálculo receitas tributáveis, conforme assinalado em documentação anexada ao processo.*

4. *Constam, à fl. 04, cópia da Ficha 07 A – “Demonstração do Resultado” da DIPJ 2000; à fl. 05, Demonstrativo elaborado pelo contribuinte da composição da Linha 29 – “Outras receitas operacionais” da Ficha 07 A da DIPJ 2000; à fl. 06, cópia do balancete do mês de dezembro de 1999; à fl. 09, Demonstrativo elaborado pelo contribuinte de apuração das bases de cálculo do PIS e da Cofins, referentes aos meses de janeiro a dezembro de 1999.*

5. *No Termo de Intimação Fiscal de fl. 08, o contribuinte foi intimado a justificar os critérios utilizados para a formação das bases de cálculo do PIS e da Cofins, tendo em vista as divergências apresentadas na DIPJ/2000 entre as referidas bases de cálculo (Fichas 32 A e 33 A, somatório de todos os meses), e a receita bruta anual, Ficha 07 (todas as receitas, soma algébrica das Linhas 08, 20, 23, 24, 29 e 41).*

6. *Embasando o feito fiscal, o autuante citou, no Auto de Infração, o enquadramento legal à fl. 12. No que se refere à multa de ofício e aos juros de mora, os dispositivos legais aplicados constam à fl. 14.*

7. *Cientificada em 01/10/2003, conforme fl. 11, a interessada ingressou, em 30/10/2003, com a petição de fls. 31 a 46, por meio da qual vem impugnar os lançamentos efetuados, alegando em síntese que:*

- 1) *questionou em juízo, por intermédio da Ação Ordinária nº 99.009117-5, a ampliação da base de cálculo da Contribuição para o PIS promovida pela Lei nº 9.718/98, por ter sido essa lei promulgada quando ainda a Constituição Federal (CF/88), art. 195, I, circunscrevia a instituição de contribuições sociais,*

do qual a Contribuição para o PIS é espécie, sobre o faturamento, assim entendido a receita decorrente exclusivamente da venda de mercadorias e serviços;

- 2) na impugnação, fica demonstrado que o Auto é descabido porque cobra, com acréscimo de multa de ofício, tributo (i) que está com exigibilidade suspensa, por força de decisão judicial, ou (ii) calculado sobre valores que não têm natureza de receita;*
- 3) esses fundamentos para o cancelamento do Auto de Infração não se identificam com a causa de pedir daquela ação judicial, sendo autônomos a ela, daí comportarem discussão em separado na via administrativa (ADN Cosit nº 3/96);*
- 4) a mencionada Ação Ordinária foi ajuizada com pedido de antecipação de tutela, para que a impugnante não fosse compelida a pagar, a partir de fevereiro de 1999, o PIS e a Cofins com base na Lei nº 9.718/98, ou seja, sobre suas receitas brutas outras que não decorrentes exclusivamente de venda de mercadorias e serviços;*
- 5) em 12/04/1999, foi concedida a antecipação de tutela requerida pela impugnante (doc. 02 – fls. 61/62);*
- 6) em 16/05/2002, foi publicada sentença que confirmou a tutela antecipada (doc. 03 – fls. 64/70), sem contudo, fazer expressa menção ao PIS na sua parte dispositiva, o que motivou a oposição de embargos de declaração pela impugnante, os quais foram conhecidos e integralmente providos em 14/06/2002 (doc. 04 – fls. 72/74);*
- 7) está claro que a sentença determinou que a impugnante calculasse a Contribuição para o PIS nos termos da Lei nº 9.715/98, e não com base na Lei nº 9.718/98. Assim, não cabe exigir desta qualquer diferença de Contribuição para o PIS calculada sobre receitas que não decorram exclusivamente da venda de mercadorias e serviços;*
- 8) no entanto, a Contribuição para o PIS exigida no Auto foi calculada sobre valores lançados, que não constituem receitas de vendas de mercadorias e serviços, nas seguintes contas da impugnante: (i) 3.4.89.5.01.001.6 – “Recuperação de despesas”; (ii) 3.4.89.5.09.001.0 – “Outras receitas”; e 3.4.89.6.01.001.0 – “Receitas de aval”;*
- 9) o total lançado na conta “Recuperação de despesas” corresponde aos seguintes valores (doc. 5 – fls. 76/77): (i) recuperação de salário-educação pago indevidamente em anos anteriores, compensado pela impugnante em 1999, com base em medida liminar que lhe foi concedida, com débitos relativos ao próprio salário-educação e à contribuição patronal ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) (R\$2.613.961,03 – doc. 6 – fls. 79/144); (ii) restituição de Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) pago pela impugnante em anos anteriores (R\$427.437,09 – doc. 7 – fls. 146/148; e (iii) reembolso de despesas pagas pela impugnante por conta e ordem de terceiros (R\$666.472,31);*

ingresso causal e novo, e, no segundo caso, o ingresso de valores no patrimônio da empresa que assumiu inicialmente o ônus financeiro das despesas, por meio de reembolso, não configura acréscimo patrimonial, mas mera reparação financeira;

18) ilegalidade da exigência de juros de mora com base na variação da taxa Selic, para fins da exigência imposta pelo Auto, vez que o CTN fixa o seu percentual máximo em 1%, sendo que a fixação de percentuais superiores a este conferiria aos juros de mora um cunho que não meramente ressarcitório, mas punitivo;

19) Por fim, requer seja integralmente cancelado o Auto, ou, senão isso, sejam canceladas a multa de ofício nele lançada e a Contribuição para o PIS incidente sobre os valores recebidos pela impugnante a título de recuperação de tributos e de reembolso de despesas.

8. *É o relatório.*

Os argumentos aduzidos pelo sujeito passivo foram acolhidos parcialmente pela primeira instância de julgamento administrativo fiscal, tendo a DRJ Rio de Janeiro II, como já dito, julgado procedente em parte o lançamento, conforme ementa do Acórdão formalizado por sua 2ª Turma de Julgamento, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/1999

EMENTA: 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.

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.

ALCANCE. ART. 62 DO DECRETO 70.235/72.

O alcance do artigo 62 do Decreto nº 70.235/72 é no sentido de suspender a ação de cobrança e não o lançamento

TUTELA ANTECIPADA. INCLUSÃO. HIPÓTESE. ART. 63 DA LEI Nº 9.430/96.

O art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35 incluiu, no art. 63 da Lei nº 9.430/96, a hipótese a que se refere o inciso V do art. 151 do CTN, ou seja, “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”.

MULTA DE OFÍCIO. NÃO - CABIMENTO. LANÇAMENTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

Não é cabível a inclusão de multa de ofício no auto de infração quando este deve ser lavrado com exigibilidade suspensa.

RECUPERAÇÃO DE TRIBUTOS.

Integram a base de cálculo da Contribuição para o PIS, os valores contabilizados como recuperação de tributos.

IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO SEM PROVAS. Cabe ao contribuinte no momento da impugnação trazer ao julgado os documentos comprovadores dos fatos que alega.

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.

INADEQUAÇÃO. PERÍODO DE APURAÇÃO. EXONERAÇÃO.

Devem ser exonerados os valores de contribuição lançados em período distinto à ocorrência dos seus respectivos fatos geradores.

Lançamento procedente em parte.

Cientificada da referida decisão em 22/01/2007 (fls. 167-v), a interessada, em 16/02/2007 (fls. 169), apresentou o recurso voluntário de fls. 169/182, onde se insurge contra o lançamento com fundamento nas questões abaixo relatadas.

Alega que o impedimento previsto no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72 não se restringe à simples cobrança do crédito tributário, abrangendo também a sua constituição pelo lançamento. Assevera que tal exegese estaria corroborada pela alteração impingida no dispositivo em tela pela medida provisória nº 75, de 24/10/2002.

Também defende a insubsistência do lançamento em vista da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 pelo pleno do STF. Neste comenos, propugna a aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, segundo o qual,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal dispositivo, entende, dispensaria, inclusive, a edição de resolução pelo Senado Federal. Ressalta já estar pronto enunciado de súmula do STF concernente à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Aduz que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, seria “[...] *bastante claro para que ainda mais se demonstre que o conceito de ‘decisão definitiva’ independe de qualquer resolução do SF, no caso de controle difuso de constitucionalidade [...]*”.

Colaciona jurisprudência dos então Conselhos de Contribuintes (fls. 178/180) segundo as quais estes e as DRJ deveriam afastar a aplicação de norma declarada inconstitucional pelo STF.

Reitera os argumentos aduzidos na primeira instância no que diz respeito à não incidência do PIS sobre valores que não podem ser considerados como receita, inerentes a “*Recuperação de Despesas*”, especialmente recuperação de salário-educação e restituição de IPTU. Ressalta que, tais rubricas, muito embora não estejam discriminadas dentre as exclusões legais admitidas (artigo 3º, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.718/98), não tem natureza de receita, não sendo tributáveis pelo PIS, “[...] *sendo irrelevante, neste particular, que a lei não as expressamente exclua da base de cálculo da referida contribuição*”. Em defesa de seu argumento se reporta à Solução de Consulta nº 222, da 9ª Região Fiscal (reproduzida às fls. 181).

Diante do exposto, requer seja reformada a decisão de primeira instância na parte em que lhe foi desfavorável, e julgado improcedente o lançamento objeto da lide.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco José Barroso Rios

Das preliminares

Admissibilidade do recurso

De acordo com os itens 56 e 57 da decisão de primeira instância, vê-se que a lide se restringe à quantia de R\$ 4.286,48 devida a título da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, valor este obtido pela aplicação da alíquota de 0,65% sobre a base de cálculo do PIS referente ao mês de dezembro de 1999, decorrente das seguintes rubricas: “*‘Recuperação de despesas’ (conta nº 3.4.89.5.01.001-6) – R\$ 653.836,23, ‘Outras receitas’ (conta nº 3.4.89.5.09.001-0) – R\$ 5.623,47 [...], totalizando R\$ 659.459,70*”.

De fato, no que diz respeito à ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS objeto do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, entendeu o Poder Judiciário, por diversas vezes, que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional – EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “*não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*” (Ag. Reg. RE 546.327-3/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Assim, entendeu o Poder Judiciário que o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ao alargar o conceito de faturamento, criara exação nova, assunto o qual deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, o alargamento da base de cálculo da contribuição,

objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP nº 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

O STF, inclusive, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235-1/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, **reconheceu a repercussão geral do tema**. Em função disso, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria PGFN nº 294, de março de 2010, **dispensou os Procuradores da Fazenda Nacional de apresentar contestação e de interpor recursos**, dentre outras hipóteses, em relação à discriminada no inciso V de seu artigo 1º, segundo a qual: **“V – quando a demanda e/ou a decisão tratar de questão já definida, pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede de julgamento realizado na forma dos arts. 543-B e 543-C do CPC, respectivamente”**.

No exame do mérito, como se sabe, o julgador administrativo está vinculado à legalidade estrita, por força do disposto no artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Especificamente sobre exame de constitucionalidade de norma, o *caput* do artigo 62 do Anexo II do mesmo Regimento veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, **admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como na hipótese presente**.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a exigência objeto do presente processo administrativo já se encontra sob a alçada do Poder Judiciário, uma vez que a recorrente, através da Ação Ordinária nº 99.009117-5, pleiteou seja afastada a ampliação da base de cálculo da contribuição em comento ditada pela Lei nº 9.718/98, e, conseqüentemente, seja aplicada a Lei nº 9.715/98. Tal ação ainda está tramitando no TRF da 2ª Região, onde o processo recebeu o nº 1999.51.01.009117-2. Segundo consulta ao sítio do TRF da 2ª Região, realizada em 13/10/2010, o processo foi incluído em pauta para julgamento.

Em vista da concomitância entre as demandas judicial e administrativa, a autoridade recorrida não se manifestou sobre tal questão de direito, tendo entendido pela renúncia à instância administrativa nesse âmbito, o que fez com fundamento no artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei 1.737/79, artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980, Ato Declaratório Normativo nº 03/1996 e artigo 26 da Portaria MF nº 58/2006.

E o fez corretamente, em respeito ao princípio da unidade de jurisdição, **previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**.

Para questões como essa a Secretaria da Receita Federal do Brasil determina sejam adotadas as providências contempladas no Ato Declaratório Normativo SRF/COSIT nº 03, de 14/02/1996, cujas partes de interesse estão seguem abaixo reproduzidas:

[...]

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto;

[...]

c) no caso da letra 'a', a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito [...];

(grifo nosso)

Importa ressaltar que referido Ato Declaratório se fundamenta no artigo 62, parágrafo único, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, bem como do artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, e ainda do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Portanto, em relação à alegada insubsistência da exigência do PIS por conta do inconstitucional alargamento de sua base de cálculo, o recurso, nessa parte, não poderá ser conhecido, uma vez que tal discussão já se encontra sob a alçada do Poder Judiciário. Caracterizada, pois, a renúncia à instância administrativa nesse âmbito.

Assim, **a lide se restringe tão-somente, ao alegado impedimento para o lançamento com fundamento no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72, bem como, à aduzida ilegalidade do disposto no artigo 63, § 1º, da Lei nº 9.430/96, argumentos que, nessa parte, merecem sim ser conhecidos**, posto que o recurso preencheu aos demais requisitos formais e materiais exigidos para sua aceitação.

Do mérito

Concernente ao alegado impedimento para o lançamento com fundamento no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72, referido artigo, com efeito, se refere à suspensão da exigência judicial ou administrativa, v.g. cobrança, do crédito. Diversamente do que entende a reclamante, o preceito em tela em nada impede a formalização do lançamento, mesmo considerando sua redação anterior à edição da Medida Provisória nº 75, de 24/10/2002.

Aliás, como bem ressaltou o distinto relator de primeira instância – AFRFB Maurício Roquette Maciel –, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em resposta a consulta da Secretaria da Receita Federal sobre o alcance do artigo 62 em comento, assim se manifestou, textualmente:

o legislador regulamentar não está, ali, a impedir que se efetue o lançamento, mesmo porque este, segundo a letra do parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória. Há, sim, em estrita observância ao mandamento regulamentar, que se abster a autoridade fiscal de qualquer exigência, com relação ao sujeito passivo, com vista ao pagamento do débito apurado. Aliás, é

expressa, neste sentido, a letra do parágrafo único do artigo 62 do regulamento em questão, ao estipular que, em havendo processo fiscal instaurado, este deverá ter prosseguimento, exceto quanto aos atos executivos. Destarte, se existente processo fiscal, este seguirá o seu curso normal com a prática de todos os atos administrativos pertinentes, exceto aqueles voltados a constranger o sujeito passivo à liquidação do quantum debeatur. (Parecer PGFN/CRJN/nº 1.064/93)

No que diz respeito à apontada ilegalidade do disposto no artigo 63, § 1º, da Lei nº 9.430/96, sob alegada afronta ao artigo 151, inciso IV, do CTN, também aqui não merecem ser acolhidas as razões aduzidas pela recorrente.

Com efeito, o inciso IV do artigo 151 do CTN diz respeito à suspensão do crédito tributário diante da “*concessão de medida liminar em mandado de segurança*”. Já o parágrafo 1º do artigo 63 da Lei nº 9.430/96 apenas restringe a constituição do crédito tributário para prevenir a decadência, inclusive na hipótese de existência de liminar em mandado de segurança – e isso, sem lançamento da multa de ofício –, “*exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo*”.

Em outras palavras, inexistindo medida liminar em mandado de segurança (inciso IV do artigo 151 do CTN), ou ainda, medida liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação judicial (inciso V do artigo 151 do CTN – hipótese também abrangida pelo artigo 63 da Lei nº 9.430/96), legítima a constituição do crédito, inclusive com a correspondente multa de ofício.

Portanto, não existe nenhuma antinomia entre os dois dispositivos confrontados pelo sujeito passivo, já que um fala das hipóteses de suspensão do crédito tributário (artigo 151 do CTN) e o outro da constituição do crédito para prevenir a decadência quando houver medida judicial suspensiva **de sua exigibilidade** (artigo 63 da Lei nº 9.430/96) – e não de sua **formalização** –, fato que exige o lançamento. Lançado, o crédito passará a existir, porém não poderá ser cobrado, em vista da liminar que protege o sujeito passivo.

Ademais, inexistindo decisão judicial que tenha afastado a norma atacada, cabe ao julgador administrativo aplicar a lei, posto que este está vinculado à legalidade estrita por força do disposto no artigo 116, III, da Lei nº 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009.

Em sintonia com o que foi até aqui exposto, James Marins:

O poder-dever que imprime aos órgãos administrativos tributários a obrigação de realizar o lançamento através da autuação tem como motor a necessidade de paralisação da fluência do prazo decadencial previsto no Código Tributário Nacional e em outras leis esparsas, que corre contra o espaço de tempo hábil conferido à autoridade fazendária para que exerça seu poder-dever de formalizar a obrigação tributária com seu correspondente crédito. Ademais disso, se se tratar de discussão judicial de crédito já formalizado (lançado) aponta-se o risco de prescrição que milita contra o direito da Fazenda Pública em

lançar mão dos instrumentos processuais previstos para o exercício judicial do crédito tributário exequível.

*Nesse tema são de ser adequadamente relevadas as lições clássicas do grande mestre Aliomar Baleeiro: “corre prazo de decadência da obrigação tributária, insuscetível de interrupção, desde qualquer das duas hipóteses do art. 173, mas, se for constituído o crédito tributário correspondente a tal obrigação, passa a correr, daí por diante, o prazo de prescrição, já agora desse crédito. Desde sua constituição definitiva (art. 141) é que passará a marcar os dias contra o fisco, salvo se for interrompido por uma das quatro causas eficientes e taxativas, já vistas no parágrafo único do mesmo art. 174. [Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. **Revista de Direito Tributário.** 9-10/9-24, São Paulo, RT, 1979]*

Com efeito, no nosso regime de Direito positivo consubstanciado no Código Tributário Nacional faz-se impostergável o poder-dever da Administração Fazendária em formalizar o crédito tributário, impondo imperativamente à autoridade fiscal (sob pena de responsabilidade funcional) a obrigação de observar o prazo decadencial previsto em lei para a realização do lançamento (dever de não perpetuar dúvidas ou inseguranças), sob pena de que venha a não mais poder realizá-lo validamente por padecer de caducidade.

Assim, não só a Administração Fazendária pode como deve formalizar o crédito em discussão (lançar), sob pena de decadência do direito de fazê-lo, mesmo estando em curso a ação judicial de natureza preventiva (anterior ao lançamento) com o condão de suspender a exigibilidade do crédito (seja por depósito, caução, ou por qualquer decisão judicial para tanto eficiente, liminar, sentença ou acórdão).

Deve formalizá-lo, porém, apenas e unicamente para a precípua finalidade de obstar a decadência. Não é lícito ao Fisco, indo além da mera formalização do crédito, registrar eventuais penalidades ou intentar cobrá-lo promovendo a inscrição em dívida ativa e aforando a respectiva execução judicial, pois o crédito encontra-se em estado de suspensão de sua exigibilidade. Ademais disso, se a suspensão decorrer de ordem judicial, caracterizado estaria seu descumprimento com as penalidades daí decorrentes.

(MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro:** (administrativo e judicial). São Paulo: Dialética. 2005. p. 221-223)

Concernente à requerida aplicação do artigo 4º do Decreto nº 2.346/97, que trata do afastamento, pela via administrativa, de norma declarada inconstitucional, o caso não se subsume ao mesmo em vista de a matéria já estar sob a alçada do Poder Judiciário. Isso, aliás, impede o pronunciamento desta instância administrativa em todas as demais questões atinentes ao mérito da exigência submetidas àquele juízo, conforme já ressaltado.

Como se vê, o lançamento das importâncias decorrentes de matéria em discussão na via judicial é de natureza vinculada e obrigatória, a teor do disposto no artigo 142 do CTN. E a concessão de medida judicial não definitiva em favor da recorrente não elide a obrigatoriedade da formal constituição do crédito tributário, conforme razões acima aduzidas.

Deixam-se de examinar os demais argumentos apresentados pelo sujeito passivo em vista de os mesmos tratarem da questão material já submetida à apreciação do Poder Judiciário, o que implica em renúncia à presente instância administrativa, nos termos das razões acima demonstradas.

Da conclusão

Diante de todo o exposto, voto no seguinte sentido:

c) para **não conhecer do recurso em relação à alegada insubsistência da exigência do PIS por conta do inconstitucional alargamento de sua base de cálculo perpetrada pela Lei nº 9.718/98**, uma vez que tal discussão já se encontra sob a alçada do Poder Judiciário; e,

d) para **conhecer do recurso** tão-somente no que diz respeito ao **aduzido impedimento para o lançamento com fundamento no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72**, bem como à **reclamada ilegalidade do disposto no artigo 63, § 1º, da Lei nº 9.430/96, negando-lhe, no entanto, provimento.**

Sala de Sessões, em 26 de outubro de 2010.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Relator