



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA TURMA ESPECIAL

Processo nº 19515.001440/2004-44
Recurso nº 149.311 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão nº 292-00.047
Sessão de 09 de fevereiro de 2009
Recorrente SID TELECOMUNICAÇÕES E CONTROLES LTDA.
Recorrida DRJ em Campinas - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/11/2002

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

A Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, afastou a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991.

Nos casos de lançamento por homologação, deve ser aplicado o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, de modo que o lançamento de ofício apenas pode alcançar os fatos geradores ocorridos nos cinco anos anteriores à constituição do crédito tributário, por meio da notificação do auto de infração.

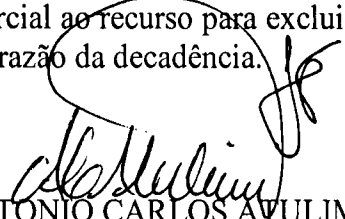
CONCOMITÂNCIA DE OBJETO NAS VIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. SÚMULA Nº 1, DO 2º CC.

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. Recurso não conhecido.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEGUNDA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Judiciário; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento dos fatos geradores ocorridos até junho de 1999 em razão da decadência.


ANTONIO CARLOS AVULIM

Presidente

IVAN ALLEGRETTI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Evandro Francisco Silva Araújo e Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente).

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 91/103) lavrado para a exigência da contribuição para o PIS relativa aos fatos geradores de fevereiro de 1999 a novembro de 2002.

A notificação da contribuinte aconteceu em 28/07/2004 (fl. 99).

Por bem descrever os fatos, transcrevo o seguinte trecho do relatório do acórdão recorrido:

“(…)

No campo DESCRIÇÃO DO FATOS de fl. 49 a autoridade autuante relata que os valores exigidos no lançamento referem-se à diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, constatadas durante o procedimento de verificações obrigatórias, conforme o TERMO DE VERIFICAÇÃO DO PIS, que é parte integrante do auto de infração (fls. 89/90).

No referido Termo, a autuante informa que o recolhimento a menor do PIS se deu em virtude de mandado de segurança em curso na Justiça Federal, objetivando assegurar o direito de recolher as contribuições ao PIS sobre o faturamento a partir de 1º/02/1999 conforme previsto na Lei Complementar nº 07, de 1970 e Lei nº 9.715, de 1998. Considerando que a ação judicial, com liminar concedida, ainda se encontrava sub judice, o lançamento foi efetuado com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, incisos II e IV, do Código Tributário Nacional.

Cientificada da exigência em 28/07/2004, em 27/08/2004, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 105/120, na qual alega, preliminarmente, que a autuação levada a efeito não pode prevalecer, posto que manifestamente nula, improcedente e insubsistente, assim contextualizando

Isto porque, as supostas diferenças apuradas pelo Sr. Agente Fiscal relativamente à base de cálculo do PIS decorrem do procedimento adotado pela Autuada, conforme expressamente autorizado pela liminar que lhe foi judicialmente concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.61.00.027513-0, de apurar e recolher o PIS com base no seu faturamento, nos termos da Lei Complementar nº 07/1970, não incluindo, portanto, na base de cálculo da referida contribuição as chamadas ‘outras receitas’.

De fato, o que ocorreu neste caso é que, diante da manifesta inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/1998 na Lei Complementar nº 07/1970 e na Lei nº 9.715/1998, com o intuito de ampliar, indevidamente, a base de cálculo da referida contribuição, para abranger, além do faturamento, as chamadas 'outras receitas', a Autuada obteve decisão judicial nos autos do referido Mandado de Segurança (docs. nºs 04, 05 e 06), que reconheceu, expressamente, que as chamadas 'outras receitas' auferidas pela Autuada, não integram a base de cálculo do PIS.

(...)A Autuada impetrou Mandado de Segurança em caráter preventivo contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo objetivando afastar a cobrança da COFINS e da contribuição ao PIS nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.718/98, principalmente em relação à base de cálculo e alíquotas estabelecidas pela referida lei, e, bem assim, para assegurar o seu direito de continuar procedendo ao recolhimento das referidas contribuições na forma prevista pela Lei Complementar nº 70/91, ou seja, 2% incidente sobre o faturamento, referente a COFINS e, pela Lei nº 9.715/98, ou seja, 0,65% incidente sobre o faturamento, referente ao PIS.

A liminar foi deferida tal como pleiteada, ressaltando, apenas, o MM. Juiz 'a quo', em relação ao PIS, a aplicação da Lei Complementar nº 07/70, e não da Lei nº 9.715/98, originada da conversão em lei da Medida Provisória nº 1.212/95.

Posteriormente, acatando a tese defendida pela Autuada, o Ministério Público Federal em suas informações, opinou pela concessão definitiva da segurança.

Em 22/09/2002, foi proferida sentença julgando parcialmente procedente o pedido e concedendo definitivamente a segurança, para que: (i) fossem afastadas as exigências contidas nos artigos 2º, 3º e 8º e seus parágrafos da Lei nº 9.718/1998, e, (ii) ficasse a Autuada autorizada a recolher a contribuição para o PIS calculada sobre base de cálculo apurada consoante o disposto na L.C. 07/70, bem como a recolher a COFINS calculada sobre o faturamento, conforme a Lei Complementar nº 70/91 e pela alíquota de 2% (dois por cento).

Atualmente, o Mandado de Segurança encontra-se perante a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, aguardando julgamento do Recurso de Apelação interposto pela Fazenda Nacional (doc. nº 07).

Este Recurso de Apelação apresentado pela Fazenda Nacional foi recebido apenas em seu efeito devolutivo, o que implica dizer que a decisão contida na r. sentença deve ter aplicação imediata e integral, sem qualquer mitigação.

(destaques do original)



Transcrevendo decisão do Superior Tribunal de Justiça em apoio a sua tese, a impugnante afirma a inexistência do crédito tributário constituído pelo auto de infração e a não incidência dos juros moratórios, complementando que

De fato, conforme exposto no item precedente, os créditos fiscais supostamente constituídos por meio do Auto de Infração ora impugnado são inexistentes, seja por força da liminar, inicialmente, deferida, seja principalmente em decorrência da confirmação da liminar pela r. sentença de primeiro grau proferida nos autos do Mandado de Segurança supra referido, validando, assim, o procedimento para apuração e recolhimento do PIS adotado pela Autuada. Essa r. sentença, embora sujeita ao recurso ofertado pela Fazenda Nacional, tem aplicação imediata, considerando que o recurso foi recebido tão-somente em seu efeito devolutivo.

Portanto, os créditos fiscais objeto do presente Auto de Infração não podem ser exigidos pela Fazenda Nacional, por não existir crédito a ser apurado, diante da expressa ordem judicial.

No mérito, a impugnante sustenta, em suma e fundamentalmente, que a Lei nº 9.718, de 1998, que alterou a base de cálculo do PIS e da Cofins e determinou a incidência do PIS sobre a receita bruta da empresa, ao invés do seu faturamento, ou seja, que incluiu outras receitas na base de cálculo da contribuição, é formalmente inconstitucional, porquanto a sua elaboração não obedeceu ao devido processo legislativo, assim como é materialmente inconstitucional, por não se compatibilizar com o disposto no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, na época de sua edição.

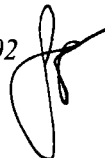
Aduz ainda que a edição posterior da Emenda Constitucional nº 20/98 não tem o condão de 'constitucionalizar' a referida Lei nº 9.718, de 1998, eis que sua validade para inclusão no ordenamento jurídico deve ser aferida com o texto constitucional vigente no momento de sua edição.

Requer, conseqüentemente, que seja declarado nulo, insubsistente e improcedente o auto de infração e o respectivo processo administrativo, bem como seja afastada a incidência de juros de mora sobre os créditos fiscais constituídos, considerando-se que os créditos fiscais constituídos por meio do auto de infração impugnado são ilegais e ainda se encontram com a respectiva exigibilidade judicialmente suspensa, não havendo falar em sujeição dos referidos créditos aos efeitos da mora."

A DRJ em Campinas - SP manteve integralmente o auto de infração por meio do Acórdão nº 05-18.433 (fls. 226/231), com a seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/11/2002



Normas Processuais. Discussão Judicial E Processo Administrativo. Constituição do Crédito Tributário. Renúncia à Discussão Pela Via Administrativa.

A busca da tutela do Poder Judiciário, não obstrui a constituição do crédito tributário pela autoridade tributária e acarreta a renúncia à discussão administrativa sobre a mesma matéria, impedindo a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade a quem caberia o julgamento.

Crédito Suspenso. Juros de Mora. Incidência.

Incidem juros de mora durante a vigência de liminar que suspende a exigência do crédito tributário. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Lançamento Procedente”.

A contribuinte interpôs então recurso voluntário (fls. 238/253) reiterando os argumentos: (i) de que é inconstitucional a ampliação da base de cálculo pretendida pelo art. 3º da Lei nº 9.718/98, de modo que não poderiam ser incluídas na base de cálculo de qualquer outra receita senão e apenas aquelas decorrentes da venda de bens e de serviços; (ii) que se encontra amparada por ação judicial, entendendo que “deva ser o presente processo administrativo suspenso, até que transitada em a decisão final que venha a ser proferida no Mandado de Segurança nº 2000.61.00.027513-0” (fl. 240).

É o Relatório.

Voto

Conselheiro IVAN ALLEGRETTI, Relator

Sendo tempestivo o recurso e preenchendo os demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, dele tomo conhecimento.

1. Decadência parcial

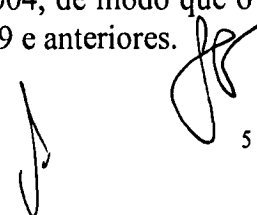
Verifico, de início, a ocorrência de decadência parcial.

Por se tratar de matéria de ordem pública, deve o tema ser enfrentado mesmo que não tenha alegado pela recorrente.

Por se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo de decadência começa a contar do momento da ocorrência do fato gerador, por força do disposto no art. 150, §§ 1º e 4º, do Código Tributário Nacional.

A constituição do crédito tributário, por sua vez, concretiza-se no momento em que o contribuinte é notificado do auto de infração.

Neste caso, a constituição do crédito aconteceu em 28/07/2004, de modo que o auto de infração não poderia alcançar o fato gerador da competência 06/1999 e anteriores.



Ocorre que, como visto, o auto de infração pretendeu constituir créditos tributários em relação a fatos geradores ocorridos mais de 5 (cinco) anos antes da notificação.

Entendo, por isso, no sentido de excluir do auto de infração as exigências correspondentes ao fato gerador das competências 06/99 e anteriores.

2. Concomitância

No mérito, merece ser mantido o acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

A discussão na via judicial impede a análise da mesma matéria no âmbito administrativo, não podendo a autoridade julgadora administrativa promover o julgamento em relação a estes mesmos fundamentos.

Ou seja, não pode haver concomitância de discussão do mesmo tema nos âmbitos administrativo e judicial.

Neste caso concreto, a contribuinte propôs ação judicial para discutir quanto à viabilidade da ampliação da base de cálculo prevista no art. 3º da Lei nº 9.718, de 1988.

Esta matéria, portanto, não pode ser discutida em âmbito administrativo.

Aplica-se ao caso o disposto na Súmula nº 1 deste Segundo Conselho de Contribuintes, no sentido de que *“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”*.

Justamente porque a administração não pode conhecer da matéria submetida ao judiciário, e porque prevalecerá o resultado do julgamento judicial, não há razão para que se suspenda o trâmite da discussão administrativa.

A discussão administrativa apenas se justifica em relação àquelas matérias que não estão em discussão na via judicial.

Se o contribuinte opta pela discussão judicial, deve obter naquela mesma via a suspensão da exigibilidade, seja por meio de decisão judicial ou pelo depósito.

De todo modo, a suspensão da exigibilidade não impede a constituição do crédito tributário, cujo objetivo é prevenir a decadência do direito de fazê-lo. A constituição do crédito apenas determina e quantifica a obrigação tributária, constituindo o direito da Fazenda para a eventual futura exigência.

Por tais razões, não conheço do recurso nesta parte.

Portanto, voto por não conhecer da matéria discutida no Judiciário e, na parte conhecida, por dar provimento parcial ao recurso na forma acima exposta.

Sala das Sessões, em 09 de fevereiro de 2009.

IVAN ALLEGRETTI