



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687

Recorrente : GERAL DE CONCRETO S/A
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

PIS. NULIDADE. Não se configura nulidade do lançamento quando presentes os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972. Preliminar rejeitada.

DECADÊNCIA. Nos termos do art. 146, III, b, da Constituição Federal cabe à lei complementar estabelecer normas sobre decadência. Sendo assim, é de se aplicar o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador previsto no art. 150, § 4º do CTN.

JUROS DE MORA. Os juros de mora devem incidir apenas e tão somente sobre as parcelas do crédito tributário não pagas no prazo do recolhimento da obrigação.

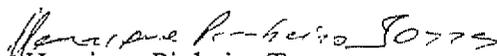
SELIC. A inadimplência quanto ao recolhimento de tributos e contribuições sujeita o sujeito passivo ao pagamento do tributo devido acrescido dos juros de mora aplicados com base na taxa Selic.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por GERAL DE CONCRETO S/A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, I) por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a decadência do crédito pertinente a fatos geradores ocorridos até abril/1998, inclusive; e II) por maioria em dar provimento parcial ao recurso, para afastar os juros moratórios relativos a créditos tributários depositados integralmente até jan/1999. Vencidos os Conselheiros Jorge Freire e Júlio César Alves Ramos.

Sala das Sessões, em 15 de agosto de 2007.


Henrique Pinheiro Torres

Presidente


Rodrigo Bernardes de Carvalho

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Nayra Bastos Manatta, Leonardo Siade Manzan, Airton Adelar Hack e Mauro Wasilewski (Suplente).



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687
Recorrente : GERAL DE CONCRETO S/A

RELATÓRIO

Com vistas a uma apresentação abrangente e sistemática do presente feito sirvo-me do relatório contido na decisão recorrida de fls. 204/217:

4. Originou-se a presente ação fiscal através do Mandado de Procedimento Fiscal 08.1 90 00-2002-02838-6 de fls. 01, sendo que a empresa em epígrafe foi intimada a apresentar os livros e documentos arrolados no Termo de Início de Fiscalização de fl. 03

5. Do exame levado a efeito na documentação apresentada, foram constatados pelo Agente Fiscal, fatos irregulares, com infringência às normas legais que regem a espécie, descritos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 85 a 88, conforme segue em síntese.

a) A empresa contestou judicialmente a contribuição ao PIS através de Medida Cautelar nº 96.0010498-0 em 15.04.96, apensada à Ação Ordinária nº 96.0012932-0 em 06.02.2001.

b) Requereu a concessão de liminar para obter a suspensão da exigibilidade da contribuição ao PIS cobrado segundo a MP 1.407/96, para recolhe-lo na alíquota de 5% do IR apurado, de acordo com a sistemática prevista na LC 7/70, em lugar dos 0,65% da Receita Operacional Bruta, procedendo ao depósito dos valores em controvérsia, visando a suspensão da exigibilidade do PIS, nos moldes da MP 1.212/95 e reedições.

c) A empresa obteve decisão judicial, em 29.02.2000, que julgou procedente a ação cautelar reconhecendo o direito da autora depositar a quantia controversa e a suspensão do crédito tributário até o trânsito em julgado da sentença proferida nos autos da ação principal.

d) Para o período de 07.97 a 01.99 procedeu-se a tributação do PIS, cujo valor foi depositado judicialmente, conforme demonstrativo às fls. 86.

e) Para o período de 02.99 e seguintes a empresa recolheu 0,65% sobre a Receita de Faturamento, contestando judicialmente o PIS incidente sobre outras Receitas.

f) Impetrou Mandado de Segurança nº 1999.61.00.009971-2 com pedido de liminar para declarar a inexigibilidade da contribuição ao PIS, na modalidade exigida pela Lei 9.718/98 e 9.715/98, permitindo o recolhimento da contribuição com base na LC 7/70. A empresa alega não realizar venda de mercadoria, devendo o PIS ser determinado à alíquota de 5% do IRPJ devido. E caso não acolhido este pedido, e consideradas válidas as alterações por Lei Ordinária, requerem seja declarada a ilegalidade de tais dispositivos e a manutenção da definição de faturamento constante na Lei 9.715/98 e 9.718/98.

g) A Justiça Federal concedeu liminar em 11.03.99 para assegurar o recolhimento do PIS segundo a LC 7/70 (receita do produto da venda de mercadorias e serviços).

h) Procedeu-se a autuação do PIS para o período de 02.99 a 11.02 sobre a diferença entre a Receita Bruta e Receita de Faturamento, com suspensão de exigibilidade, ante a liminar concedida em Mandado de Segurança, conforme Demonstrativo às fls. 87.

MMF



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687

6. Em vista das infrações constatadas, foi lavrado o presente Auto de Infração (fls. 100 a 104), no valor total de R\$ 3.340.114,48, incluindo-se tributo e juros de mora, estes calculados até 30.04.2003, para constituir o crédito tributário relativo ao PIS dos períodos de apuração de julho de 1997 a novembro de 2002, com enquadramento legal exposto às fls. 85, 88, 99 e 104.

7. Regularmente notificada em 20.05.2003, conforme ciência nos próprios autos, a autuada apresentou a impugnação tempestiva de fls. 107 a 115, acompanhada de documentos às fls. 116 a 191, alegando, em suma, o que se segue:

7.1 A finalidade do Auto de Infração é penalizar, não podendo as Autoridades Fiscais alterar tal finalidade, devendo utilizá-la apenas para evitar a decadência. Deveria ter sido utilizada a notificação prevista no artigo 9º do Decreto nº 70.235/72.

7.2 Para que seja válido o Auto de Infração, deve haver infração. No caso em questão, não há o que se falar em ilícito ou infração, haja vista que antes de qualquer ato do Fisco tendente à efetivação do lançamento, foram propostas as competentes medidas judiciais, por meio das quais a Requerente vem depositando em juízo os valores necessários para manter suspensa a exigibilidade do crédito tributário ora exigido nestes autos.

7.3 Contesta os juros de mora alegando que nunca esteve em mora no cumprimento de suas obrigações fiscais ora constituídas neste auto, tendo em vista que, amparada por decisão judicial, não incorreu em atraso, impontualidade ou violação do dever de cumprir a obrigação no tempo previsto.

7.4 Segundo o artigo 151, inciso IV, do CTN, a concessão de liminar suspende a exigibilidade do crédito tributário. A virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário consiste fundamentalmente na desconfiguração da mora, por não haver qualquer omissão do contribuinte quanto ao pagamento do tributo. Cita julgado do Conselho de Contribuinte para corroborar seu entendimento.

7.5 Além disso se na consulta tributária não incidem juros, a teor do art 161, § 2º do CTN, com muito mais razão não incidem juros no caso do contribuinte buscar tutela do Poder Judiciário, por entender determinada exigência legal ilegítima.

7.6 Enquanto não vencida a dívida, é inexigível o direito subjetivo dela decorrente. Cita o Parecer Normativo CST nº 02/93 para corroborar seu entendimento. O vencimento não ocorre enquanto a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, assim antes do vencimento da obrigação não há possibilidade de se configurar a mora.

7.7 A empresa efetuou integralmente o depósito judicial dos créditos tributários ora constituídos, portanto segundo o artigo 151, II do CTN a exigibilidade do crédito está suspensa, tornando impossível a configuração da mora. O próprio CTN reconhece que a conversão do depósito em renda é suficiente e bastante para extinguir o crédito tributário (artigo 156, VI do CTN), o que demonstra a impropriedade na exigência de juros no presente auto.

7.8 Contesta a aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 30 da MP nº 2.176/2001, pois da forma que é apurada consubstancia-se em correção monetária e juros de mora. Sendo a taxa Selic indicador de juros, esta não deve incidir se não for verificada a ocorrência de mora. Também não há que se argumentar que a taxa deve ser aplicada como índice de correção monetária, pois não é possível corrigir monetariamente o Real, dada a ausência de indexador previsto em lei.



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687

7.9 Alega que a taxa Selic possui evidentes contornos de inconstitucionalidade, por afrontar o princípio da legalidade e da indelegabilidade da competência tributária. Cita julgados da esfera judicial para corroborar seu entendimento.

A 6ª Turma da DRJ em São Paulo – SP manteve o lançamento mediante a prolação do acórdão assim ementado:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/1997 a 30/11/2002

Ementa: PRELIMINAR. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. O instrumento adequado à formalização do lançamento, decorrente de auditoria externa, é o auto de infração, o qual deve ser lavrado inclusive na hipótese em que a matéria esteja sob apreciação do Poder Judiciário e ainda que o crédito tributário correspondente não possa ser exigido.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. DESCABIMENTO. Somente será considerado nulo o lançamento, se presente quaisquer das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

JUROS DE MORA - Os acréscimos moratórios são devidos mesmo quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário correspondente, por expressa disposição legal.

DEPOSITO JUDICIAL. Depósito judicial, quando determinada sua conversão em renda da União Federal, é considerado um pagamento, na data em que efetivado. Assim, a indicação dos juros moratórios no Auto de Infração é cabível, ressalvando-se que a eventual conversão em renda da União Federal de depósito judicial deve extinguir o crédito tributário lançado, tomando-se como data limite para a apuração dos acréscimos moratórios a data da efetivação do depósito.

TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Irresignada com a decisão retro, a contribuinte lançou mão do presente recurso voluntário, oportunidade em que reiterou os argumentos expendidos por ocasião de sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

De início, insurge-se a recorrente contra o lançamento na medida em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por ela conquistada no Judiciário, impediria a lavratura do auto de infração.

Quanto a este ponto, peço *vênia* para transcrever e adotar as razões do voto do Ilustre Conselheiro Jorge Freire que esgotou a matéria no julgamento do recurso nº 136.998, aviado pela própria recorrente:

Não há dúvida, pelo que se depreende dos autos, que os créditos tributários postos ao conhecimento do judiciário estão com sua exigibilidade suspensa. Da mesma forma, dúvida também não há de que o Fisco não estava impossibilitado, por ordem judicial, de efetuar o lançamento.

O que o Fisco fez foi defender o direito de a Fazenda Nacional poder vir a cobrar o crédito tributário, uma vez esteja este escoimado de ilegalidades e sem ter sua exigibilidade suspensa, quer por pender recurso administrativo, nos termos do art. 151, III, do CTN, quer por não mais haver decisão judicial nesse sentido.

As matérias colocadas na órbita judicial têm o efeito de fazerem o procedimento administrativo fiscal praticamente encerrar, não conhecendo do mérito com mesmo objeto, porém resguardando os prazos recursais e o próprio direito ao recurso, caso haja, de matéria diversa à submetida ao Judiciário. Dessa forma, o crédito poderá inclusive ser inscrito em dívida ativa, porém sem possibilidade de executá-lo se pendente condição que suspenda sua exigibilidade (CTN, art. 151, IV).

Outra questão, porém, é quanto à possibilidade do crédito tributário, cuja legalidade se discute no judiciário, ser, como in casu, lançado de ofício, de modo a resguardar o erário público dos efeitos preclusivos da decadência.

*Não identifico na decisão judicial qualquer menção para que as autoridades impetradas abstenham-se de praticar qualquer ato tendente à lavratura de auto de infração, o que, a meu juízo, seria ilegal. A decisão judicial restringiu-se a afastar a incidência da Lei nº 9 718, mas não proibiu a autoridade coatora da prática do ato de lançamento, o que, data *vênia*, não caberia.*

Destarte, o que está proibido é a exigibilidade do crédito tributário, obstando sua coercibilidade, não sua constituição.

Não há dúvida que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação ex lege. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker¹, nasce com a ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação jurídica pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo.

Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação ainda não é poder exigí-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687

obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida, inexistindo pretensão.

Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio, há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal.

A argumentação da recorrente de que o lançamento seria nulo por não haver infração acarreta a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

O entendimento do STJ, conforme Aresto2 relatado pelo Ministro Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo, também não coincide com as ponderações da recorrente:

... O imposto de renda está sujeito ao regime do lançamento por homologação. Nessas condições, a Impetrante pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento 'ex officio'. Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudd porque o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico ('solve et repete', depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174) – sublinhei.

Assim, dívida não há quanto à legalidade da atividade fiscal que constituiu o crédito tributário (o lançamento), podendo, contudo, ser discutida a exigência que dele deflui, como, in casu.

Afastada a preliminar de nulidade do lançamento, passo à análise da decadência que, apesar de não postulada pela recorrente, levanto de ofício.

Tenho que parte do crédito lançado encontra-se decaído. Isto porque, as contribuições sociais desde a Constituição de 1988, seguem as regras estabelecidas no Código Tributário Nacional e, portanto, a essas é que devem se submeter.

Segundo o art. 146, III, "b", da Constituição Federal de 1988 cabe a lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária que trate de decadência, ou seja, não pode uma lei ordinária sobrepujar o comando de uma lei recepcionada como lei complementar.

Portanto, é de se aplicar a regra inscrita no § 4º do artigo 150 do CTN, pela qual, transcorrido o prazo quinquenal da ocorrência do fato gerador sem o pronunciamento da Fazenda Pública, "considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário".

Sendo assim, na data em que foi dada ciência ao contribuinte da lavratura do auto de infração, 20 de maio de 2003, já havia decaído o direito da Fazenda Pública de autua-lo até abril de 1998, inclusive.



Processo nº : 19515.002095/2003-85
Recurso nº : 136.367
Acórdão : 204-02.687

Permanece a discussão se devidos juros moratórios, não obstante a existência de depósitos judiciais integrais e tempestivos em relação à parte dos períodos.

Conforme se verifica às fls. 148/169 os valores do PIS referentes aos períodos de **julho de 1997 a janeiro de 1999** foram **depositados mensalmente** nos autos da Medida Cautelar nº 96.0010498-0, antes da lavratura do auto de infração, conforme expressamente reconhecido na decisão recorrida de fl. 215.

Logo, resta incabível a cobrança de juros moratórios até janeiro de 1999, uma vez que não esteve a Recorrente em mora, encontrando-se o valor principal em discussão integralmente depositado.

Neste sentido soa uníssona a jurisprudência desta Câmara:

"COFINS. JUROS DE MORA CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa. DEPOSITO JUDICIAL. Não há de ser aplicado juros de mora em relação a créditos tributários com a exigibilidade suspensa em virtude de depósito judicial dos valores devidos, cujo lançamento visa prevenir a decadência. Recurso provido" (Acórdão 204-00097, Rel. Conselheira Nayra Bastos Manatta, Sessão de 17.5.2005).

Por outro lado, com relação ao período remanescente, ou seja, a partir de fevereiro de 1999, não houve depósito, mas recolhimento do PIS a destempo com base no faturamento, haja vista concessão de liminar para que assim o procedesse, razão pela qual devem ser mantidos os juros moratórios.

No que tange à argüição da ilegalidade da utilização da taxa Selic como juros moratórios e limitação dos juros à taxa de 1% ao mês, também é de ser rechaçada.

Isto porque o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional abriu a possibilidade de que outra lei alterasse a regra geral de cálculo dos juros moratórios. Confira-se o dispositivo:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês."

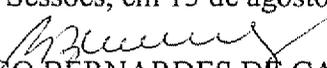
Foram editadas novas Leis (nºs 9.065/95 e 9.430/96) que passaram a exigí-lo em percentual equivalente ao da taxa Selic, e como sedimentado pela jurisprudência, ao julgador administrativo compete apenas aplicar a legislação vigente sem perquirir sua constitucionalidade, não merece qualquer reparo a decisão recorrida

CONCLUSÃO

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso voluntário para:

1. reconhecer a decadência do período pertinente a fatos geradores ocorridos até abril de 1998, inclusive; e
2. afastar os juros moratórios sobre os depósitos tempestivos e integrais efetuados até janeiro de 1999, inclusive.

Sala das Sessões, em 15 de agosto de 2007.


RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO