



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

Processo nº 19515.002669/2004-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3101-001.093 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2012
Matéria PIS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2002

Ementa: EXEGESE DO ART. 38 DA LEI Nº 6.830/80. CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS JUDICIAL E ADMINISTRATIVO COM O MESMO OBJETO.

A matéria concernente à exegese do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e à concomitância de processos judicial e administrativo com o mesmo objeto já foi amplamente debatida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tanto que deu azo à Súmula nº 01 - *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.* A indigitada Súmula, consolidada e aprovada em 21/12/2010, pela Portaria CARF nº 52, é fundamentação bastante para afastar as alegações da recorrente, no sentido de que o art. 38 da Lei nº 6.830/80 não vale para casos com ação judicial prévia ao lançamento, e de que o art. 38 teria sido revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.789/99.

PIS. MATÉRIA SUBMETIDA A APRECIAÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA PARCIAL.

A matéria concernente à exigência do PIS de acordo com a Lei nº 9.718/98, que conta com ação judicial ainda em trâmite na Justiça Federal, não deve ser conhecida nesta esfera administrativa.

AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTO PARA EVITAR DECADÊNCIA.

A preliminar de nulidade do auto de infração, por não ter sido utilizada notificação de lançamento em vez auto de infração, porquanto não foi praticada qualquer infração por parte da recorrente, e o lançamento foi constituído apenas para evitar a decadência da contribuição para o PIS, sendo inclusive lavrado sem qualquer multa, não procede. O equívoco no raciocínio

da recorrente é o de apegar-se à literalidade dos nomes consagrados às duas modalidades de lançar de que dispõe o ente público federal - auto de infração e notificação de lançamento. O fato de o lançamento ser constituído por auto de infração não significa necessariamente que tenha de haver uma infração perpetrada (como o caso dos autos); bem como a edição de notificação de lançamento encerra, muitas vezes, a constituição de lançamento em virtude de infração praticada pelo contribuinte, que vem a ser o caso da revisão de declarações, quando a constatação de infração à legislação tributária for levada a efeito exclusivamente por meio de informações constantes das bases de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil. O que diferencia, efetivamente, as duas formas de constituir o crédito tributário em favor da União é o emitente e o local da emissão desses atos tributários. O auto de infração é lavrado por auditor-fiscal no local de verificação da falta, que pode ser falta de recolhimento do tributo tão somente; a notificação de lançamento é emitida sempre na sede da Receita Federal do Brasil, e por seu titular, autoridade que representa o órgão expedidor para todos os efeitos.

DECADÊNCIA PARCIAL.

Em virtude da aplicação obrigatória da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, que tornou o art. 45 da Lei nº 8.212/91 imprestável para regular o prazo decadencial para o Fisco lançar, exsurge o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional como o dispositivo a ser aplicado ao caso vertente, por conta de haver pagamentos parciais nos períodos apontados, ocorrendo decadência parcial do crédito tributário, relativa aos períodos de fevereiro a outubro de 1999.

DOS JUROS E DA SELIC.

Quanto aos juros de mora e aplicação da taxa Selic, cumpre trazer à baila as Súmulas nºs 5 e 4 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em não conhecer da matéria coincidente com a demanda judicial; considerar prejudicada a preliminar de competência do CARF para não aplicar lei declarada inconstitucional; rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração; e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário para excluir da exigência os fatos geradores fulminados pela decadência (fevereiro a outubro de 1999).

Tarásio Campelo Borges - Presidente Substituto

Corintho Oliveira Machado - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Roberto Domingo, Tarásio Campelo Borges, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios, Valdete Aparecida Marinheiro, Vanessa Albuquerque Valente e Corinto Oliveira Machado.

Relatório

Adoto o relato do órgão julgador de primeiro grau até aquela fase:

*Trata o presente processo de **Auto de Infração** de fls. 147 a 159, lavrado, contra o contribuinte em epígrafe, em decorrência da falta/insuficiência de recolhimento da **Contribuição para o PIS**, no valor total de R\$710.769,39, com exigibilidade suspensa, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses 02/1999 a 11/2002, incluídos principal e juros de mora calculados até 29/10/2004.*

2. Na descrição dos fatos do Auto de Infração, à fl. 157, consta que o valor foi apurado conforme Termo de Constatação (fls. 144/146) e planilhas (137/143).

3. No referido Termo de Constatação foi mencionado que:

Em 03/03/1999, a Empresa entrou com Ação Ordinária (Pedido de Antecipação da Tutela Jurisdicional) de nº 1999.61.00.009130-0 (8ª Vara Federal de São Paulo) a fim de que haja a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, entre a Empresa e a União, no que concerne às exigências da Cofins e da Contribuição para o PIS nos moldes da Lei nº 9.718/98 e Emenda Constitucional nº 20/98, restando reconhecido o direito do contribuinte a recolher os tributos segundo dispõe a legislação anterior (Lei Complementar nº 70/91 e Lei nº 9.715/98, respectivamente);

Em 05/03/1999, foi concedida antecipação do efeito da tutela jurisdicional, autorizando o recolhimento da Cofins e da Contribuição para o PIS, de conformidade com as disposições da LC nº 70/91 e Lei nº 9.715/98, em relação aos fatos ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999;

Em 06/08/1999, a Juíza Federal Substituta da 8ª VF – São Paulo julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, afastando a exigibilidade do recolhimento da Contribuição para o PIS e da Cofins, nos moldes estipulados na Lei nº 9.718/98 e na EC 20/98, autorizando o recolhimento desses tributos segundo dispõem a Lei nº 9.715/98 e a Lei Complementar nº 70/91;

Em 13/12/1999, a União Federal interpôs Recurso de Apelação contra a decisão de 1ª instância, que estava pendente de apreciação pelo Tribunal Regional Federal – 3ª Região, até o momento da lavratura do Auto de Infração em questão;

O Auto de Infração foi lavrado com exigibilidade suspensa, a fim de promover a constituição do crédito tributário, nos termos do inciso II do art. 151 do CTN;

O Auto de Infração foi elaborado com base nas planilhas elaboradas pela Fiscalização (fls. 137/143), do período de 02/1999 a 11/2002, referente à diferença apurada de 10% (0,75% - 0,65%). No período de 12/2002 a 10/2003, o contribuinte recolheu nos termos da Lei nº 10.637/2002 (PIS – Não-cumulatividade), de 30/12/2002;

*Os valores foram fornecidos pelo contribuinte (docs. de fls. 71/75) e cruzados com os valores constantes nos sistemas da SRF, tendo sido apuradas as **diferenças que foram lançadas de ofício com exigência do crédito tributário referente ao período de 02/1999 a 11/2002.***

4. Embasando o feito fiscal, o autuante citou, no Auto de Infração, o enquadramento legal à fl. 159. No que se refere à multa de ofício e aos juros de mora, os dispositivos legais aplicados constam à fl. 155.

*5. Cientificada em 30/11/2004, conforme fl. 156, a Interessada ingressou, em 21/12/2004, com a petição de fls. 168 a 192, por meio da qual vem **impugnar** os lançamentos efetuados, alegando em síntese que:*

parte do crédito tributário constituído (fatos anteriores a novembro de 1999) foi atingida pela decadência tributária quinquenal, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, não se aplicando o prazo decadencial previsto pela Lei nº 8.212/91, por não ser o veículo hábil para tratar da matéria, conforme disposto no art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal;

em razão da discussão judicial da matéria tributável lançada e da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários determinada pelos provimentos jurisdicionais obtidos nos autos da ação ordinária 1999.61.00.009130-0, a lavratura de auto de infração não é o instrumento adequado para a constituição do crédito tributário, que deveria ser realizada por meio de notificação de lançamento;

o Decreto 70.235/72 distingue estas duas figuras em seus 9º a 11, sendo o auto de infração o instrumento adequado apenas nas hipóteses de apuração de irregularidade passível de ser apenada. No caso de que trata o presente processo administrativo, a discussão judicial da matéria não configura nenhuma irregularidade, de modo que o auto de infração não é o instrumento adequado para a constituição do crédito tributário;

*o art. 38 da Lei 6.830/80 só afasta a apreciação de recursos na esfera administrativa quando a medida judicial for adotada pelo contribuinte após a lavratura do auto de infração, não sendo aplicável à hipótese destes autos, pois as medidas judiciais foram ajuizadas anteriormente à constituição do crédito tributário. Interpretações diversas desta violam os princípios constitucionais da ampla defesa e do direito de livre petição aos órgãos públicos. Ademais, o art. 51 da Lei 9.784/99 determina **que qualquer renúncia à esfera administrativa deve ser***

manifestada expressamente pelo interessado, de modo que este dispositivo revogou o citado art. 38 da Lei 6.830/80, conforme prescreve o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil e o princípio da especificidade das leis. Por outro lado, a impugnação discute temas não levados à apreciação do Poder Judiciário, como a decadência, a inadequação do meio utilizado, a revogação do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830/80 pelo art. 51 da Lei 9.784/99 e a ilegalidade dos juros de mora exigidos, notadamente pela taxa Selic;

a exigência da Contribuição para o PIS nos termos da Lei 9.718/98 é inconstitucional, pois, à data da publicação da Lei, o art. 195, I, da Lei Maior só autorizava a criação de contribuição sobre o faturamento e não sobre a totalidade das receitas, de modo que seu fundamento de validade só poderia ser o art. 195, § 4º, da Constituição Federal, que exigia lei complementar. A Emenda Constitucional 20/98 não teve o condão de constitucionalizar a Lei 9.718/98, pois foi posterior a esta. Os conceitos de receita e faturamento não se confundem, de modo que o legislador criou nova contribuição ao alterar a base de cálculo da Contribuição para o PIS. As normas que não se conformam com o novo texto constitucional são automaticamente banidas do ordenamento jurídico, sem necessidade de expressa manifestação do Poder Judiciário e o mesmo ocorre com leis que já nascem inconstitucionais;

os membros do Poder Executivo também são obrigados a observar os princípios constitucionais, de modo que não se pede nesta impugnação que seja declarada a inconstitucionalidade das normas atacadas, já que só o Poder Judiciário tem competência para tanto, mas que sua aplicação se dê em consonância com os princípios constitucionais. A necessidade de aplicação dos princípios constitucionais pelos órgãos administrativos já foi acolhida em julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Deve, portanto, a autoridade administrativa deixar de aplicar os dispositivos legais que não se ajustam à Constituição, em virtude da antecipação de tutela deferida nos autos da ação declaratória 1999.61.00.009130-0, a exigibilidade do crédito tributário lançado está suspensa, razão pela qual não há atraso no recolhimento a justificar a exigência de juros moratórios. A impugnante não pode ser punida por recorrer ao Poder Judiciário, sob pena de violação às garantias constitucionais inscritas no art. 5º, incisos XXXIV e XXXV, da Lei Maior. Os juros têm natureza indenizatória e são devidos apenas quando há atraso no recolhimento. Ademais, é descabida a utilização da taxa Selic para fins de cálculo dos juros moratórios em matéria tributária, pois esta taxa, além de possuir natureza remuneratória, não foi criada por lei, ofendendo assim o princípio da legalidade e o art. 161, § 1º, do CTN. Nos termos desta última norma, os juros moratórios, na ausência de disposição legal em contrário, estão limitados a 1% ao mês;

por fim, requer a desconstituição do crédito tributário e o cancelamento do Auto de Infração em questão.

A DRJ no RIO DE JANEIRO II/RJ julgou o lançamento procedente, ementando assim o acórdão:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2002

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a constituição de créditos relativos à Contribuição para o PIS é de 10 (dez) anos, iniciando-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

AUTO DE INFRAÇÃO - CONCOMITÂNCIA - JUROS DE MORA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

O auto de infração é instrumento hábil para a constituição de crédito tributário com o fim de prevenir a decadência. A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa. Os juros de mora são cabíveis também nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Selic exigida nos termos da lei.

Lançamento Procedente

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, fls. 252 e seguintes, onde invoca decadência parcial (fevereiro a outubro de 1999), em virtude da aplicação obrigatória da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal; requer nulidade do auto de infração, por inadequação do instrumento, que seria Notificação de Lançamento; diz que o art. 38 da Lei nº 6.830/80 não vale para casos com ação judicial prévia ao lançamento, e que o art. 38 foi revogado pela Lei nº 9.789/99, art. 51; afirma que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem competência para não aplicar lei declarada inconstitucional pelo STF (nº 9.718, § 1º do art. 3º) com espeque no art. 1º do Decreto nº 2.346/97 e Regimento Interno do CARF, art. 49, e Lei nº 9.784/99, art. 2º, I (observado o Direito e os princípios constitucionais); os juros de mora são inexigíveis *in casu*; e a taxa Selic não se presta para cálculo dos juros.

Após alguma tramitação, a Repartição de origem encaminhou os presentes autos para apreciação deste órgão julgador de segunda instância.

É o relatório.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 26/05/2012 por CORINTHO OLIVEIRA MACHADO, Assinado digitalmente em 28/05

/2012 por TARASIO CAMPELO BORGES, Assinado digitalmente em 26/05/2012 por CORINTHO OLIVEIRA MACHADO

Impresso em 28/06/2012 por EUNICE AUGUSTO MARIANO - VERSO EM BRANCO

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

A preliminar das preliminares vem a ser a exegese do art. 38 da Lei nº 6.830/80, porquanto a questão define a competência do Colegiado para apreciar, ou não, a matéria submetida à apreciação judicial. Da análise da preliminar anterior - concomitância de processos judicial e administrativo - depende a preliminar de competência do CARF para não aplicar lei declarada inconstitucional pelo STF, uma vez que a lei declarada inconstitucional (Lei nº 9.718, § 1º do art. 3º) é objeto da ação judicial proposta pela recorrente em face da União. Outra preliminar é a nulidade do auto de infração, por esse não ser instrumento adequado. E o mérito inicia com a decadência parcial do lançamento, seguido pela discussão em torno dos juros de mora e a aplicação da taxa Selic.

DA EXEGESE DO ART. 38 DA LEI Nº 6.830/80

A matéria concernente à exegese do art. 38 da Lei nº 6.830/80¹ e à concomitância de processos judicial e administrativo com o mesmo objeto já foi amplamente debatida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tanto que deu azo à Súmula nº 01 - *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.*

Penso que a indigitada Súmula, consolidada e aprovada em 21/12/2010, pela Portaria CARF nº 52, é fundamentação bastante para afastar as alegações da recorrente, no sentido de que o art. 38 da Lei nº 6.830/80 não vale para casos com ação judicial prévia ao lançamento, e de que o art. 38 teria sido revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.789/99.

Dessarte, este Colegiado não pode conhecer da matéria submetida a apreciação judicial, qual seja, a exigência do PIS nos moldes preconizados pela Lei nº

¹ Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

9.718/98, e prejudicado fica o pedido preliminar para que este Colegiado não aplique lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

DO AUTO DE INFRAÇÃO E DA NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO

Ainda há uma preliminar de nulidade do auto de infração, por não ter sido utilizada notificação de lançamento no caso vertente, uma vez que não foi praticada qualquer infração por parte da recorrente, e o lançamento foi constituído apenas para evitar a decadência da contribuição para o PIS, sendo inclusive lavrado sem qualquer multa.

O equívoco no raciocínio da recorrente é o de apegar-se à literalidade dos nomes consagrados às duas modalidades de lançar de que dispõe o ente público federal - auto de infração e notificação de lançamento. **O fato de o lançamento ser constituído por auto de infração não significa necessariamente que tenha de haver uma infração perpetrada** (como o caso dos autos), bem como **a edição de notificação de lançamento encerra, muitas vezes, a constituição de lançamento em virtude de infração praticada pelo contribuinte**, que vem a ser o caso da revisão de declarações, quando a constatação de infração à legislação tributária for levada a efeito exclusivamente por meio de informações constantes das bases de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). **O que diferencia, efetivamente, as duas formas de constituir o crédito tributário em favor da União, como disse com muita propriedade a decisão recorrida, é o emitente e o local da emissão desses atos tributários.** O auto de infração é lavrado por auditor-fiscal no local de verificação da falta, que pode ser falta de recolhimento do tributo tão somente; a notificação de lançamento é emitida sempre na sede da Receita Federal do Brasil no município e por seu titular, autoridade que representa o órgão expedidor para todos os efeitos. Dito isso, estou por rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração.

Superadas as preliminares, passa-se ao mérito da pendenga.

DA DECADÊNCIA PARCIAL

Sem maiores reboços, penso assistir razão à recorrente, no que diz com a evocação de decadência parcial (fevereiro a outubro de 1999), em virtude da aplicação obrigatória da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal,² porquanto, de fato, a mencionada Súmula tornou o art. 45 da Lei nº 8.212/91 imprestável para regular o prazo decadencial para o Fisco lançar. Afastada a Lei nº 8.212/91, exsurge o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional como o dispositivo a ser aplicado, por conta de haver pagamentos parciais

² São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

nos períodos apontados supra, e levando em consideração que a ciência do auto de infração ocorreu em 30/11/2004, tais períodos não poderiam mais ser exigidos ao tempo que o foram.

DOS JUROS E DA SELIC

Quanto aos juros de mora e aplicação da taxa Selic, cumpre trazer à baila as Súmulas nºs 5 e 4 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

***Súmula CARF nº 5:** São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.*

***Súmula CARF nº 4:** A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Tendo em vista a existência de processo judicial envolvendo a discussão de matéria que é parcialmente objeto do presente litígio, a autoridade responsável pela execução do acórdão deverá proceder ao acompanhamento da referida ação, verificando se há algum impedimento para cobrança do crédito tributário aqui mantido.

Ante o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO da matéria submetida a apreciação judicial (exigência do PIS de acordo com a Lei nº 9.718/98); por considerar PREJUDICADA a preliminar de competência do CARF para não aplicar lei declarada inconstitucional; pela REJEIÇÃO da preliminar de nulidade do auto de infração; e no mérito, pelo PROVIMENTO PARCIAL do recurso voluntário, no que tange à decadência parcial do crédito tributário, relativa aos períodos de fevereiro a outubro de 1999.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2012.

25 de abril de 2012

CORINTHO OLIVEIRA MACHADO

CÓPIA