



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

Processo nº 10380.100625/2003-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-000.794 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02/09/2011
Matéria COFINS
Recorrente AUTO PECAS PADRE CICERO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo administrativo fiscal

Ano-calendário: 1998

LANÇAMENTO. DISCUSSÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.
TRÂNSITO EM JULGADO.

O trânsito em julgado de decisão judicial que trata de tema debatido em processo administrativo não implica automaticamente em sua extinção, devendo a autoridade fiscal, quando do retorno do processo, tomar as providências necessárias para adequar o lançamento à decisão proferida pelo Poder Judiciário.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário.

MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Presidente

LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator.

EDITADO EM: 06/10/2011

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Ribeiro Nogueira, Daniel Mariz Gudino, Luis Eduardo Garrossino Barbieri e Robson José Bayerl.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

Contra o Sujeito Passivo acima identificado foi lavrado Auto de Infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 23/26, para formalização e cobrança do crédito Tributário nele estipulado no valor total de R\$ 37.181,43, incluindo acréscimos legais.

O lançamento teve origem na Auditoria Interna das Declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTF's relativas aos terceiro e quarto trimestres de 1998, onde foi constatada:

FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA, conforme Anexo Ia – “Relatório de Auditoria Interna de Pagamentos Informados na DCTF” e Anexo III - “Demonstrativo do Crédito Tributário a Pagar”.

Enquadramento Legal: Artigos 1º ao 4º, da Lei Complementar nº 70/91; art. 1º, da Lei nº 9.249/95; art. 57, da Lei nº 9.069/95; arts. 56 e parágrafo único, 60 e 66, da Lei nº 9.430/96.

MULTA VINCULADA - Enquadramento Legal: Artigo 160, da Lei nº 5.172/66; art. 1º, da Lei nº 9.249/95; art. 44 e inciso I e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA - Enquadramento Legal: Artigo 161, § 1º, da Lei nº 5.172/66; art. 43, parágrafo único e art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Inconformado com a exigência da qual tomou ciência em 14/08/2003, por meio de Aviso de Recebimento (fls. 43), o contribuinte apresentou impugnação em 02/09/2003 (fls. 01/22), afirmando que:

“(…)

I -) DOS FATOS:

A ora impugnante recebeu, em meados de agosto do ano corrente, correspondência remetida pela Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, pela qual era enviado, para perplexidade sua, o Auto de Infração Nº 5.243, no valor de R\$ 37.181,43.

No referido Auto de Infração existe a equivocada acusação de não pagamento do tributo, fazendo um a observação ao processo judicial que respaldou a conduta do contribuinte, todavia promove a autuação justificando que o "processo judicial não foi comprovado".

Ora, Insigne Julgador, conforme será mais bem delineado a seguir, inexistente a necessidade de comprovação da existência do citado processo judicial, na medida em que a Fazenda Nacional foi regularmente citada pela Justiça Federal, tendo a sua

Procuradoria peticionado nos autos do processo. Ademais o contribuinte sequer obteve do Fisco Federal oportunidade de "comprovar" a aludida medida judicial.

Ademais - como será demonstrado no correr da presente impugnação - referido auto de infração, além de ser plenamente improcedente, padece de vícios formais insanáveis, visto que foi lavrado com preterição de garantias jurídicas do contribuinte esculpidas em diplomas normativos de nível legal e constitucional. Tudo a impor que o eminente julgador, no uso da auto-tutela da Administração Pública, retire a validade da autuação ora atacada.

Todavia, não custa nada inserir nessa peça impugnatória as decisões prolatadas pelos juizes de primeiras e segundas instâncias, onde os ora impugnantes, foram atendidos em todas as suas reivindicações, inclusive, o mérito dessa pugna em tela, através da Ação ordinária in verbis: (Ação Cautelar, processo nº 97.0013532-2, 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará)

(...) fls. 02/05

Para que não paire mais nenhuma dúvida com relação injusto motivo do auto da Fazenda Nacional que diz: "processo judicial não foi comprovado", passamos a expor a sábia decisão do inclito Desembargador Federal da 5ª Região que julgou a Ação Ordinária dos ora impugnantes in verbis: (Apelação Cível nº 230.380 – CE (2000.05.00.047938-1), TRF 5ª Região)

(...) fls. 05/12

II - DO DIREITO:

II.a - Da tempestividade da Impugnação:

Antes de tudo, é preciso evidenciar que o direito à impugnação das autuações fiscais, a ser realizada em trinta dias úteis, está prevista no artigo 15 do Decreto Nº 70.235/72. A redação do enunciado prescrito é a seguinte:

(...)

No presente caso, a impugnação encontra-se dentro do trintídio legal, já que o contribuinte tomou ciência da autuação, como foi dito acima, em meados de agosto, data em que recebeu a correspondência pela qual foi enviada o auto de infração. Assim, não sobejam maiores questionamentos quanto à tempestividade desta.

II.b. - Dos Vícios Formais: Violação dos Princípios da Cientificação e da Legalidade:

A autuação em questão foi efetuada após realização de um procedimento fiscalizatório no âmbito interno da Receita Federal, sem que fosse comunicada sua instauração ao contribuinte. Para proceder desta forma, o autuante menciona a

Instrução Normativa nº 45/98 da Secretaria da Receita Federal, que em seu art. 2º, §§ 1º e 2º prescreve:

"Art. 2º Os saldos a pagar, relativos a cada imposto ou contribuição, serão enviados para inscrição em Dívida Ativa da União, imediatamente após o término dos prazos fixados para a entrega da DCTF.

§ 1º Os saldos a pagar relativos ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL serão objeto de verificação fiscal, em procedimento de auditoria interna, abrangendo as informações prestadas nas DCTF e na Declaração de Rendimentos, antes do envio para inscrição em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os demais valores informados na DCTF, serão, também, objeto de auditoria interna."

Cabe advertir, entretanto, ilustre julgador, que deste dispositivo podem ser inferidas duas interpretações distintas: a) a que foi adotada pelo autuante, entendendo que a norma permite ser a "auditoria interna" etapa suficiente para o esgotamento do necessário procedimento de fiscalização que deve anteceder à autuação; b) uma outra que torna esta "auditoria interna" apenas como uma etapa prévia de apuração de indícios que precede não à autuação, mas ao devido procedimento fiscalizatório sobre a escrita do contribuinte, operado mediante a devida cientificação do mesmo.

A contraposição das duas interpretações às demais normas que compõem o ordenamento jurídico, especialmente as de nível superior ao de uma Instrução Normativa, impõe - em observância a uma análise sistemática do direito - o dever de se adotar a interpretação descrita sub "b" em detrimento da adotada pelo agente autuante (interpretação indicada sub "a").

A razão para tanto é adoção pelo nosso ordenamento jurídico do dever de comunicação ao contribuinte - mediante termo - do início do procedimento de fiscalização de sua regularidade fiscal, sob pena de nulidade do auto de infração a que der ensejo, da maneira que prescreve o art. 196 do Código Tributário Nacional:

"Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos, - quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo."

Dito enunciado é prescrição nuclear no sistema jurídico regulador do procedimento administrativo de fiscalização tributária, alicerce cuja falta faz ruir por completo a validade da atuação dos agentes fazendários, pois se irradia por mais de

uma norma jurídica, definindo o espírito que dá lógica e racionalidade às garantias do contribuinte frente ao Estado, como se observa nos arts. 7º e 8º do Decreto nº 70.235/72, que hoje possui status de Lei Ordinária:

“Art. 7º. O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

Art. 8º. Os termos decorrentes de atividade fiscalizadora serão lavrados, sempre que possível, em livro fiscal, extraíndo-se cópia para anexação ao processo; quando não lavrados em livro, entregar-se-á cópia autenticada à pessoa sob fiscalização.”

E ainda o art. 3º da Lei nº 9.784/99:

“Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;”

Exatamente por conferir esta tônica e sentido harmônico a todo o disciplinamento do procedimento de fiscalização é que o dever de cientificação já é reconhecido - de formaomezinha - como um princípio do procedimento administrativo tributário. Este princípio da cientificação é objeto das seguintes lições de JAMES MARINS que, após fazer referência ao art. 196 do Código Tributário Nacional, arremata:

"Note-se que se tal reclame não fosse levado em conta poder-se-ia perder a finalidade instrutória do procedimento fiscalizatório, podendo culminar na nulidade do posterior processo. Assim, a regularidade da instrução se faz necessária para que se garanta eventual processo subsequente, sob pena de se perder justamente a finalidade instrutória, uma das razões de ser da fiscalização, haja vista o contribuinte poder se opor ao processo justamente por ser irregular sua instrução, no caso de prejuízo." (Direito Processual Tributário Brasileiro - Administrativo e Judicial, São Paulo- Dialética, 2001, p. 231)

Ora, a adoção por nosso ordenamento jurídico deste princípio da cientificação faz com que toda interpretação das normas disciplinadoras da atuação dos agentes fiscais no procedimento de fiscalização seja guiada por ele, uma vez que uma das funções dos princípios em uma ordem jurídica é justamente a de guia das interpretações. Portanto, sua função orientadora da hermenêutica jurídica impõe a prevalência da interpretação

normativa que melhor efetive os preceitos positivados em outras normas cogentes de hierarquia superior.

Assim, diante das duas alternativas interpretativas acima apontadas para o art. 211 da Instrução Normativa nº 45/98 deve ser adotada, inexoravelmente, a descrita sub "b", pois é a que se harmoniza com o sistema jurídico disciplinador do procedimento de fiscalização, no qual é consagrado o princípio da cientificação.

Deve ser afastada, portanto, por ser inválida, a possibilidade da interpretação adotada pelo autuante - e descrita acima sub "a" -, por ir de encontro a preceitos normativos superiores (art. 196 do Código Tributário Nacional, arts. 7º e 8º do Decreto nº 70.235/72 e art. 3º da Lei nº 9.784/99).

Tudo isto, aplicado à presente situação, nos faz inferir o seguinte: o procedimento de fiscalização exercido pela Receita Federal tem que ser, logo que iniciado, cientificado ao contribuinte mediante termo lavrado em seus livros contábeis ou em cópia separada, em razão da adoção por nosso sistema jurídico do princípio da cientificação - especificamente no art. 196 do Código Tributário Nacional, nos arts. 7º e 8º do Decreto nº 70.235/72 e o art. 3º da Lei nº 9.784/99, sendo a auditoria interna mencionada no art. 2º da Instrução normativa nº 45/98 simplesmente uma etapa interna corporis prévia ao início do procedimento de fiscalização, junto ao contribuinte, não podendo jamais ensejar imediatamente a lavratura do auto de infração.

Portanto, verificamos aqui a impossibilidade de a Receita Federal lavrar um auto de infração precedido somente de uma auditoria interna a qual não teve o início devidamente informado ao contribuinte.

E não é só. Observando-se da perspectiva do princípio da legalidade, a nulidade do auto de infração em questão também se impõe. Com efeito, está claro o descumprimento da prescrição imposta pelo art. 196 do Código Tributário Nacional, pelo Decreto nº 70.235/72 e pela Lei nº 9.784/99, em flagrante ofensa a este princípio norteador de toda a atuação da administração pública.

Repare-se: há três normas jurídicas cogentes - Código Tributário Nacional (com hierarquia de Lei Complementar), o Decreto nº 70.235/72 (com status Lei Ordinária) e a Lei nº 9.784/99 - OBRIGANDO o agente fazendário a comunicar ao contribuinte o início de qualquer fiscalização sobre sua pessoa.

Esta obrigação não pode ser olvidada, pois estaria o fiscal agindo além dos estritos lindes traçados por mais de uma lei, o que é vedado por nosso sistema jurídico.

Adverta-se que não se pode alegar a Instrução Normativa nº 45/98 como justificativa para o descumprimento do art. 196 do Código Tributário Nacional, dos arts. 7º e 8º do Decreto 70.235/72 e do art. 3º da Lei nº 9.784/99, pois, de duas uma: 1) ou não há conflito entre referidas normas, diante da adoção da interpretação da Instrução Normativa nº 45/98, da forma

indicada acima sub "b"; 2) ou - em havendo conflito entre as normas, no caso de se insistir na interpretação da Instrução Normativa nº 45/98 da forma indicada sub "a" - a instrução normativa deve ceder para o que uma Lei Complementar, um Decreto com força de Lei Ordinária e uma Lei prescrevem, vez que a função de uma instrução normativa é somente disciplinar a forma de aplicação de uma lei, jamais prescrever de forma contrária a ela.

Quanto a este último constructo (impossibilidade de uma Instrução normativa dispor de forma contrária a uma Lei Ordinária ou Complementar), novamente temos importante lição de JAMES MARINS:

"Como amplamente referido, todo e qualquer procedimento fiscalizatório deve encontrar seu supedâneo nos termos da lei e esta, a seu turno, não pode subverter as garantias constitucionais individuais. A disposição constante no art. 194 serviu apenas para explicitar tal assertiva, que é decorrência lógica dos comandos constitucionais, o vocábulo 'lei', aqui, deve ser entendido em sentido estrito. Importante fazer notar, portanto, que ao fazer referência à legislação tributária em sentido amplo, não permite referido artigo, que possa ser ultrapassado o princípio da legalidade. Os atos infralegais, como decretos, regulamentos, instruções normativas, ordens de serviço, circulares, portarias, etc., emitidos pelas autoridades administrativas, não podem criar obrigações ou sujeições aos fiscalizados. Os instrumentos secundários estão adstritos aos termos da lei, que determina a dimensão da interferência que pode atingir a esfera da liberdade e propriedade do fiscalizado." (Direito Processual Tributário Brasileiro - Administrativo e Judicial, São Paulo- Dialética, 2001, p. 228).

Diante de tudo isto, verificamos que um dos elementos componentes do ato administrativo da presente autuação fiscal se encontra viciado, qual seja, sua forma, o que impõe sua invalidade de pleno direito, conforme leciona MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO:

"Partindo-se da idéia de elemento do ato administrativo como condição de existência e de validade do ato, não há dúvida de que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecido em lei, determinam sua invalidade." (Direito Administrativo, 4ª Edição, São Paulo - Atlas, 1994, p. 172)

Portanto, impõe-se a turma julgadora deste recurso a necessidade de declaração da nulidade de pleno direito do lançamento tributário, por ofensa aos princípios da cientificação e da legalidade, diante da ofensa dos art. 194 e 196 do Código Tributário Nacional, dos art. 7º e 8º do Decreto nº 70.235/72 e do art. 3º da Lei nº 9.784/99.

II.d. Dos Vícios Formais: Falta de Assinatura do Auto de Infração;

O vício formal acima indicado não é o único constante no auto de infração nº 0000165. Outro vício se dá por desrespeito à prescrição contida no art. 10, VI, do Decreto 70.235/72:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

(...)

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

De fato, no auto de infração ora impugnado não consta assinatura de próprio punho da autoridade autuante, mas sim uma mera reprodução mecânica, o que inviabiliza a perfeita apuração da identidade e conseqüente averiguação da competência da pessoa que lavrou o auto, pois é impossível verificar se foi realmente o detentor da assinatura mecânica que expediu o auto de infração.

Perceba, senhor Delegado de Julgamento: o contribuinte recebe por correspondência do correio, de forma surpreendente, um auto de infração que foi lavrado sem qualquer fiscalização sobre sua empresa, e sem que lhe houvesse sido comunicado o início de qualquer outra espécie de verificação de sua regularidade fiscal, no valor de R\$ 285.470,88 (quantia significativa para qualquer empresa brasileira, dada nossa atual situação econômica). Dito auto é lavrado por uma suposta autoridade pública que jamais apareceu nos estabelecimentos da impugnante. E mais completando esta situação kafkiana -, o auto de infração não contém a assinatura da suposta autoridade, mas mera reprodução mecânica de um nome.

Tão iníqua situação, de uma só feita, desatende a obrigação de respeito à forma legal pela qual deveria se exteriorizar dito ato administrativo de autuação (qual seja, mediante assinatura de próprio punho do autuante, conforme manda o art. 10, VI, do Decreto nº 70.235/72), como também impossibilita a ampla defesa do contribuinte, uma vez que impede a perfeita aferição da competência do autuante.

Ora, todo ato administrativo como o é o presente auto de infração é composto de cinco elementos, nos quais qualquer espécie de vício infirma todo o ato. São eles: a) competência; b) objeto; c) forma; d) finalidade pública; e) motivo.

Já se viu que a forma (elemento indicado sub "c") foi desrespeitada por duas vezes no presente caso (falta do termo de início de fiscalização que deve preceder o auto de infração e a falta de assinatura do mesmo). E não bastasse isso, este último vício impede que o contribuinte investigue a validade do elemento indicado sub "a" (competência), pois fica impossível saber quem lavrou o auto de infração, já que a assinatura é uma mera reprodução mecânica repita-se que pode ter sido realizada até mesmo com o desconhecido de seu verdadeiro possuidor; o que importa em ofensa ao direito de ampla defesa do contribuinte

Em outras palavras: qualquer pessoa seja ou não agente público lotado na Receita Federal em Florianópolis pode ter lavrado dito auto de infração mediante a simples reprodução automática da assinatura do suposto fiscal, até mesmo com o desconhecimento do mesmo. Assim, o contribuinte fica impossibilitado de verificar se um dos elementos do ato administrativo (competência) se encontra atendido no presente caso. Desta feita, não pode ele exercer seu direito constitucionalmente garantido à ampla defesa na esfera administrativa, tornando o presente auto de infração, também sob esta perspectiva, nulo de pleno direito, diante do que prescreve o art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

(...)

Em razão destes vícios aqui apontados, impõe a irrestrita aplicação do art. 53 da Lei nº 9.784/99:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

II.d. Do Direito do Contribuinte ao Crédito de PIS

(...)

Para o fim de atender ao supra mencionado, a suspensão da exigibilidade dos tributos arrolados na autuação fiscal se dá frente a utilização do crédito referente ao PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS (recolhido conforme os Decretos-lei nº 2.445/88 e 2.449/88), que em realidade deveriam ter sido recolhidos em conformidade com a Lei Complementar nº 07, de 07 de setembro de 1970, a qual em seus artigos 1º, 2º, 3º e 6º que determina o seguinte:

(...) fls. 17

Posteriormente, a Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, em seu artigo V, parágrafo único, alínea "b", elevou a alíquota a que se refere o item "b", do artigo 3º da Lei Complementar nº 07/70, para 0,75% sobre o faturamento.

Nesse diapasão é que se direcionaram os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudências dos mais diferentes Tribunais Regionais Federais do País, no sentido de que as contribuições para o PIS não estavam incluídas no campo das Finanças públicas, motivo pelo qual não poderiam ser disciplinadas por Decretos-lei, choque claro e evidente com o disposto no artigo 55, da Constituição Federal de 1967, vigente à época, o Excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou a inconstitucionalidade dos malsinados Decretos-lei, com segue in verbis:

(...)

Neste sentido, tendo em vista a inconstitucionalidade decretada pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal Pátrio editou a Resolução nº 49/95, banindo definitivamente do ordenamento jurídico os já exaustivamente citados Decretos-lei.

(...) fls. 18/19

Deste modo, tendo sido declarados inconstitucionais os malsinados Decretos-lei, é necessário que o período cobrado indevidamente seja recalculado nos moldes da já referida Lei Complementar nº 7/70, com as modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 17/73, na qual o recolhimento da contribuição ao PIS, para as empresas comerciais e industriais, deve ser feito com base no faturamento do sexto mês anterior, sem se cogitar de correção monetária de seu valor.

Portanto os contribuintes tem o direito líquido e certo de procederem o recálculo dos valores recolhidos a título de PIS, do período de julho de 1988 a outubro de 1995, período este que é exatamente entre a publicação do Decreto-lei nº 2.445/88 até a edição da Resolução nº 49/95 do Senado Federal, nos moldes da Lei Complementar nº 07/70, com as modificações introduzidas pela Lei Complementar Nº 17/73, nos seguintes termos:

a. a Base de Cálculo do PIS é o faturamento mensal (LC 7/70, art. 3º, b);

b. a alíquota aplicada é de 0,75% (LC 7/70, art. 3º, b, item 4, c/c LC 17/73, art. 1º, parágrafo único;

c. no lançamento da exação, a base de cálculo a ser utilizada pelos contribuintes é o faturamento ocorrido no sexto mês anterior ao do lançamento. (LC 7/170, art. 6º, parágrafo único).

Sendo dessa forma, para um contribuinte com atividade mercantil, por exemplo, para apurar e recolher a contribuição para o PIS, no mês de julho de 1995, de acordo com o disposto na LC nº 7/70, deveria calcular a contribuição sobre o faturamento de dezembro/94, recolhendo-a até o dia 20/7/95.

Conforme nos ensina o douto Advogado, mestre nas áreas Tributária e Societária, e mestre em Direito pela USP, ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE:

“Vemos, pois que, no regime da Lei Complementar nº 7/70, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador da contribuição constitui a base de cálculo da incidência. O fato gerador, por conseguinte, de caráter eminentemente temporal, esgota-se com o simples decurso dos períodos mensais, sem se confundir com o conceito de base de cálculo (faturamento). Assim, na dicção da Lei Complementar nº 7/70, a contribuição devido em julho, em decorrência do fato gerador correspondente ao decurso daquele mês, deveria ser calculado com base no faturamento do mês de janeiro anterior, a devida em agosto, com base no faturamento de fevereiro e assim por diante.” (In Revista Dialética de Direito Tributário nº 1, pág. 12).

Realmente, com a publicação dos Decretos-lei nº 2.445/88 e 2.449/88 e das diversas leis ordinárias que os sucederam, o cálculo da contribuição para o PIS sofreu, irregularmente, várias modificações, que além de tornarem a exação bem mais onerosa para os contribuintes, foram capazes de induzi-los a erros, quanto a apuração do valor do crédito tributário a ser recolhido, mesmo após os ditos Decretos-lei terem sido invalidados pelo STF.

Isto porque, os referidos Decretos-lei e as diversas leis ordinárias que os sucederam, ao modificarem o prazo de recolhimento da contribuição, determinaram, também, de forma indireta e ilegal, que a base de cálculo do PIS passaria a ser a receita bruta operacional das empresas, apurada no mês anterior ao do lançamento da exação, ao invés do faturamento do sexto mês anterior ao do lançamento, conforme impunha a Lei Complementar nº 7/70.

Destaque-se que após grande discussão sobre as consequências da declaração da inconstitucionalidade dos decretos suso mencionados, o tema foi analisado pela Primeira Câmara do Primeiro CONSELHO DE CONTRIBUINTES, que, por unanimidade de votos, acolheu recurso interposto por contribuinte, e proferiu o seguinte veredicto:

(...)

Destarte o Colendo Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha da interpretação dada à matéria, pacificou qualquer divergência jurisprudência, garantido o direito das empresas industriais e comerciais em calcular os valores devidos a título de contribuição ao PIS com base no faturamento do sexto mês anterior, corrigindo monetariamente o valor a recolher somente a partir do mês de ocorrência do fato gerador, senão vejamos:

(...)

Torna-se incontroverso que o contribuinte recolheu o PIS a maior com bases nos malsinados Decretos-lei até o seu banimento do ordenamento jurídico pátrio pela Resolução nº 49/95 do Senado Federal, ressumbra evidente o seu direito de se utilizar do crédito apurado no recolhimento de importâncias correspondentes a períodos subseqüentes de tributos da mesma espécie, conforme determina o art. 66, da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, motivo que o levou a buscar a medida judicial que lhe garantiu a utilização dos referidos créditos, exalte-se, devidamente informados nas DCTF's.

II.e. Da Improcedência do Lançamento da Multa de Ofício por Força do Disposto no art. 63, da Lei nº 9.430/96: Suspensão da Exigibilidade em Razão do Processo Judicial:

O Decreto nº 70.235/72, diploma que regula o procedimento administrativo fiscal federal, prescreve, em seu art. 62, o seguinte:

(...)

Comentando este dispositivo, LUTERO XAVIER ASSUNÇÃO leciona:

"O caput do artigo veda instauração de procedimento fiscal enquanto pendente medida judicial relativa à matéria da suspensão. Presume-se não estar ainda, nesta altura, instaurado o processo administrativo nem haver sido composta a lide pela impugnação, pois nesse caso o crédito tributário estaria com a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151, III)." (In Processo Administrativo Tributário Federal, São Paulo, Edipro, 1998, p. 148)

Vê-se, pois, que em virtude do que preceitua o dispositivo em exame, não poderia o Fisco federal ter lavrado o ora combatido auto de infração, cobrando a MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA, já que a matéria objeto da autuação está sub judice, e conforme atestou-se pela própria fiscalização, e comprova-se pelas decisões anexas.

Desta forma, é imperioso que a autuação somente poderia se dar após a publicação da decisão judicial final transitada em julgado, desfavorável ao contribuinte.

Destarte, dúvida não há que está suspenso o crédito tributário que foi objeto de cobrança através da indigitada autuação, ex vi art. 151, IV, da Lei nº 5.172/66 (CTN), razão pela qual não poderia a autoridade fiscal ter procedido ao lançamento ora contestado.

Ademais, é de se destacar que o Plenário do XIX Simpósio Nacional de Estudos Tributários, realizados em 1994, enfrentando o tema sob foco, manifestou-se no sentido de que "a concessão de liminar que iniba o fisco de cobrar tributo até então não lançado impede a lavratura de auto de infração." (In Crimes contra a Ordem Tributária, São Paulo, RT, 1995, p. 385).

Ora, no caso em tela, enquanto vigorando a medida judicial favorável ao contribuinte, o Fisco federal não poderia ter lavrado a qualquer autuação do tributo sub judice. Por tal motivo, a cobrança efetivada na presente autuação merece ser julgada improcedente.

Verifica-se, de maneira cristalina, que é absolutamente inviável a exigência da multa de ofício e dos juros de mora cobrados no Auto de Infração neste átimo impugnado.

III - DO PEDIDO:

Diante do exposto, requer a impugnante, que se digne a ilustre autoridade de decidir a presente impugnação no prazo de trinta dias (art. 27 do Decreto no. 70.235/72), para:

I - em sendo acolhidas as alegações de existências de vício formal, da maneira acima indicada, seja julgado nulo o auto de infração nº 4.605 ora atacado;

II - em não sendo julgado nulo, requer que, na hipótese de V. Sa. não se convencer da veracidade dos motivos aqui expendidos, rogamos desde já a realização de EXAME PERICIAL na documentação fiscal da impugnante, afim de que seja declarada a total IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração nº 4.606, de modo que fique afastada definitivamente a indevida cobrança dos valores ali consignados.”

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Fortaleza/FOR deferiu parcialmente o pleito da recorrente, conforme Decisão DRJ/FOR nº 9.761, de 12/12/2006, fls. 55/74:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1998

AUDITORIA DE DCTF. IMPOSTO DECLARADO. PAGAMENTOS NÃO LOCALIZADOS. MULTA ISOLADA. RECOLHIMENTOS EM ATRASO.

Logrando o contribuinte comprovar ter efetuado o recolhimento da contribuição para a Cofins dentro do prazo regulamentar, insubsiste, o lançamento subsequente.

AÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA.

O crédito tributário deve ser constituído pelo lançamento em razão do dever de ofício e da necessidade de serem resguardados os direitos da Fazenda Nacional, prevenindo-se contra os efeitos da decadência.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Tendo em conta a nova redação dada pelo art. 25 da Lei 11.051, de 2004, ao art. 18 da Lei 10.833, de 2003, em combinação com o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, cancela-se a multa de ofício aplicada.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998

NULIDADE. MATÉRIA PRELIMINAR. DESCRIÇÃO DOS FATOS. ENQUADRAMENTO LEGAL. CONSONÂNCIA.

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento Fiscal que lhe deu origem, quer do documento que formalizou a exigência fiscal.

Não há que se falar em nulidade do lançamento se a descrição dos fatos foi fartamente demonstrada no auto de infração, e tais fatos em perfeita consonância com o enquadramento legal, não havendo infringência ao art. 10, III e IV, do Decreto nº 70.235/1972

NULIDADE DO LANÇAMENTO X CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Os atos internos lavrados pela Administração Tributária para deflagrar o procedimento fiscal de lançamento não enseja a nulidade do ato de constituição do crédito tributário, não se caracterizando nenhuma irregularidade e/ou ilegalidade da Administração nesse sentido, compatíveis, assim, com a fase oficiosa do lançamento. O contraditório somente instaura-se com a ciência do feito fiscal pelo contribuinte, quando a partir de então este pode exercer plenamente o seu direito de defesa.

PERÍCIA.

O pedido de perícia só é deferido quando esta se revela imprescindível.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998

POSICIONAMENTOS DE TRIBUNAIS E DE JURISTAS.

A Autoridade Administrativa não tem competência para apreciar alegações de descabimento de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, por motivo de essa matéria ser reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Lançamento Procedente em Parte.

Em face da decisão, o contribuinte é intimado às fls. 77 e interpõe recurso voluntário de fls. 78/84.

Após, foi dado seguimento ao recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade.

O processo discute o lançamento de COFINS, tendo a decisão recorrida se manifestado apenas sobre questões outras que não as debatidas no processo judicial, em face de concomitância.

A recorrente apresenta recurso requerendo a improcedência do lançamento, em face do trânsito em julgado do processo.

Esta Corte está vedada da análise de questões atinentes a processos judiciais em face da concomitância:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação

Processo nº 10380.100625/2003-58
Acórdão n.º **3201-000.794**

S3-C2T1
Fl. 174

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.

Lembro que os eventuais efeitos do trânsito em julgado da decisão judicial serão analisados quando do retorno do processo, quanto a autoridade fiscal irá verificar a sua abrangência.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso, prejudicados os demais argumentos.

Sala de sessões, 02 de setembro de 2011.

Luciano Lopes de Almeida Moraes - Relator