



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA TURMA ESPECIAL

Processo nº 10660.001697/2003-77
Recurso nº 131.128 Voluntário
Matéria DECADÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA
Acórdão nº 294-00.155
Sessão de 10 de fevereiro de 2009.
Recorrente COMERCIAL SÃO JOSÉ LTDA.
Recorrida DRJ em JUIZ DE FORA/MG

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1998

Ementa: LANÇAMENTO - FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - Não se confirmando os fundamentos de fato que deram origem à autuação, elemento obrigatório do auto de infração, é incabível a manutenção do lançamento.

SÚMULA VINCULANTE - EFEITOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA - A súmula vinculante editada pelo STF obriga a Administração Direta à adoção do entendimento nela fixado, a partir de sua publicação no órgão de imprensa oficial.

PIS - DECADÊNCIA - Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, com a edição de súmula vinculante, cabe a aplicação da regra de decadência prevista no CTN.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da QUARTA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente


MAGDA COTTA CARDOZO
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Renata
Auxiliadora Marcheti e Arno Jerke Júnior.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração eletrônico lavrado contra o contribuinte acima identificado (fls. 36 a 47), decorrente de auditoria interna nas DCTF por ele apresentadas, tendo sido apurada falta de recolhimento de PIS nos períodos de janeiro a dezembro de 1998; em decorrência de vinculação a compensação com base em "processo judicial não comprovado".

O contribuinte impugnou o lançamento (fls. 61 a 29), alegando, em resumo, que:

- 1. Impetrou o Mandado de Segurança nº 1997.38.00055947-5, questionando a constitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e pleiteando a compensação dos valores indevidamente pagos com débitos do próprio tributo;*
- 2. Obteve decisões de 1ª e 2ª instâncias favoráveis, estando pendente o julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda;*
- 3. A compensação efetuada pela autuada foi realizada com base na decisão judicial e no art. 66 da Lei nº 8.83/91;*
- 4. Ocorreu a decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito referente às competências 01/98 a 05/98, pois o auto foi recebido em julho de 2003, conforme art. 150, § 4º do CTN;*
- 5. A compensação realizada é direito subjetivo da autuada;*
- 6. Na apuração do crédito de PIS, deve ser considerada a alíquota prevista na Lei Complementar 7/70, sem o adicional de 0,25% criado pela Lei Complementar 17/73, bem como a semestralidade;*
- 7. A majoração da alíquota do PIS é inconstitucional, ferindo o art. 239 da Lei Maior.*

A DRJ – Juiz de Fora/MG considerou procedente em parte o lançamento (fls. 95/96), conforme ementas abaixo, entendendo que a empresa deveria discriminar e comprovar o montante dos créditos compensáveis, cabendo à autoridade administrativa ratificar ou não a compensação realizada, excluindo a multa de ofício em razão de o crédito já se encontrar declarado em DCTF.

FALTA DE PAGAMENTO. Não tendo sido provada a existência de direito de crédito por parte da interessada, a compensação por ela efetuada não pode ser aceita, ficando pendente de pagamento o crédito tributário declarado.

MULTA DE OFÍCIO. Incabível a incidência de multa de ofício sobre créditos informados em DCTF.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 101 a 109), alegando as mesmas razões da impugnação e acrescentando, em síntese, que:

- 1. O artigo 45 da Lei nº 8.212/91 não pode ser aplicado a créditos tributários, pois cabe à lei complementar disciplinar sobre decadência em matéria tributária, conforme art. 146-III-“b” da Constituição;*
- 2. A jurisprudência e a doutrina citadas corroboram tal entendimento;*
- 3. A alegação da decisão recorrida relativa à discriminação, e comprovação dos créditos é absurda, tendo a Fazenda agido de forma ilegal por não se desincumbir de seu dever legal de fiscalizar os procedimentos adotados e declarados pela recorrente, além de ter lavrado auto considerando falsa premissa de ausência de recolhimento.*

É o relatório.

Voto

Conselheira MAGDA COTTA CARDOZO, Relatora

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele conheço.

• DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR

Relativamente à alegação do contribuinte acerca da impossibilidade de aplicação da Lei nº 8.212/91, faz-se necessário analisar a questão relativa à possibilidade de se realizar o presente lançamento, sob o aspecto do prazo decadencial.

Apesar de haver controvérsias acerca do tema, especificamente em relação ao PIS, entendo que a regra de decadência aplicável a tal contribuição encontrava-se disposta no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o qual autorizava a constituição do crédito tributário relativo às contribuições sociais especificadas em seu artigo 11, parágrafo único, no prazo de dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, em decisão recente, o STF, analisando o referido artigo 45 no exercício do controle difuso da constitucionalidade das normas, concluiu que tal dispositivo violava o artigo 146-III-b da Constituição. Em consequência, foi publicada, em 20/06/08, a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos:

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.

Sobre a súmula vinculante, dispõe a Constituição, em seu artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas

decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Considerando que o efeito vinculante da Súmula nº 8 surge para a Administração Pública Direta desde a data de sua publicação, é forçoso concluir-se pela impossibilidade, a partir de 20/06/08, da aplicação dos artigos 45 e 46 (relativo à prescrição) da Lei nº 8.212/91 à constituição e exigência de crédito tributário, aí incluídos os casos pendentes de julgamento administrativo.

Nesse sentido, é interessante transcrever a parte final do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes:

"Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.560/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, com modulação para atribuir eficácia ex nunc apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.06.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa".

Sendo assim, cabe a aplicação da regra de decadência prevista nos artigos 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional - CTN, abaixo transcritos:

Art. 150. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. *O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contados:*

I - Do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. *O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.*

No presente caso, vê-se que a empresa atuada recolheu parcialmente o PIS devido nos períodos lançados (fls. 40 a 43 e 55 a 60), compensando o restante, correspondendo a presente exigência à parcela objeto de compensação.

Desta forma, é cabível a aplicação do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, considerando que houve efetivamente pagamento, ainda que parcial, pelo contribuinte, de valores devidos a título da referida contribuição para os períodos fiscalizados, cabendo sua homologação, ou não, por parte da Fiscalização, no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Tendo em vista que a ciência do lançamento se deu em 02/07/2003 (fl. 93), constata-se a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário relativo aos períodos de apuração janeiro a junho de 1998, tendo o referido direito sido extinto entre janeiro e junho de 2003 (respectivamente a cada período de apuração), anteriormente, portanto, à ciência do auto de infração.

Destaque-se, por fim, que o entendimento aqui exposto foi ratificado pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Ministro da Fazenda em 18/08/2008.

Além disso, resta observar que não tem mais relevância a discussão acerca da aplicação ou não das disposições contidas na Lei nº 8.212/91 ao PIS, uma vez que, ainda que se entenda que tal norma era aplicável à contribuição, como é o caso desta relatora, a declaração de inconstitucionalidade aqui tratada impede sua aplicação, concluindo-se, da mesma forma, pela aplicação da regra do CTN.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, considerando-se indevida a presente exigência relativamente aos períodos janeiro a junho de 1998, em razão da ocorrência da decadência do direito de constituição do crédito lançado.

• DA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA DO LANÇAMENTO

O presente auto de infração originou-se da realização de auditoria interna nas DCTF relativas ao ano de 1998, tendo sido constatada, segundo a descrição dos fatos e o demonstrativo de créditos vinculados não confirmados, a falta de recolhimento do PIS, decorrente de declaração inexata, não se comprovando a existência do processo judicial informado pelo contribuinte, vinculado a compensações.

Em sua defesa, a recorrente traz aos autos cópia da petição inicial do Mandado de Segurança nº 1997.38.00.055947-5 (fls. 61 a 75), por meio do qual requer, em litisconsórcio, lhe seja reconhecido o direito a compensar as parcelas de PIS recolhidas com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 com débitos do próprio PIS. A empresa junta, ainda, cópia da decisão de 1ª instância (fls. 76 a 81), concedendo a segurança pleiteada e garantindo às impetrantes o direito à compensação nos termos em que requerida, observada a prescrição quinquenal. Às fls. 82 a 90 consta, também, cópia do acórdão do TRF-1ª Região, negando provimento ao recurso da Fazenda Nacional e à remessa oficial, e dando provimento ao recurso das impetrantes para que o direito de pleitear a restituição de crédito tributário extingue-se após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da homologação tácita.

Conforme comprova a documentação anexada pela autuada, bem como as informações de fls. 117 a 126, a empresa ajuizou o Mandado de Segurança nº 1997.38.00.055947-5, em litisconsórcio, em 05/11/97, nos termos do pedido acima transcrito. Na referida ação foi deferida medida liminar em 11/1997 (fl. 120) e proferidas decisões favoráveis ao seu pleito, publicadas em 30/06/99 (sentença - fl. 119) e 27/10/2000 (apelação - fl. 122). Foi, ainda, interposto recurso especial pela União, não admitido pelo TRF-1ª Região, decisão esta objeto de agravo de instrumento, provido pelo STJ, estando o correspondente recurso ainda pendente de apreciação por aquele Tribunal.

Desta forma, conclui-se que a ocorrência que deu origem à presente autuação, "Processo judicial não comprovado", não se confirma, uma vez que a autuada efetivamente consta como uma das autoras no Mandado de Segurança nº 1997.38.00.055947-5, informado corretamente nas DCTF em questão como fundamento para a compensação dos créditos tributários correspondentes.

Não procede, portanto, o lançamento, por não se comprovar a fundamentação fática que o originou, ressaltando-se que não integra o objeto deste voto a correção, ou não, do procedimento adotado pelo contribuinte em relação dos créditos tributários objeto do lançamento, em função da autorização judicial obtida, uma vez que tal questão não foi analisada quando da realização do lançamento.

Com base na autorização obtida, pretendendo a empresa efetuar compensação de valores de PIS que entendesse recolhidos acima do devido com o próprio PIS, caberia a aplicação do disposto na norma administrativa relativa à matéria vigente à época (1998) - IN/SRF nº 21/97.

Portanto, a partir das informações contidas nas DCTF em análise, caberia à Administração avaliar a correção do procedimento adotado pelo contribuinte, relativamente às bases de cálculo corretas, aos valores de PIS devidos com base na legislação aplicável, aos valores de PIS efetivamente recolhidos, ao prazo decadencial de que dispunha o contribuinte para realizar a compensação e à comprovação documental da realização da compensação.

No entanto, nenhum desses aspectos foi analisado na autuação em questão, restringindo-se a ocorrência que fundamentou o lançamento à inexistência do processo judicial informado pelo contribuinte nas DCTF, estando, porém, tal informação, como se viu, correta.

Portanto, não se comprova a fundamentação fática que baseou o lançamento, elemento obrigatório do auto de infração, nos termos do artigo 10-III do Decreto nº 70.235/72, não podendo este, em decorrência, ser mantido.

Ressalte-se, ainda, que o colegiado de 1ª instância manteve o lançamento baseando-se no argumento de que a autuada deveria ter discriminado e comprovado, em sua impugnação, o montante dos créditos compensáveis. Independentemente de analisar-se a correção, ou não, do procedimento adotado pela empresa, é fundamental observar que o argumento trazido pela DRJ somente foi apresentado ao contribuinte em sede de julgamento de 1ª instância, e não no lançamento, constatando-se, além da clara supressão de instância de defesa, a imposição de nova fundamentação fática para o lançamento não pela autoridade fiscalizadora, mas pela autoridade julgadora, o que é, por certo, inadmissível.

Da única imputação que lhe foi feita na autuação – processo judicial não comprovado – o contribuinte defendeu-se, comprovando documentalmente que efetivamente integrava a ação judicial por ele informada; não constando do lançamento qualquer outra alegação que fundamentasse a exigência.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, considerando-se improcedente o presente lançamento por não se comprovarem os fundamentos fáticos que o basearam.

Sala das Sessões, em 10 de fevereiro de 2009.


MAGDA COTTA CARDOZO