

Câmara da 3ª Seção do CARF (fls. 218/221) de minha relatoria em sede de Recurso Voluntário (fls. 139/150) que, em sessão de 01/07/2010, por maioria de votos (vencido o Conselheiro Júlio César Alves Ramos que negava provimento ao recurso) **deu provimento ao Recurso Voluntário**, tendo os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta votado pelas conclusões esta última com declaração de voto, cuja ementa e Súmula do julgamento foi exarada nos seguintes termos:

“PIS – FALTA DE RECOLHIMENTO – COMPENSAÇÃO INDEVIDA – RESTRIÇÕES DO ART. 170-A DO CTN - IRRETROATIVIDADE

A pretendida aplicação retroativa das restrições legais somente instituídas posteriormente (art. 170-A do CTN; art. 74, §§ 1º, 4º e 14 da Lei 9430/1996, com redação dada pela Lei 10637/2002 e pela Lei 10833/2003), enseja manifesta ilegalidade do lançamento, por violação ao "princípio da irretroatividade da lei tributária" e ao disposto nos arts 103, 105, 140 e 144 do CTN

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiada, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Júlio César Alves Ramos que negava provimento ao recurso votaram pelas conclusões os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta que apresentará declaração de voto.

(...)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta”

Entende a d. PGFN que “a contradição diz respeito ao próprio acórdão, o qual, apesar explicitar que foi dado provimento ao recurso voluntário "nos termos do voto do Relator", afirma, ao mesmo tempo, que os conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta "votaram pelas conclusões", “ou seja, a maioria (já que um dos Conselheiros votou pelo improvimento do recurso), "votaram pelas conclusões".

Por outro lado, entende ainda a d. PGFN que “faz-se necessário que essa eg. Turma supra omissão em relação à aplicação das normas que, efetivamente, amparam a autuação fiscal, quais sejam, o art. 170 do CTN e os arts. 12, 14 e 17 da IN-SRF nº 21, de 10/03/1997” eis que “ao contrário do que consta da ementa e do voto do Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D Eça, o auto de infração não aplicou o art. 170-A do CTN retroativamente, mas sim os referidos dispositivos legais” consubstanciados nos “arts. 12, 14 e 17 da IN-SRF nº. 21, de 10/03/1997, alterada pela IN-SRF nº 73, de 15/09/1997, estabeleciam expressamente que a compensação de créditos reconhecimentos judicialmente somente seria possível de ofício ou mediante requerimento específico do interessado após o trânsito em julgado.

É o relatório.

Assinado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E, 17/05/2011 por NAYRA BASTOS MANATTA

Autenticado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E

Emiúdo em 01/06/2011 pelo Ministério da Fazenda

2

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

Os Embargos Declaratórios são tempestivos e merecem ser conhecidos, mas no mérito não merecem provimento, ante a inocorrência de qualquer contradição ou omissão na sua fundamentação.

De fato, do voto do relator, extrai-se a conclusão pelo provimento do Recurso para cancelar as exigências, face a inaplicabilidade da restrição prevista no art. 170-A do CTN, aos fundamentos de que:

"... tratando-se de compensações efetuadas em DCTF no período de período de 15/08/97 a 15/01/98 (fls. 08), é evidente que não se pode aplicar ao caso concreto a restrição prevista na LC nº 104 de 10/01/01, que introduziu o art. 170-A no CTN, como reiteradamente proclamado pela Jurisprudência do E ST" e se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. COMPENSAÇÃO ART. 170-A DO CTN. IRRETROATIVIDADE. AÇÃO PROPOSTA POSTERIORMENTE A VIGÊNCIA DA LC 104/2001. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN COMPENSAÇÃO SOMENTE APÓS O TRÂNSEJO EM JULGADO DA DECISÃO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC CUMULAÇÃO VEDADA AFASTADA A APLICAÇÃO DOS JUROS PREVISTOS NO CTN RECURSO DESPROVIDO.

1 A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 488.992/MG, firmou entendimento no sentido da não-aplicação retroativa dos sucessivos regimes legais de compensação tributária Na mesma ocasião, fixou-se a data da propositura da ação para se estabelecer o regime de compensação aplicável, em cada caso.

2 O art. 170-A do CTN, inserido pela Lei Complementar 101/2001, somente é aplicável aos pedidos de compensação formulados após a sua vigência Assim, é viável exigir-se o novo requisito previsto no art. 170-A do CTN para as ações ajuizadas em data posterior à vigência da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001.

(...)

4 Recurso especial desprovido " (cf. Ac da 1ª turma do STJ no REsp nº 694211-PR., Reg nº 2004/0144267-1, em sessão de 12/09/06, Rel Min. DENISE ARRUDA, publ. in DIU de 02/10/06, p 228)

Da mesma forma, a pretendida aplicação retroativa das

Assinado digitalmente em 13/05/2011 por ~~restrições legais somente instituídas posteriormente (art. 74, §§~~
MANATTA

Autenticado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E

1º, 4º e 14 da Lei 9430/1996, com redação dada pela Lei 106:37/2002 e pela Lei 10833/200.3), enseja manifesta ilegalidade, por violação ao "princípio da irretroatividade da lei tributária" e ao disposto nos arts. 103, 105, 140 e 144 do CTN."

Por seu turno, da súmula da r. decisão ora embargada colhe-se que os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta "votaram pelas conclusões" do voto do Relator pelo provimento do recurso, esta última (Cons. Nayra Bastos Manatta) com declaração de voto de fundamentação diversa no sentido de acompanhar a conclusão pelo "provimento ao recurso interposto para considerar indevido o lançamento nos termos em que foi efetuado, ressaltando, todavia, o direito de a Fazenda Nacional lançar o referido crédito tributário com a exigibilidade suspensa ou cobrá-lo diretamente, via inscrição na Dívida Ativa da União, caso o direito creditório não seja confirmado, nos termos do voto", tendo em vista os fundamentos de que:

"... o que se observa dos documentos trazido aos autos é que a contribuinte possui antecipação de tutela autorizando-lhe a compensar os valores recolhidos indevidamente de imediato.

Desta forma o procedimento adotado pela empresa de efetuar as compensações, informando-as em DCTF e citando o processo judicial que as amparava foi o correto.

No caso em tela, houve decisão judicial que determina a compensação, mas esta decisão não é a definitiva sobre o caso. Assim é, não apenas porque ela não transitou em julgado, como ainda se trata de decisão que não há de ser a derradeira.. Com efeito, no caso da antecipação de tutela sua vigência é temporária, pois se destina a reger o caso até que lhe sobrevenha a decisão de mérito. Quanto à sentença, porquanto condene a União, ainda depende de integração por acórdão no segundo grau para ultimar a condenação, vez que se trata de hipótese de remessa necessária.

Em virtude disso, não se poderia cogitar de compensação aperfeiçoada, neste estágio processual. A compensação, a teor do art. 156, inciso II do CTN, constitui uma forma de extinção do crédito tributário. Por sua vez, a extinção ou é definitiva ou inexistente, pois extinção provisória significa uma incompatibilidade lógica irreconciliável.

No caso, o direito da impugnante à compensação ainda não foi decidido definitivamente. Jaz tão somente provisoriamente reconhecido, pela ausência de decisão transitada em julgado. Como não há compensação provisória, vez que extinção ainda instável, ou seja, sujeita a modificação, não é extinção, não se poderia já se considerar compensado o débito. Porém, tão pouco, se pode deixar de considerar a decisão judicial então vigorante. Impõe-se, diante disso, a conciliação dessas situações.

Assim, não pode o Fisco cobrar o débito em respeito à decisão judicial proferida, mas também não pode considerá-lo como já compensado e, por conseguinte, extinto. A solução que se delinea, satisfazendo igualmente a estes ditames, é a do lançamento com a exigibilidade do crédito tributário suspensa.

Assinado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E, 17/05/2011 por NAYRA BASTOS MANATTA

Autenticado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E

Emitido em 01/06/2011 pelo Ministério da Fazenda

4

Entretanto, não foi este o motivo do lançamento, mas sim a não comprovação da vinculação dos créditos com os débitos, em virtude da não comprovação do processo judicial informado em DCTF. O processo judicial restou comprovado, bem como a autorização para que a contribuinte procedesse, de pronto, a compensação. Também, neste caso, não se pode acatar o argumento da decisão recorrida que a contribuinte não poderia realizar a compensação antes do trânsito em julgado da ação, já que a contribuinte possuía autorização judicial para realizar o procedimento compensatório, não ficando condicionada, na situação em concreto, a realização da compensação ao trânsito em julgado da ação.

Nestes casos, como já se disse, o lançamento deveria ter sido feito com a exigibilidade suspensa já que o crédito usado para compensar débitos certos e líquidos pendente ainda de confirmação judicial, o que os torna carente da certeza e liquidez.

Vale ainda lembrar que nenhum cálculo foi efetuado pelo Fisco para confirmar a existência do direito creditório usado pela recorrente para compensar seus débitos.

Assim sendo, em virtude da motivação equivocada do lançamento, considero-o indevido, nos termos em que foi formulado. Entretanto deve ser deixado claro que aqui não se está a considerar como correta a compensação efetuada, nem indevido o crédito tributário lançado já que nenhum cálculo foi feito para se confirmar os créditos usados nem a compensação declarada."

Em suma do teor dos votos retro transcritos verifica-se que inexistente qualquer contradição na conclusão dos 4 (quatro) votos componentes da d. maioria do v. Acórdão embargado, que unisonamente concluíram pelo provimento do recurso e pelo cancelamento das exigências contidas no AI vestibular, ainda que sob fundamentação diversa, mas convergente na conclusão, o que data vênua, por si só, não configura contradição.

No que toca à suposta omissão, reclamada com base nos "arts. 12, 14 e 17 da IN-SRF nº. 21, de 10/03/1997, alterada pela IN-SRF nº 73, de 15/09/1997, melhor sorte não socorre à pretensão da embargante, eis que os dispositivos das citadas INs, por não serem aptos a criar obrigação tributária nem hipóteses de sua extinção (arts. 97, 113 e 170 do CTN) jamais poderiam se sobrepor aos dispositivos da lei de regência (art. 74, §§ 1º, 4º e 14 da Lei 9430/1996, com redação dada pela Lei 10637/2002 e pela Lei 10833/2003), nem aos dispositivos da Lei Complementar (arts. 103, 105, 140 e 144 do CTN) que integraram a fundamentação do voto do relator, assim como não poderiam se sobrepor à sentença judicial suspendendo a exigibilidade do crédito, invocada na fundamentação da declaração de voto.

Tendo o v. Acórdão embargado decidido a lide com base na legislação de regência e em sentença judicial suspendendo a exigibilidade do crédito compensando, ambas se sobrepondo aos dispositivos das citadas INs, com a devida vênua, inexistente omissão de fundamentação a suprir, a não ser lembrar como já assentou a Suprema Corte, que "o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva -

Assinado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E, 17/05/2011 por NAYRA BASTOS
MANATTA

Autenticado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E

constitui postulado revestido de *função excludente*, de *caráter negativo*, pois *veda*, nas *matérias a ela sujeitas*, quaisquer *intervenções normativas*, a *título primário*, de *órgãos estatais não-legislativos*. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma *dimensão positiva*, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, *impõe*, à *administração e à jurisdição*, a necessária *submissão aos comandos estatais emanados*, exclusivamente, do *legislador*. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da *reserva de lei*, atuar na *anômala (e inconstitucional) condição de legislador*, para, em assim agindo, proceder à *imposição* de seus *próprios critérios*, *afastando*, desse modo, os *fatores* que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser *legitimamente definidos* pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar *atribuição* que *lhe é institucionalmente estranha* (a de *legislador*), *usurpando*, desse modo, no contexto de um *sistema de poderes essencialmente limitados*, *competência* que não *lhe pertence*, com evidente *transgressão ao princípio* constitucional da *separação de poderes*.” (cf. Ac. do STF Pleno na ADI nº 2075-MC/RJ, em sessão de 07/02/01, Rel. Min. CELSO DE MELLO, publ. in DJU de 27/06/03, pág. 28, EMENT VOL-02116-02 pág. 251)

Inexistindo contradição ou omissão a suprir, verifica-se que os Declaratórios apresentam caráter nitidamente infringente, razão pela qual devem ser rejeitados, tal como proclamado pela Jurisprudência Administrativa e se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PRESSUPOSTOS - Devem ser rejeitados os Embargos de Declaração interpostos pelo sujeito passivo, quando não demonstrados os pressupostos do art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, ante a inexistência de dívida, contradição ou necessidade de suprir omissão constante do julgado recorrido.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - LIMITES - Não pode ser conhecido o pedido do sujeito passivo na parte que, a pretexto de retificar o acórdão, pretende substituir a decisão recorrida por outra, com revisão do mérito do julgado. Embargos de declaração rejeitados.” (cf. Acórdão 108-05339, Rec. nº 114572, Proc. nº 10935.000705/96-28, em sessão de 22/09/1998, Rel. Cons. Maria do Carmo Soares Rodrigues de Carvalho)

Isto posto, voto no sentido de conhecer dos Embargos Declaratórios, mas no mérito rejeitá-los, por inocorrência das supostas contradição e omissão na sua fundamentação.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de maio de 2011.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Assinado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E, 17/05/2011 por NAYRA BASTOS
MANATTA

Autenticado digitalmente em 13/05/2011 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D E

Emitido em 01/06/2011 pelo Ministério da Fazenda

6