



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/03/2009
353
Sílvia Zique Barbosa
Mat.: Siapa 91745

CC01/C01
Fls. 2.030

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10840.003036/2003-68
Recurso nº 132.078 De Ofício e Voluntário
Matéria PIS/Pasep
Acórdão nº 201-81.311
Sessão de 07 de agosto de 2008
Recorrente RALSTON PURINA DO BRASIL LTDA.
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/12/2001

PIS. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CINCO ANOS).

O prazo decadencial para o lançamento do PIS é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, nos exatos termos do art. 153 do Código Tributário Nacional - CTN. Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

SEMESTRALIDADE DO PIS. APLICAÇÃO. SÚMULA Nº 11 DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Devem ser respeitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal que declararam a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, bem como e por conseqüência lógica reconheceram a manutenção da Lei Complementar nº 7/70 em sua plenitude, inclusive com a aplicação da semestralidade para cômputo da base de cálculo do tributo.

COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

A compensação não comprovada não gera o efeito de extinção do crédito tributário.

Recursos de ofício negado e voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

[Assinatura]

[Assinatura]

Processo nº 10840.003036/2003-68
Acórdão n.º 201-81.311

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 23/03/2009 533 Silvio Ribeiro Barbosa Mat.: Slape 91745
--

CC01/C01
Fls. 2.031

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em negar provimento ao recurso de ofício; e II) em dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer a decadência dos períodos de 08/1993 a 08/1998 e a semestralidade e afastar da base de cálculo as receitas incluídas pela Lei nº 9.718/98. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. Carlos Eduardo Marino Orsolon, OAB/SP 222.242.

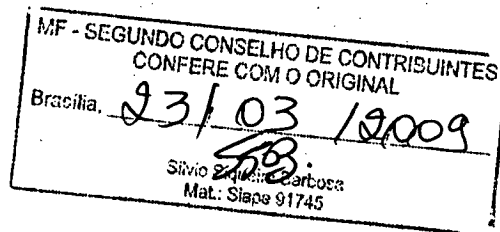
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fabiola Cassiano Keramidas
FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 05/34, vol. I) lavrado em virtude da falta de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS no período de agosto de 1993 a dezembro de 2001. O enquadramento legal e a descrição dos fatos encontram-se às fls. 7/09, tendo sido constituída a contribuição no valor total (principal + multa + juros) de R\$ 6.222.223,35.

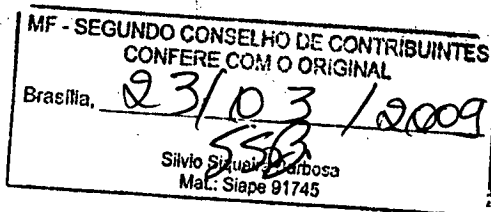
Segundo a Fiscalização, a recorrente incorporou outras empresas, mas as sociedades mantiveram "existência jurídica concomitante", o que levou a que se fiscalizasse cada empresa independentemente e se constituísse processos distintos para cada uma.

Esclarecem também os autuantes que a recorrente e as incorporadas impetraram diversas ações judiciais com vistas a compensar a diferença entre a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) paga com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, declarados inconstitucionais, e a calculada de acordo com a Lei Complementar nº 7/70, com débitos da Cofins. De acordo com a interpretação da Fiscalização as sentenças teriam declarado a inconstitucionalidade dos citados decretos-leis, mas não teriam autorizado a utilização da base de cálculo do sexto mês anterior ao do fato gerador. Assim, a Fiscalização não considerou as compensações que foram realizadas pela recorrente baseadas nesse critério.

Inconformada, a recorrente impugnou (fls. 1.327/1.360, vol. V) o lançamento, alegando, em síntese, que:

- (i) os períodos até agosto de 1998 foram atingidos pela decadência;
- (ii) após a declaração de inconstitucionalidade dos referidos decretos-leis e com a vigência da LC nº 7/70, o PIS deveria ter sido calculado com base no faturamento do sexto mês anterior ao de ocorrência do fato gerador sem correção monetária, desta forma a recorrente teria créditos passíveis de compensação;
- (iii) a recorrente tinha garantido o direito de compensar o crédito de PIS citado no item (ii) com débitos do PIS em razão de decisão transitada em julgado proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.61.02.003182-5 (fls. 1.390/1.400, 1.449/1.459 e 1.462, vol. V);
- (iv) alguns débitos referem-se a pagamentos realizados com erro de CNPJ - anexou-se Darfs indicando o CNPJ de empresas incorporadas pela recorrente;
- (v) caso não possa ser aproveitado o pagamento realizado ao Fisco com erro de CNPJ, a recorrente requer seja considerada a compensação dos valores em razão de o pagamento representar crédito para as empresas por ela incorporadas;
- (vi) há pagamentos feitos pela recorrente que não foram considerados pela Fiscalização - anexou-se Darf;
- (vii) a Fiscalização "inflou" a base de cálculo do PIS por ter considerado como componentes da base os valores referentes à base de cálculo das empresas incorporadas - tais

[Assinatura]



valores eram conhecidos por comporem parcelamentos que, em decorrência da incorporação, foram realizados em nome da recorrente;

(viii) nos anos de 2000 e 2001, em alguns meses foram realizados pagamentos a maior que não foram considerados pela Fiscalização nos meses seguintes, os quais, se considerados em conjunto, compensariam os valores apontados como não recolhidos; e

(ix) parte dos valores exigidos refere-se aos anos de 1999/2001 e são devidos em razão do aumento da base de cálculo da Cofins gerado em razão da Lei nº 9.718/98, a qual é inconstitucional e não é competente para gerar diferenças válidas.

Em virtude do fato de a recorrente ter obtido na Justiça o direito de recolher a Cofins com a base de cálculo prevista na LC nº 70, de 1991, ou seja, somente sobre o faturamento, conforme as sentenças apresentadas, o processo foi baixado em diligência para que os fiscais autuantes refizessem o lançamento de acordo com a sentença judicial e lavrassem novo auto de infração, em processo distinto, com os valores abrangidos pela decisão judicial, com exigibilidade suspensa.

Também foi solicitado que os autuantes esclarecessem se excluíram do lançamento os pagamentos citados na impugnação e, se fosse o caso, os excluíssem do valor lançado e se manifestassem quanto a algumas inconsistências detectadas nas planilhas feitas pela Fiscalização, conforme despacho de fls. 1.757 e 1.758, vol. VI.

Após a diligência, foi elaborado o despacho de fls. 1.902 a 1.904, vol. VII, onde o fiscal autuante esclarece, em resumo, os seguintes pontos:

(i) quanto às receitas das empresas incorporadas, no período de março a agosto de 1995 foram excluídas do lançamento, conforme planilhas de fls. 1.802, 1.889 e 1.890;

(ii) quanto aos pagamentos efetuados pelas incorporadas, os valores relativos aos pagamentos efetuados pelas incorporadas entre setembro e dezembro de 1995, quando já extintas, foram excluídos da base de cálculo, conforme fls. 1.802, 1.889 e 1.890;

(iii) os pagamentos realizados pela impugnante entre abril e agosto de 1998 foram excluídos do lançamento, de acordo com as planilhas de fls. 1.891 e 1.892; e

(iv) em relação à decisão judicial, foi lavrado novo auto de infração (Processo nº 10840.001789/2005-09) com a exigência relativa à base de cálculo que excede aquela prevista na LC nº 70/91 (Lei nº 9.718/98), com exigibilidade suspensa, conforme fls. 1.778 a 1.779. Também foi elaborada planilha, de fls. 1.778 a 1.780, onde o autuante indica os valores que devem ser excluídos do presente lançamento porque estão contidos no auto com suspensão da exigibilidade. Também foram sanados os problemas de duplicidade das "Demais Receitas Proporcional", relativa ao ano de 1999.

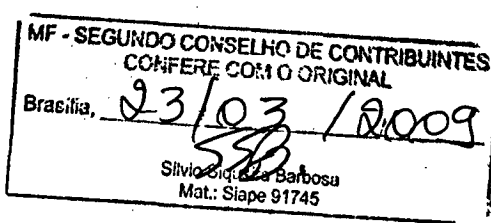
Após analisar a inconformidade apresentada, bem como o resultado da diligência, a Delegacia Regional de Julgamento - DRJ - de Ribeirão Preto - SP proferiu o Acórdão nº 9.449 às fls. 1.906/1.915, vol. VII, o qual contou com a seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/12/2001

JOL

JOL



Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento do PIS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

PIS. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para o lançamento da contribuição ao PIS é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

PIS. PRAZO DE RECOLHIMENTO. ALTERAÇÕES.

Normas legais supervenientes alteraram o prazo de recolhimento da contribuição para o PIS, previsto originariamente em seis meses.

CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O processo que constituiu o crédito tributário não é o meio adequado para compensação de eventuais créditos do contribuinte com débitos lançados de ofício, que deve ser feita de acordo com a legislação de regência.

PIS. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

Em cumprimento ao princípio constitucional da anterioridade nonagesimal, as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.212, de 1995 e suas reedições, somente terão eficácia a partir do período de apuração de março de 1996.

Lançamento Procedente em Parte”.

Trecho final do voto do Relator - fl. 1.915, vol. VII:

“Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento; cancelando os períodos de setembro a dezembro de 1995, fevereiro de 1996, abril de 1998, dezembro de 1999, abril, junho, julho e dezembro de 2000 e março e abril de 2001; mantendo a contribuição para os meses de março a agosto de 1995, maio a agosto de 1998, março, abril, junho, julho e setembro a novembro de 1999, conforme tabela acima; e, para os demais períodos, mantendo a contribuição apurada no auto de infração, acrescida da multa de ofício de 75% e de juros de mora regulamentares.”

Para tal decisão os ínlitos julgadores de primeira instância administrativa basearam-se nos seguintes argumentos: (i) a decadência do PIS é regida pela Lei nº 8.212/91, ou seja, é de dez anos e não cinco; (ii) a semestralidade não pode ser utilizada para o cálculo da contribuição ao PIS, mesmo que os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 tenham sido declarados inconstitucionais; (iii) não é possível compensar, por meio de defesa em auto de infração, valores pagos a maior em um mês com débitos decorrentes de recolhimentos a menor

Processo nº 10840.003036/2003-68
Acórdão n.º 201-81.311

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/03/2009
Sílvia Regina de Barros
Mat.: SIAPE 91745

CC01/C01
Fls. 2.035

em outros meses; e (iv) não é possível analisar a nulidade da Lei nº 9718/98, por não ser competência do julgador administrativo.

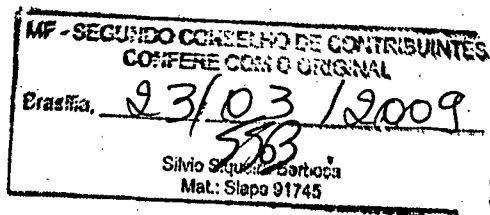
Importa registrar que a decisão de primeira instância administrativa cancelou o auto de infração em relação aos valores comprovadamente recolhidos pela recorrente em seu nome e em nome de suas incorporadas e à base de cálculo que estava erroneamente indicada.

Houve recurso de ofício em razão dos valores cancelados por conta da diligência e recurso voluntário contra os valores que foram mantidos no auto de infração.

O recurso voluntário reiterou as alegações trazidas na impugnação e pleiteou o cancelamento total da autuação.

É o Relatório.





Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

Inicialmente, cumpre analisar o recurso de ofício ora apresentado. Afora os ajustes realizados no auto de infração em razão de constatações contábeis obtidas com a diligência realizada, as quais não merecem qualquer reparo e estão pautadas nos documentos trazidos aos autos pela recorrente, merece consideração o tópico da decisão que permitiu o aproveitamento dos valores recolhidos em nome de empresas incorporadas pela recorrente.

Conforme se depreende da análise dos autos, ao proceder à diligência pleiteada pelos doutos julgadores de primeira instância administrativa, os agentes fiscais acataram a alegação da recorrente no sentido de que deveriam ser aproveitados os valores recolhidos com erro de CNPJ. Neste sentido, alguns recolhimentos foram realizados no CNPJ das empresas incorporadas e não com a indicação do CNPJ da incorporadora. A intenção é que a incorporadora se beneficiasse deste recolhimento, seja porque houve simples erro formal, seja porque o crédito seria mesmo dela, uma vez que as empresas incorporadas estavam extintas.

Parece-me que ambos os argumentos são procedentes. É de sumária nitidez que *in casu* ocorreu mero erro formal. O erro no registro do CNPJ se deu em razão de ter sido indicada empresa incorporada e, portanto, não diversa daquela que deveria ter, efetivamente, recolhido. Não há, neste caso, a intenção de aproveitamento de crédito entre empresas diversas, posto que ambas as empresas são uma. Trata-se de situação excepcional em que o crédito, de qualquer forma, é da incorporadora. Até porque a incorporada já se extinguiu.

Desta forma, entendo que os valores recolhidos indevidamente em nome da empresa extinta, desde que o tenham sido APÓS o momento da incorporação, devem sim ser aproveitados para o cômputo deste auto de infração, estando acertada a decisão de primeira instância administrativa, a qual deve ser mantida neste particular, razão pela qual nego provimento ao recurso de ofício apresentado.

O recurso voluntário é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele conheço.

Após analisar detidamente os autos deste processo, constato que a discussão administrativa restou limitada aos seguintes tópicos: (i) ocorrência ou não da decadência dos valores constituídos; (ii) possibilidade de aplicação da semestralidade para o cálculo da base da contribuição ao PIS quando da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988; (iii) nulidade da ampliação do conceito de faturamento trazido pela Lei nº 9.718/98; e (iv) possibilidade de compensação dos recolhimentos feitos a maior com débitos do mesmo tributo recolhidos em diferentes meses (anos de 2000 e 2001).

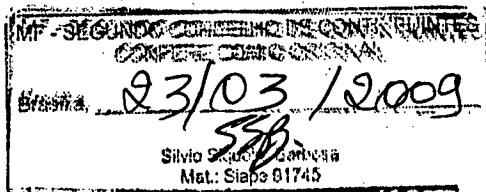
A seguir, passo à análise individual de cada tópico.

(i) da decadência.

Conforme se verifica dos termos do relatório, trata-se de auto de infração de PIS referente ao período de 01/08/93 a 31/12/2001. A ciência da lavratura do auto de infração ocorreu em setembro de 2003.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature] 7



Alega a recorrente, em sede de preliminar, a ocorrência da decadência dos valores referentes aos fatos geradores do período de 01/08/93 a 01/08/98. Para tanto utiliza como fundamento de sua argumentação a impossibilidade de a Lei nº 8.212/91 alterar o dispositivo do Código Tributário Nacional - CTN que amplia o prazo decadencial das contribuições sociais de 5 (cinco) para 10 (dez) anos.

Ocorre que o entendimento predominante nos tribunais superiores, bem como desta julgadora e de diversos julgados administrativos, é no sentido de afastamento do prazo decadencial previsto na Lei nº 8.212/91 de 10 (dez) anos em virtude da prevalência do prazo determinado pelo CTN, qual seja, de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador do tributo.

De acordo com o raciocínio de aplicação de 5 (cinco) anos para fim de prazo decadencial, cito decisões proferidas por esta 1ª Câmara, pelas demais Câmaras do Conselho e, inclusive, pela Câmara Superior de Recursos Fiscais nos Recursos nºs 122.113; 128.338; 109.897; 119.071; 120.479; 130.484 e 123.510.

A título ilustrativo, transcrevo ementa de julgamento realizado pela Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, *verbis*:

“CSLL. LANÇAMENTO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO. ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. INAPLICABILIDADE. PREVALÊNCIA DO ART. 150, § 4º, DO CTN, COM RESPALDO NO ARTIGO 146, III, 'b', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. A CSLL é tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, pelo que amolda-se à sistemática de lançamento denominado de homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral (art. 173, do CTN) para encontrar respaldo no § 4º, do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador. É inaplicável à hipótese dos autos o artigo 45, da Lei nº 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos como sendo o lapso decadencial, já que a natureza tributária da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido assegura a aplicação do § 4º, do artigo 150 do CTN, em estrita obediência ao disposto no artigo 146, inciso III, 'b', da Constituição Federal. Recurso Especial do contribuinte conhecido e provido.” (CSRF, 1ª Turma, Processo nº 10435.001171/2001-99, Recurso de Divergência, Acórdão CSRF/01-04.988, Sessão de 15/06/2004) (destacamos)

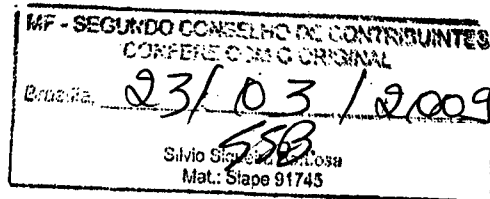
Recentemente, na sessão de julgamento de fevereiro de 2008 da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aplicou-se este mesmo entendimento de 5 (cinco) anos, conforme denota-se do julgamento do Recurso nº 125.679.

Da mesma forma entende o Egrégio Supremo Tribunal Federal e o Colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se, respectivamente:

“Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições

Jul

Jul



exige lei complementar: porque não são impostos, não há a exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos em lei complementar (art. 146, III, a). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacífica. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, 'b'). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149)." (STF, Tribunal Pleno, RE nº 148.754-2 QO/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, redator p/acórdão Min. Francisco Rezek, DJU de 04/03/1994, pg. 03290) (destacamos)

"2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o art. 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social. 3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482, RISTJ, art. 200)." (STJ, 1ª T., AgRg no REsp nº 616.348/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 14/02/2005, pg. 144) (destacamos)

E mais se assim não fosse, recentemente o órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nºs 55.664, 559.882 e 559.943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante nº 8, *verbis*:

"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"

Portanto, além de a melhor interpretação já ser pela inaplicabilidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, a partir da edição da referida súmula, tal entendimento tornou-se obrigatório, posto que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Neste diapasão, de acordo com o entendimento já firmado nesta Câmara e nos Egrégios Tribunais Superiores, é certo que os créditos tributários do PIS, relativos aos fatos geradores ocorridos no período de 01/08/93 a 31/08/98 encontram-se decaídos.

(ii) da aplicação da semestralidade.

Adentrando ao mérito, percebo que a questão principal debatida nestes autos está restrita à possibilidade - ou não - de aplicação do critério da semestralidade para fim de cálculo do crédito existente a favor da recorrente e que foi utilizado para a compensação do PIS.

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/03/2009
536
Sílvia Regina Barbosa
Mat.: SIAPE 91745

Não há divergência de entendimento em relação à constitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, mas apenas se, ao deixar de aplicar estes decretos, os contribuintes estão automaticamente habilitados a calcular o PIS devido com o antigo critério da semestralidade em sua base de cálculo.

É cediço que a Secretaria da Receita Federal defendia - e por vezes ainda defende - o entendimento de impossibilidade de aplicação da semestralidade para o cálculo da base do PIS no período então abrangido pelos decretos-leis citados. Todavia, também é conhecido que este entendimento não encontrou guarida na jurisprudência administrativa ou judicial, *verbis*:

"PIS/FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. COMPENSAÇÃO. A base de cálculo da Contribuição ao PIS, eleita pela Lei Complementar nº 7/70, art. 6º, parágrafo único ('A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro, a de agosto com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente'), é o faturamento verificado no 6º mês anterior ao da incidência o qual permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP nº 1.212/95, quando, a partir de então, o faturamento do mês anterior passou a ser considerado para sua apuração. O indeferimento do pedido de compensação fundou-se na desconsideração da semestralidade do PIS prevista na Lei Complementar nº 7/70, tornando-o insubsistente. Recurso provido." (Recurso nº 121.720, 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, relator Antonio Mario de Abreu Pinto, data da sessão: 07/11/2002, decisão por maioria de votos)

"PIS - SEMESTRALIDADE - BASE DE CÁLCULO - CORREÇÃO MONETÁRIA. É uníssona a jurisprudência do egrégio STJ, assim como desta Colenda Corte, no sentido de que o art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, não se refere ao prazo para recolhimento do PIS, mas sim à sua base de cálculo, sem correção monetária. Recurso negado." (Recurso nº 116.444, Câmara Superior de Recursos Fiscais, relator Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, data da sessão: 24/01/2005, decisão unânime)

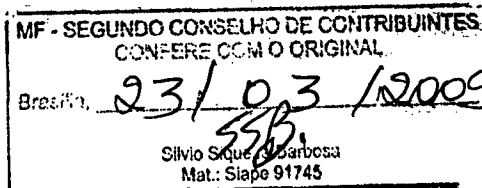
Ainda neste sentido impera esclarecer que este Segundo Conselho de Contribuintes recentemente aprovou, dentre suas súmulas, um enunciado tratando da matéria, a saber:

"A base de cálculo do PIS, prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o faturamento do sexto mês anterior, sem correção monetária."

No caso específico em análise, ainda mais do que a jurisprudência administrativa ou judicial genérica, a recorrente possuía garantido o direito de compensar o crédito de PIS - que apenas existia em virtude da aplicação do critério da semestralidade - em razão de decisão transitada em julgado proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.61.02.003182-5 (fls. 1.390/1.400, 1.449/1.459 e 1.462, vol. V).

Desta forma, parece-me indiscutível o direito da recorrente ao crédito de PIS pleiteado, sendo claro que deverá ser considerado no cálculo o critério da semestralidade.

[Assinatura]



(iii) da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

Em um primeiro momento pareceu-me que esta questão não deveria ser conhecida em razão da lavratura do auto de infração que formou o Processo nº 10840.001789/2005-09. Todavia, a despeito do ocorrido no auto de infração lavrado para fim de exigir a Cofins, em que se cancelou todos os valores desde 1998, a decisão de primeira instância administrativa no presente caso manteve valores relativos ao período alcançado pela Lei nº 9.718/98, verbis: "mantendo a contribuição para os meses de março a agosto de 1995, maio a agosto de 1998, março, abril, junho, julho e setembro a novembro de 1999 conforme tabela acima; e, para os demais períodos ...", lembrando que os demais períodos alcançam até o ano de 2001.

Ademais, a decisão administrativa analisou expressamente o tema, concluindo pela impossibilidade de julgar critérios constitucionais.

Desta forma, com a única intenção de solucionar estes pontos específicos e em vista de ter-se mantido a exigência em relação a valores que estejam vinculados à Lei nº 9.718/98, passo a analisar as alegações trazidas aos autos, mormente em virtude da recente declaração de inconstitucionalidade proclamada pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Realmente, é do domínio público que, "ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal", redação esta anterior à EC nº 20/98 (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 16/06/2006, pág. 17 Ement Vol-02237-03, PP-00481; Acórdão da 1ª Turma do STF nos Emb. de Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52 Ement Vol-02238-03, PP-00428; Acórdão da 1ª Turma nos Emb. de Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, Ement Vol-02238-03, PP-00538).

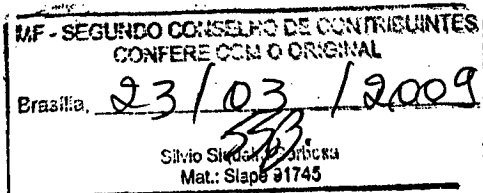
Parafraseando o Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, que inicialmente trouxe a esta Câmara o entendimento da possibilidade de aplicação pelos tribunais administrativos de decisão do pleno do STF, cito:

"Por seu turno, analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o Egrégio STJ recentemente esclareceu que a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito e, 'embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05)."

Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições

[Handwritten signature]

[Handwritten signature] 11



continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no RESP nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/2006, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. in DJU de 15/05/2006, pág. 186)

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (art. 150, inciso I da CF/88; arts. 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refugiam às base de cálculos do Cofins e PIS/Pasep adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.” (destaquei)

No caso concreto verifica-se a manutenção no auto de infração recorrido das disposições que estariam vinculadas às receitas não operacionais (“receitas financeiras”) inseridas na base de cálculo pela Lei nº 9.718/98, julgada inconstitucional, o que, por si só, justifica o acatamento das razões da recorrente.

(iv) da compensação dos recolhimentos.

Outra argumentação da recorrente em suas razões de inconformidade refere-se ao fato de o agente fiscal não ter reconhecido o recolhimento realizado a maior em alguns períodos que em seu entender deveriam ser utilizados para compensar com os débitos apurados no período.

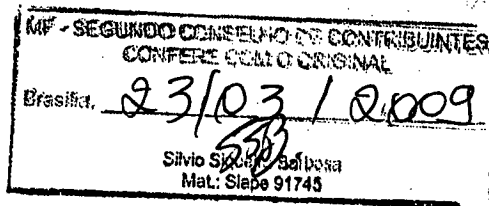
Inicialmente, entendo estar com razão a recorrente. Quando do momento da fiscalização, o Fiscal deve analisar o período fiscal como um todo, realizando compensações de ofício se necessário quando verificado o recolhimento a maior em um mês e a menor em outro.

Todavia, para que isso efetivamente ocorra é necessário que seja comprovado, pelo contribuinte fiscalizado, a ocorrência destes fatos. Obviamente que este procedimento do Fisco não impede que o contribuinte retifique suas declarações para os valores corretos e tome outras providências, inclusive em caso de erro.

No caso em apreço requer-se o aproveitamento dos supostos recolhimentos realizados a maior nos anos de 2000 e 2001. Entretanto, não restou comprovado por meio de guias Darf de pagamento, ou mesmo contabilmente, que este crédito existia. Pelos autos do processo administrativo, apenas verifica-se que houve inclusão de valores no Parcelamento do

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



Refis, mas não trata dos tais créditos mencionados em planilha (fl. 20 - fl. 1.347, vol. VI - da impugnação) pela recorrente.

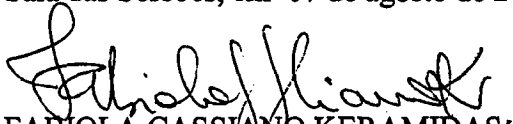
A ausência de pagamento, por óbvio, impede o aproveitamento do crédito, razão pela qual, *in casu*, não admito as alegações da recorrente neste particular. Registra-se que foi realizada diligência para apurar os créditos existentes, os quais foram devidamente reduzidos da base de cálculo deste auto de infração e posteriormente alvo de recurso de ofício, não tendo sido constatados pagamentos nos anos de 2000 e 2001.

Importante registrar, ainda, que o agente administrativo executor da presente decisão deverá analisar se os valores mantidos neste tópico encontram-se dentre aqueles referidos no item (iii), ou seja, decorrem do alargamento da base de cálculo do PIS pela Lei nº 9.718/98. Tal verificação é necessária para a manutenção ou não do débito, uma vez que foi aplicado o entendimento do STF em relação à impossibilidade de tributação de valores diversos do faturamento neste período.

Ante o exposto concluo por dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário apresentado pela recorrente, indeferindo apenas a utilização dos supostos créditos recolhidos a maior nos anos de 2000 e 2001, restando modificada a r. decisão de primeira instância administrativa. Ressalva-se à Fiscalização a apuração de diferenças quando do aproveitamento dos créditos mencionados no item (ii), uma vez que deverão ser apurados os créditos de PIS com base no critério da semestralidade.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 07 de agosto de 2008.


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

