



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

Processo nº 10875.000883/2002-92
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-002.484 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2013
Matéria PIS
Recorrente SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1997

LANÇAMENTO. MOTIVAÇÃO. FALSA CAUSA.

Cancela-se o auto de infração lastreado em falsa causa.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Esteve presente ao julgamento a Dra. Luiza Gurgel Cardoso, OAB nº 38.229/DF.

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Por descrever os fatos com clareza e fidelidade, adoto o relatório do acórdão de primeira instância:

“Trata o presente processo de auto de infração relativo à Contribuição para o PIS, lavrado em 01/11/2001 (fls. 18), cientificado ao contribuinte por via postal em

13/12/2001 (fls. 124), formalizando crédito tributário no valor total de R\$ 229.221,90, em virtude de **não confirmação do processo judicial indicado para fins de suspensão da exigibilidade dos débitos declarados para os períodos de janeiro a dezembro de 1997**.

Em oposição ao lançamento foi protocolizada em 11/01/2002 a impugnação de fls. 01/15, acompanhada dos documentos de fls. 16/122, com as razões de defesa a seguir sintetizadas.

Argúi em preliminar a nulidade do Auto de Infração por inobservância das *normas legais de regência* por deixar de ressaltar que a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa por sentença judicial, bem como por não ter sido precedido de notificação ao contribuinte para prestar esclarecimentos.

No mérito, assevera que os valores lançados foram objeto de compensação realizada com amparo em *sentença judicial*, alegando que:

- ajuizou Medida Cautelar Inominada, processo nº 96.0014052, visando a *concessão de liminar para compensar, sem os requisitos da Instrução Normativa nº 67/92, o PIS indevidamente recolhido, com o próprio PIS, em conformidade com o art. 66 da Lei 8.383/91*, tendo obtido a liminar;

- a ação foi julgada improcedente em primeiro grau, ensejando interposição de recurso de apelação, ao qual foi dado provimento pelo TRF, tendo ocorrido trânsito em julgado;

- paralelamente, foi ajuizada ação principal Declaratória cumulada com pedido de repetição de indébito, que não foi apensada à Medida cautelar, e aguarda apreciação em primeiro grau.

Reporta-se à suspensão da exigibilidade do crédito tributário em função do art. 151, V, do CTN.

Opõe-se ao lançamento da multa, alegando ter efeito de confisco.

Discorre acerca da inconstitucionalidade dos Decretos-Lei 2.445 e 2.449/88 e defende o direito à compensação do PIS julgado inconstitucional *com o PIS recolhido após a M.Provisória 1.212/95 e reedições, convertida na Lei 9.715/95 e 9.718/98*, invocando o art. 66 da Lei 8.383/91, bem como a aplicação, por *similitude dos casos*, da convalidação pela IN SRF 32/97 da compensação do Finsocial com a Cofins.

Finaliza requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

Em análise prévia, a autoridade preparadora, fazendo menção à Medida Cautelar Inominada, informou, às fls. 132/133, ter apurado que *a contribuinte obteve o direito de compensar com o PIS vencidos (sic), conforme sentenças da primeira e segunda instâncias, observadas as seguintes datas: 05/06/96 obteve liminar favorável em primeira instância e em 23/09/96 a sentença foi julgada improcedente, fls. 129; em 23/09/98 teve Acórdão favorável, fls. 86 a 131. O Auto de Infração teve por base as DCTFs entregues em 21/11/97, 24/11/97, 24/12/97 e 30/01/98, portanto as compensações foram efetuadas fora do prazo autorizado judicialmente. Aponta, ainda, ausência, nos autos, de provas da existência dos supostos créditos de PIS.*

Por meio do despacho de fls. 136, foi o processo remetido para julgamento.”

Por meio do Acórdão 30.662, de 15 de setembro de 2010, a 5ª Turma da DRJ-Campinas julgou procedente em parte a impugnação. Foi rejeitada a preliminar de nulidade, sob a justificativa de que não houve violação do art. 59 do PAF e também porque a

autoridade administrativa não tinha a obrigação de intimar previamente o contribuinte a prestar esclarecimentos. No mérito, ficou decidido que mesmo se comprovada a existência da medida judicial favorável à compensação de créditos de PIS com débitos do próprio PIS, o lançamento dos débitos compensados não seria inválido, pois, nos termos do art. 142 do CTN, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuar-lo, mesmo nas hipóteses de suspensão do crédito tributário. O art. 151 do CTN menciona as hipóteses de suspensão, mas não menciona qualquer forma de impedimento à constituição do crédito tributário. Entretanto, diante do advento do art. 18 da Medida Provisória 135, de 30/10/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, a multa de ofício foi excluída por força da aplicação do princípio da retroatividade benéfica. Quanto ao direito de compensação propriamente dito, embora a DRJ tenha reconhecido que quando da ciência do auto de infração por parte do contribuinte já havia transitado em julgado a medida cautelar admitindo a compensação do PIS com PIS, a decisão judicial na ação principal somente autorizou a compensação após o trânsito em julgado. Tendo em vista que a ação principal está pendente de julgamento no STJ, é incabível a apreciação do direito de compensação na esfera administrativa. Foi então aplicado o ato declaratório Cosit nº 03/96 e declarada a concomitância da discussão do direito de compensação em virtude da ação judicial.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância em 28/11/2011, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 20/12/2011, alegando, em síntese, que os valores foram compensados com base em decisão judicial. A alegação da DRJ no sentido de que a compensação só poderia ocorrer após o trânsito em julgado é equivocada, pois após a prolação da sentença de primeiro grau, que reconheceu “in totum”, o direito pleiteado na ação, a recorrente opôs embargos de declaração com efeitos modificativos, os quais obtiveram o seguinte desfecho: “Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração interpostos, com efeitos modificativos, para não mais condicionar a compensação ao trânsito em julgado da presente ação.”. Informa a defesa que dessa sentença a União apelou apenas em relação à prescrição e à correção monetária. Atualmente os autos da ação principal estão sobrestados no STJ aguardando a decisão do RE nº 561.908-7, que trata da questão do prazo prescricional de dez anos. Quanto ao direito de compensação, alegou que em 30/05/96 obteve liminar assegurando o direito de efetuar-la e que os períodos de apuração lançados são posteriores ao deferimento da liminar. Traçou um histórico dos processos judiciais. Alegou que o lançamento é nulo porque contraria o art. 1º da IN 31/97, que veda a constituição de crédito tributário em relação à parcela do PIS exigida na forma dos Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988. Alegou a inconstitucionalidade da exigência do PIS com base nos referidos decretos-leis, a inocorrência da prescrição, o direito à semestralidade e a inaplicabilidade do art. 170-A ao caso concreto. Requereu a reforma do acórdão recorrido e o cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, merece ser conhecido pelo colegiado.

A simples leitura do relatório torna flagrante a improcedência do auto de infração eletrônico.

O auto de infração decorreu de revisão interna de DTCF e foi notificado ao contribuinte em 13/12/2001.

Nessa ocasião realmente não era obrigatória a intimação prévia do contribuinte para prestar esclarecimentos, uma vez que essa obrigatoriedade somente foi instituída a partir da vigência do art. 7º da Lei nº 10.426, de 24 abril de 2002.

Portanto, não houve nulidade formal na confecção do auto de infração.

Contudo, o exame dos demonstrativos que acompanham a peça impositiva, revelam que o ato administrativo foi motivado no fato da suspensão da exigibilidade do crédito tributário estar amparada em processo judicial cuja existência não teria sido comprovada. Em outras palavras, os sistemas da repartição não localizaram o processo cujo número foi informado pelo contribuinte em suas DCTF.

Acontece que na impugnação o contribuinte comprovou a existência não só da medida cautelar nº 96.0014052-9, informada no auto de infração eletrônico como sendo o “Proc. Jud. não comprovad”, mas também a existência de medida liminar autorizando a compensação.

Entretanto, diante dessa constatação, em vez de julgar o lançamento improcedente, resolveu a DRJ alterar os motivos da autuação.

No que tange à ocorrência “Proc. Jud não comprovad”, embora constatando a existência do processo judicial, a DRJ manteve o lançamento com exclusão da multa de ofício, sob o argumento de que ainda que exista medida judicial autorizando a compensação, a lavratura do auto de infração foi correta, pois o lançamento deveria ter sido efetuado para prevenir a decadência.

Observem senhores conselheiros, que na ótica da DRJ o lançamento “deveria” ter sido efetuado para prevenir a decadência, mas não foi feito com tal objetivo. O motivo invocado no voto da DRJ desmente e contradiz o próprio fundamento da autuação. A autuação foi baseada no fato da suposta inexistência do processo judicial, que daria amparo à suspensão da exigibilidade declarada pelo contribuinte. E a DRJ, constatando a veracidade da declaração do contribuinte, alterou a motivação para justificar a manutenção daquele ato administrativo, sob o fundamento de ter sido adotado como medida para preservar o crédito tributário dos efeitos da decadência, situação que nem de longe poderia ter sido cogitada pela fiscalização, frente à constatação da inexistência da medida judicial que teria conferido a suspensão de exigibilidade do crédito tributário declarada pelo contribuinte.

Diante da comprovação da existência do processo judicial e da medida liminar autorizando a compensação, só se pode concluir que o auto de infração foi lastreado em falsa causa, pois o processo judicial que a autoridade administrativa alegou não estar comprovado, foi sim comprovado pela recorrente no momento da impugnação.

Mas não é só. O motivo real que poderia ter rendido ensejo à autuação só foi declinado pela autoridade administrativa **após o contribuinte ter impugnado o auto de infração**, conforme se pode constatar no seguinte excerto extraído da fl. 132 do PDF, *in verbis*:

(...)

4. Apuramos que a contribuinte obteve o direito de compensar com o PIS vincendos (*sic*), conforme sentenças da primeira e segunda instâncias, observadas as seguintes datas: em 05/06/96 obteve liminar favorável em primeira instância e em

23/09/96 a sentença (*sic*) foi julgada improcedente, fls. 129; em 23/09/98 teve Acórdão favorável, fls. 86 e 131. O Auto de Infração teve por base as DCTFs entregues em 21/11/97, 24/11/97, 24/12/97 e 30/01/98, portanto, as compensações foram efetuadas fora do prazo autorizado judicialmente.

(...)

Este fato foi confirmado e melhor esclarecido **após a DRJ ter proferido seu acórdão**, conforme se pode comprovar na informação prestada pela autoridade administrativa na fl. 426 do PDF, *in verbis*:

“(...) 12. Contudo, analisando as ações judiciais citadas nos itens 9 e 10 acima, verifica-se que de 23/09/1996, data da publicação da sentença que julgou improcedente o pedido na medida cautelar, até 23/09/1998, data da publicação do acórdão do TRF que autorizou a compensação, o contribuinte não possuía o provimento judicial que permitisse efetuar as compensações.

13. Dessa forma, conclui-se que o Auto de Infração foi corretamente lavrado, visto que o contribuinte não possuía autorização judicial para efetuar a compensação de PIS entre 23/09/1996 e 23/09/1998, período no qual apresentou as DCTF do ano de 1997. Proponho, portanto, o encaminhamento do presente processo à ECCOB/SECAT/DRF/GUA para dar ciência do acórdão da DRJ e prosseguimento na cobrança.

À consideração superior. (...)”

Com o devido respeito à autoridade administrativa, o auto de infração albergado neste processo não foi corretamente lavrado, pois invocar como causa daquele ato administrativo a não comprovação do processo judicial nº 96.0014052-9 é totalmente diferente de dizer que nas datas em que as DCTF foram apresentadas, aquela medida judicial não conferia ao contribuinte a proteção por ele declarada.

Leciona Hely Lopes Meirelles que “(...) *A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos e a realidade o ato é inválido. (...)*” (Curso de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 25 ed., pp. 186/187).

No caso dos autos, o motivo real que deveria ter rendido ensejo ao auto de infração foi aquele mesmo alegado pela autoridade administrativa no item 12 acima transcrito, mas este motivo só foi declinado após o contribuinte ter apresentado a impugnação ao lançamento e após a DRJ ter julgado a impugnação.

Não é correto autuar primeiro e declinar, ou mesmo corrigir a motivação depois da autuação, pois o art. 10, III, do Decreto nº 70.235/72 exige a descrição da causa da autuação antes do contribuinte ser notificado.

A causa invocada para a lavratura do auto de infração foi a não comprovação do processo judicial, que tendo sido comprovado, demonstrou que o ato administrativo foi lastreado em falsa causa.

Com base nesses fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Esclareço que o provimento do recurso não se deu em razão de nulidade por vício formal, mas sim por improcedência do ato administrativo por razões de mérito, uma vez que restou comprovado que o fato alegado como causa do lançamento não tinha existência concreta.

Antonio Carlos Atulim