



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

Processo n° 10880.031186/94-70
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-001.499 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de novembro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL-PIS
Recorrente NOVA 10 PARTICIPAÇÕES LTDA (MARISA DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1992, 1993

NULIDADE DE LANÇAMENTO

Em matéria de processo administrativo fiscal, não há que se falar em nulidade caso não se encontrem presentes as circunstâncias previstas pelo art. 59 do Decreto n° 70.235, de 1972. Assim como não enseja nulidade de auto de infração quando lavrado por agente capaz, contendo os requisitos exigidos pelo art. 10, do mesmo decreto.

PIS.CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO

É válida a exigência formalizada com base nos Decretos-Leis n°s 2445 e 2449/88, declarados inconstitucionais, quando não exceder a contribuição devida com base na Lei Complementar n° 7/70 e alterações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Daniel Mariz Gudiño, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“DA AUTUAÇÃO

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 02), foi constatado pela fiscalização que a empresa, no período de 01/1992 a 12/1993, não recolheu nem declarou em DCTF as contribuições ao Programa de Integração Social – PIS.

Em razão da falta apurada, foi lavrado e cientificado ao sujeito passivo, em 03/08/1994, o seguinte auto de infração:

Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 13/14): Crédito tributário no valor de 155.829,61 UFIR (cento e cinquenta e cinco mil, oitocentas e vinte e nove unidades fiscais de referência e sessenta e um centésimos), incluídos tributo, multa e juros de mora calculados até 01/08/1994, com enquadramento legal descrito às fls. 14, cujos demonstrativos se encontram nas fls. 03/12.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a presente autuação, a empresa acima identificada, tempestivamente, apresentou a impugnação de fls. 17/19, acompanhada dos documentos de fls. 20/41, alegando, em síntese, que:

O auto de infração deve ser anulado.

Foi solicitada tutela jurisdicional por meio de medida cautelar e ação ordinária para recolher a contribuição em questão de acordo com a Lei Complementar nº 7/1970 e alterações posteriores sem as exigências dos Decretos-lei nº 2.445/1988 e nº 2.449/1988 e de multas, juros e correção monetária.

Obeve liminar em 09/12/1988 para recolher o PIS nos termos da referida lei complementar, e depositou o montante em litígio, o que impede a imposição de qualquer penalidade.

Ademais, foram proferidas decisões judiciais favoráveis e definitivas nas ações propostas. Na medida cautelar, discute-se apenas a verba honorária (doc. 2 – fls. 20/24) e, na ação ordinária, foi reafirmada a inconstitucionalidade dos referidos decretos-lei, com trânsito em julgado e encaminhamento à vara de origem em 29/08/1994 (doc. 3 – fls. 25/32).

Portanto, nulo o auto de infração.

Ainda que subsistisse a contribuição, a multa aplicada de 100% é ilegal, pois havia dispensa de apresentação de DCTF relativa a 1992 (Instruções Normativas nº 20/1993 e nº 68/1993). Ademais, não foi observado o disposto no art. 1º da Lei nº 8.696/1993.

Diante do exposto, requer a nulidade do auto de infração.

Posteriormente, foram anexados aos autos os documentos de fls. 44/74.

Em 09/11/1998, o presente processo foi encaminhado à DRF/SPO/ECCOB/SP para intimar o contribuinte a apresentar Certidão de Objeto e Pé do processo nº 88.0048926-5 (fls. 75).

Em atenção a esta solicitação, foram feitas algumas considerações relativas ao processo nº 88.0048926-5, bem como foi providenciada a juntada aos autos dos documentos de fls. 77/81, nos termos do despacho de fls. 82.

É o relatório.”

O pleito foi deferido em parte, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/SP 1 nº 16-25.948, de 07/07/2010, proferida pelos membros da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, cuja ementa dispõe, *verbis*:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1992, 1993

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial em face da Fazenda Nacional com o mesmo objeto, antes ou posteriormente à autuação, importa em renúncia às instâncias administrativas. Quando forem diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

LANÇAMENTO DESTINADO A PREVENIR A DECADÊNCIA.

O crédito tributário não declarado/recolhido que seja objeto de discussão judicial ainda não superada por decisão definitiva deve ser lançado de ofício a fim de prevenir a decadência.

MULTA DE MORA.

A multa de mora se aplica somente ao crédito tributário exigido por meio do procedimento de cobrança administrativa domiciliar e nos pagamentos espontâneos efetuados intempestivamente.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. (art. 106, II, “c”, do CTN).

MULTA DE OFÍCIO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE.

A multa de ofício não é devida somente nas hipóteses em que o crédito tributário esteja com a exigibilidade suspensa antes de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEPÓSITO JUDICIAL.

A existência de depósitos judiciais não afasta a exigência dos juros moratórios e correção monetária. Porém, na conversão em renda da União, os valores convertidos devem extinguir o respectivo crédito tributário na data dos depósitos.

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 1992, 1993
LANÇAMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.*

Somente se reputa nulo o lançamento na hipótese prevista no art. 59, I, do Decreto nº 70.235/1972.

ALEGAÇÃO DESPROVIDA DE PROVA. MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA FISCAL.

Não trazendo aos autos documentos hábeis e idôneos que sustentem as alegações aduzidas, mantém-se o lançamento efetuado no tocante a estas alegações.

Impugnação Improcedente

Crédito tributário mantido em Parte.

O julgamento foi no sentido de tornar a impugnação procedente em parte, apenas para aplicar o percentual de 75% à multa de ofício, por conta da retroatividade benigna e manter o restante do crédito tributário.

Regularmente cientificado do Acórdão proferido, o Contribuinte, tempestivamente, protocolizou o Recurso Voluntário, no qual, reproduz, basicamente, as razões de defesa constantes em sua peça impugnatória.

Ressalta, dentre outros, pedido de cancelamento dos autos, tendo em vista o inciso X do art. 156 do CTN (decisão judicial passada em julgado).

Bem como, rebate:

-sobre a aplicação da multa de 75%, tendo em vista hipótese de suspensão da exigibilidade do tributo, pois há depósito judicial do valor do tributo exigido;
e

-que o auto de infração foi lavrado em 03/08/94 e destituído das observações do art. 142 do CTN.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Versa o processo de auto de infração do Programa de Integração Social – PIS, relativas ao períodos de 01/1992 a 12/1993, não recolhidas nem declaradas em DCTF . Com início do procedimento fiscal em 20/04/93, com ciência na mesma data pelo Sr. Antônio

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/01/2014 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 2

2/01/2014 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 27/01/2014 por JOEL MIYAZAKI

Impresso em 31/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

dos Santos Marques Pereira. Formalizado o Auto de Infração em 03/08/94. Com base no Art 3º, alínea b da Lei Complementar nº 7/70 c/c - art 55, §único de Lei Complementar nº 17/73, e, art. 1º do Decreto Lei 2.1445/88 c/c art 1º do Decreto Lei 2.449/88

Inicialmente, em matéria de processo administrativo fiscal, não há que se falar em **nulidade** caso não se encontrem presentes as circunstâncias previstas pelo art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 59. São nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Pelo transcrito, observa-se que, no caso de auto de infração – que pertence à categoria dos atos ou termos –, só há nulidade se esse for lavrado por pessoa incompetente, uma vez que por preterição de direito de defesa apenas despachos e decisões a ensejariam.

Por outro lado, caso houvesse irregularidades, incorreções ou omissões diferentes das previstas no art. 59, essas não importariam em nulidade e poderiam ser sanadas, se tivessem dado causa a prejuízo para o sujeito passivo, como determina o art. 60 do mesmo decreto:

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Por tudo que foi exposto, sendo improcedentes os argumentos da recorrente, não se encontrando presente pressuposto algum de nulidade, não havendo, da mesma forma, irregularidade alguma a ser sanada, não deve ser acolhida a preliminar com esse fundamento.

Quanto a **necessidade da lavratura do auto de infração**, tem-se que a constituição do crédito tributário depende do lançamento. O crédito passa a existir com esse procedimento com a exigibilidade suspensa ou não.

De acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional, surgida a obrigação tributária, nasce também para a Administração Tributária e seus agentes o dever de realizar o lançamento correspondente, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Destarte, constatada a falta de pagamento de PIS, ainda que, eventualmente, tivesse sido efetuado o depósito de seu montante integral, porém, não convertido em renda, determina-se o lançamento fiscal para a constituição do crédito tributário, pois caso não se faça o lançamento, ultrapassado o prazo decadencial previsto no CTN, a Administração Tributária perderá o direito de formalizar o crédito tributário e não poderá alegar que não o fez em virtude da suspensão de sua exigibilidade ou devido ao fato de a matéria estar *sub judice*, pois o prazo de decadência não se suspende nem se interrompe.

Passando ao enfrentamento do **mérito**, o contribuinte ingressou em juízo com a Medida Cautelar Inominada nº 88.0046382-7 em face da União, distribuída em 06/12/1988 (fls. 83), com a finalidade de efetuar depósitos relativos ao PIS, sem submeter-se às alterações dos Decretos-lei nº 2.445/1988 e nº 2.449/1988, os quais teriam majorado excessivamente a referida contribuição (fls. 88/89).

A cautelar foi julgada procedente (fls. 89) e, após a apelação da União, foi prolatado o acórdão de fls. 88/95, que não conheceu desta apelação em razão da ausência de razões do recurso e deu provimento parcial à remessa oficial para condenar a requerida no pagamento de honorários advocatícios (fls. 88).

Inconformada, a União interpôs Recurso Especial (fls. 20/24) “para o fim de ser reformada a decisão recorrida, na parte em que efetuou a **instituição ou a majoração da verba honorária**, para restaurar, neste ponto, a sentença de primeira Instância” (fls. 24).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso nos termos do acórdão de fls. 98/101, cujo trânsito em julgado ocorreu em 24/05/1995 (fls. 96). Em 06/06/1995, foi dada a baixa definitiva à seção judiciária de origem (fls. 86).

A empresa ajuizou também a Ação Ordinária nº 88.0048926-5 (fls. 58/74), distribuída em 09/01/1989 (fls. 102), visando, dentre outros pedidos, à declaração de inexistência da relação jurídica que a obrigasse a recolher o PIS nos moldes dos citados decretos-lei, bem como a devolução dos valores depositados judicialmente (fls. 74).

Por meio da sentença de fls. 56/57, foi julgado procedente o pedido para declarar o direito da autora de efetuar o pagamento do PIS nos termos da legislação anterior aos mencionados decretos-lei (fls. 57).

Inconformada, a União apelou desta decisão, sendo a ação ordinária julgada em 13/04/1994 pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos termos do acórdão de fls. 78/81, que não conheceu da apelação e negou provimento à remessa oficial, mantendo a sentença (fls. 78). Em 29/08/1994 (fls. 77), ocorreu o trânsito em julgado.

Pelos fatos acima, percebe-se claramente o litígio se há possibilidade da aplicação da forma de cálculo do PIS/PASEP com base na Lei Complementar 7/70, tendo em vista que, no momento do lançamento, foi utilizado o método de cálculo estabelecido pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF.

Transcreve-se parte do voto do acórdão 9303-002.625 de 12/11/2013 (processo 10880.032212/93-32) da 3ª Turma da CSRF, de relatoria de Joel Miyazaki, por se aplicável ao caso:

O cerne do debate aqui trazido pelo especial fazendário diz respeito à possibilidade (ou não) da aplicação da forma de cálculo do PIS/PASEP com base na Lei Complementar 7/70, tendo em mente que, no momento do lançamento, foi utilizado o

método de cálculo instituído pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF.

Nesta questão, alinho-me àqueles que consideram que, afastada as referidas normas do ordenamento jurídico, impõe-se a aplicação da Lei Complementar 7/70, tal como, estabelece a Súmula 15 deste Tribunal Administrativo.

A este respeito, peço vênia para transcrever excerto de brilhante voto da Conselheira Nanci Gama, no acórdão 9303-001.750, de 09 de novembro de 2011, que nos esclarece sobremaneira a questão posta em debate:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou aludidas normas impositivas como sendo inconstitucionais foi assertiva ao determinar que deveria ser aplicada a Lei Complementar 7/70.

*Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro ampara o princípio do **da** mihi factum, dabo tibi ius, o qual consiste no princípio do dá-me os fatos, que lhe darei o direito e, por sua vez, consubstancia exatamente a necessidade de que seja dado o direito para os fatos que tenham sido devidamente esclarecidos, como é o caso dos presentes autos.*

Além disso, mister se faz considerar que cabe ao julgador administrativo zelar, de forma precípua, pelo princípio da verdade material, aplicando ao caso concreto a totalidade da lei pertinente.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados como os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais de nos 873.364, 939.335 e 759.213, ao entender que “não se configura decisão extra petita o fato de o Tribunal de origem entender que o PIS é devido nos moldes da LC 7/70”.

E, inclusive, no julgamento do recurso especial repetitivo de nº 1.136.210, restou-se definitivamente entendido, pelo STJ, que “o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade formal dos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88 (RE 148.754, Rel. Ministro Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 24.06.1993, DJ 04.03.1994) teve o condão de restaurar a sistemática de cobrança do PIS disciplinada na Lei Complementar 7/70”.(Negrito nosso)

Pelo exposto, observa-se a descrição da fundamentação legal do auto de infração, ou seja, a Lei Complementar 7/70, o que não poderia ser diferente, pois a contribuição do PIS foi instituída por aquela e não pelos decretos-leis, que vieram introduzir alterações na forma de cálculo.

Então, tendo em vista terem sido declarados inconstitucionais os decretos-leis, fica restabelecida a sistemática da LC nº 7/70.

Portanto, o lançamento não fica prejudicado, pois não há alteração da base de cálculo e sim, alteração quantitativamente, já que foram observadas as formalidades legais exigidas.

Deve-se, no auto de infração, ser realizada adequação de valor, limitando-o ao calculado na forma da Lei Complementar 7/70 (nos termos judiciais), qual seja, aplicando-se a alíquota respectiva ao caso sobre o faturamento do sexto mês anterior ao do mês do fato gerador, nos termos da Súmula nº 15 do CARF.

Por derradeiro, quanto á cobrança da multa de ofício no percentual de 75%, por conta da retroatividade benigna, percebi que a decisão *a quo* ressaltou que:

Assim, a melhor exegese do art. 63 da Lei nº 9.430/1996 é no sentido de que também não cabe lançamento de multa de ofício no caso de depósito do montante integral (art. 151, II, do CTN).

A Impugnante alegou ter efetuado o depósito do valores discutidos em juízo em razão de ter obtido liminar em 09/12/1988 (fls. 18). No entanto, não trouxe aos autos nem as guias de depósito judicial nem a referida liminar que, eventualmente, permitisse averiguar se o crédito tributário apurado pela fiscalização encontrava-se com a exigibilidade suspensa ou por força da suposta liminar ou em razão de seu depósito integral.

Neste sentido, manifesta-se com precisão Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em sua obra Processo Administrativo Tributário, Malheiros Editores, 2000, pg. 184 -185:

"As alegações de defesa que não estiverem acompanhadas de produção das competentes e eficazes provas desfiguram-se e obliteram o arrazoado defensivo, pelo que prospera a exigibilidade fiscal."

Portanto, não tendo sido demonstrada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, deve ser mantida a multa de ofício no percentual de 75% nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996.

Pois bem, a multa foi aplicada decorrente da falta de pagamento da contribuição, independente, inclusive, quando da dispensa de apresentação de DCTF.

No caso, a recorrente argumenta que realizou o depósito do valores discutidos em juízo em razão da liminar em 09/12/1988. Malgrado, não trouxe aos autos a comprovação das guias de depósito judicial para atestar o depósito integral.

Verifica-se que a recorrente não aduz provas relativas à materialidade do que afirma. Enfim, não foram acostadas aos autos prova documental que dá suporte ao seu pleito.

No que tange à prova, é de se observar o esclarecimento de Paulo Celso B. Bonilha (Da Prova no Processo Administrativo Tributário, 2ª Edição, Dialética, São Paulo, 1997):

“Embora de maior amplitude, o poder de prova das autoridades administrativas deve ser, por uma questão de princípio, distinto do direito de prova a ser exercido pela Fazenda na relação processual. Essa conclusão elementar decorre da própria estrutura da relação

processual administrativa, visto que ela pressupõe modos de atuação distintos da Administração: não se confundem as atribuições de defesa da pretensão fiscal e a de julgamento, por isso mesmo desempenhadas por órgãos autônomos.

Essas premissas, a nosso ver, justificam as seguintes assertivas: o poder instrutório das autoridades de julgamento (aqui englobamos a de preparo) deve se nortear pelo esclarecimento dos pontos controvertidos, mas sua atuação não pode implicar invasão dos campos de exercício de prova do contribuinte ou da Fazenda. Em outras palavras, o caráter oficial da atuação dessas autoridades e o equilíbrio e imparcialidade com que devem exercer suas atribuições, inclusive a probatória, não lhes permite substituir as partes ou suprir a prova que lhes incumbe carrear para o processo." (Grifou-se)

Conclui-se, pois, que cabe ao recorrente trazer aos autos todos os dados que entende comprovadores dos fatos que alega e que entende como suficientes para reformar o lançamento. De forma contrária, o mesmo alega, mas não prova, daí a manutenção da multa de ofício, nos termos do art. 44, inc I da Lei de nº 9.430/96.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso voluntário; prejudicados os demais argumentos.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator