



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

Processo nº 10930.003769/2003-93
Recurso nº 238.417 Voluntário
Acórdão nº **3402-00.684 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de julho de 2010
Matéria COFINS - FALTA DE RECOLHIMENTO - COMPENSAÇÃO INDEVIDA
Recorrente NISHI ELETRO MECÂNICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

COFINS – 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 Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos e Nayra Bastos Manatta que negavam provimento ao recurso. A Conselheira Sílvia de Brito Oliveira apresentará declaração de voto.


Nayra Bastos Manatta - Presidenta


Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça – Relator

EDITADO EM 17/08/2010

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.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 88/94) contra o v. Acórdão DRJ/CTA nº 06-11.907 de 23/08/06 constante de fls. 55/62, intimado em 09/11/06 (fls. 87) e exarado pela da 3ª Turma da DRJ de Curitiba – PR que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedente em parte (apenas para excluir a multa de ofício) o lançamento original de COFINS no valor total de R\$ 34.619,08 (COFINS R\$ 13.367,32; Multa de Ofício R\$ 10.025,49; e Juros de Mora R\$ 11.226,27), consubstanciado no **Auto de Infração Eletrônico nº 0001100** (fls. 39/43) notificado por via postal em 01/07/03 (fls. 38), acusa a ora Recorrente de **“falta de recolhimento ou pagamento do principal, declaração inexata, conforme Anexo III”** no período de 10/11/98 a 08/01/99 (fls. 42), que teria sido apurada em **“Auditoria Interna na(s) DCTF discriminada(s) no quadro 3 (três), conforme IN-SRF nº 045 e 077/98”** onde **“foi(ram) constatada(s) irregularidade(s) no(s) crédito(s) vinculado(s) informado(s) na(s) DCTF, conforme indicada(s) no Demonstrativo de Créditos Vinculados não Confirmadas (Anexo I), e/ou no “Relatório de Auditoria Interna de Pagamentos Informados na(s) DCTF” (Anexos Ia ou Ib), e/ou “Demonstrativo de Pagamentos Efetuados Após o Vencimento” (Anexos IIa ou IIb), e/ou no “Demonstrativo do Crédito Tributário a Pagar” (Anexo III) e/ou no “Demonstrativo de Multa e/ou Juros a Pagar - Não Pagos ou Pagos a Menor” (Anexo IV)”**. Em razão desses fatos a d. Fiscalização considerou infringidos os dispositivos capitulados e devida a multa de ofício de 75%, com fundamento no art. 160 da CTN, art. 1º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e art. 44, I e § 1º, I, da Lei nº 9.430/96, além dos acréscimos legais, **art. 161, § 1º do CTN, art. 43 § único e art. 61 § 3º da Lei nº 9.430/96 (JUROS DE MORA)**.

Por sua vez a r. decisão de fls. 55/62 da 3ª Turma da DRJ de Curitiba – PR, houve por bem “julgar procedente em parte (apenas para excluir a multa de ofício) o lançamento original de COFINS, aos seguintes fundamentos:

“5. A contribuinte pretende seja cancelado o presente lançamento, sob o argumento de que os débitos em litígio foram objeto de compensação amparada pelo Processo Judicial nº 1997.34.00032713-7, no qual, inclusive, foi deferida a antecipação de tutela para impedir que a União lhe impusesse sanções no curso daquele processo.

6. Inicialmente, observa-se que a contribuinte informou de maneira incorreta o número do processo judicial na DCTF auditada, já que não foram informados os quatro primeiros números que indicam o ano de propositura da ação judicial, razão pela qual Foi apontada no auto de infração (fl. 11) a ocorrência “Proc jud não comprovad”.

7. No que diz respeito ao processo judicial em questão, tem-se que trata de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, objetivando o reconhecimento do direito de ressarcimento dos pagamentos relativos aos aumentos de alíquotas da contribuição para o FINSOCIAL, efetuados com base nas Leis nº 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, já declarados inconstitucionais pela Suprema Corte no RE nº 150.764-1, bem como o direito à compensação do total do indébito com parcelas vincendas de PIS, COFINS e CSLL (fls. 24/33). Em 07/01/1998, foi deferida a tutela ora pleiteada, determinando à União que, até decisão final, se abstivesse de inscrever as autoras na Dívida Ativa e no

de

CADIN, fornecendo-lhes a Certidão Negativa de Débito (fls. 35/36). Em 30/08/1999, foi proferida a sentença de 1ª instância que julgou o pedido procedente (fl. 47). Em 03/03/2000, foram acolhidos em parte os embargos de declaração (fl. 47). Em 07/02/2002, os autos foram remetidos ao Tribunal Regional da 1ª Região para apreciação do recurso de ofício (fl. 46), que ainda encontra-se pendente de julgamento (fls. 53/54).

8. De plano, cabe dizer que a interposição de ação judicial, seja qual for a modalidade, ainda que preencha as condições do artigo 151 do CTN para suspender a exigibilidade do crédito, não tem o condão de impedir o fisco de efetuar o lançamento de ofício, uma vez que essa atividade é vinculada e obrigatória, inclusive sob pena de responsabilidade funcional, tal COMO disposto no artigo 142, parágrafo único, do CTN, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, qual seja, no caso em tela, a falta de recolhimento de contribuição.

9. Observa-se, ainda, pelo que foi exposto, que a tutela antecipada foi deferida no sentido de assegurar a compensação pretendida e impedir a cobrança dos correspondentes créditos tributários enquanto persistir a discussão judicial indicada, portanto, dever-se-á considerar procedente o lançamento, devendo-se, no entanto, determinar a suspensão de sua exigibilidade, posto que a tutela antecipada foi confirmada pela sentença de primeira instância que julgou procedente o pedido, e, ainda, levando-se em conta que os embargos de declaração acolhidos têm apenas a finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições, ou seja, não têm caráter substitutivo ou modificador da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório.

10. Quanto à pretensa compensação, é imprescindível observar, relativamente a tal instituto, a existência da liquidez e certeza dos créditos objeto de compensação. Logo, se o direito creditório depender de reconhecimento por parte da autoridade tributária ou de decisão judicial, a compensação somente pode ser efetivada após esse reconhecimento.

11. Nesse sentido, oportuno trazer à colação o entendimento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que por meio do Parecer PGFN/CRJN nº 683/93, publicado no DOU de 29/07/93, assim se pronunciou no item 34:

"Para ter direito à compensação, não entanto, não basta o sujeito passivo da relação jurídico fiscal entender que pagou ou recolheu o tributo ou contribuição federal indevidamente ou a mais que o devido, necessitando que o seu respectivo crédito tenha sido reconhecido pela Administração Fazendária ou por decisão judicial com trânsito em julgado; tendo em vista que o art. 170 do CIN exige, para que seja possível a compensação, que o crédito do sujeito passivo contra o Fisco seja líquido e certo." (Grifo)



12 Assim, a constituição do crédito tributário deve ser mantida, para que se possa assegurar o direito da Fazenda Nacional, caso a decisão judicial definitiva não seja favorável à contribuinte ou o direito creditório seja insuficiente para quitar todos os débitos compensados.

13. Em suma, tem-se que a compensação visada pela contribuinte, de supostos créditos de FINSOCIAL com a COFINS devida, somente poderá ser confirmada ou não, em decorrência do pronunciamento judicial, após o trânsito em julgado. Enquanto não cumprido esse requisito, inexistirá, quanto à solicitação de reconhecimento de extinção do crédito por compensação, direito a ser reconhecido.

14. Observe-se, por oportuno, que a adequação do crédito objeto do lançamento às circunstâncias materiais advindas do processo judicial deverá ser implementada pela repartição encarregada da cobrança do crédito, nada influenciando no presente julgamento, que se refere à regularidade do auto de infração e se reporta ao momento de sua lavratura, como instrumento de formalização do crédito.

15. No tocante à multa de ofício, interessa que, já tendo sido definida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário então discutido, deve-se aplicar o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 27 de agosto de 2001, que, ao tratar do lançamento de crédito fiscal destinado a prevenir a decadência, vedou a aplicação da multa de ofício nos casos em que a exigibilidade do crédito estivesse suspensa na forma dos incisos IV (Medida liminar em mandado de segurança) e V (concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial) do art. 151 do CTN.

16. Registre-se, todavia, que, na forma da legislação em vigor, os juros de mora são devidos inclusive na eventualidade de a respectiva cobrança encontrar-se suspensa – e também durante esse período – por decisão administrativa ou judicial (art. 5º do Decreto-lei nº 1.736, de 30 de dezembro de 1979).

17. Assim, em atenção à legislação citada na descrição dos fatos de fl. 10, devem ser mantidos os valores exigidos a título de juros de mora.

18. Isso posto, voto por considerar procedente em parte o presente lançamento, para cancelar o crédito tributário relativo à multa de ofício de 75% no valor de R\$ 10.025,49, bem como manter o crédito tributário de R\$ 13.367,32 de COFINS, além dos encargos legais correspondentes.



Nas razões de recurso (fls. 88/94) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância que a manteve tendo em vista: a) a nulidade do Auto de Infração e da r. decisão recorrida; b) a legitimidade da compensação mediante créditos em DCTF, face à legalidade dos critérios utilizados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece provimento.

De fato, tratando-se de compensações efetuadas em DCTF no período de **período de 10/11/98 a 08/01/99 (fls. 42)**, 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. STJ 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 À VIGÊNCIA DA LC 104/2001. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. COMPENSAÇÃO SOMENTE APÓS O TRÂNSITO 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 104/2001, 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 DJU de 02/10/06, p. 228)

Da mesma forma, a **pretendida aplicação retroativa das restrições legais somente instituídas posteriormente** (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**, por violação ao **"princípio da irretroatividade da lei tributária"** e ao disposto nos arts. 103, 105, 140 e 144 do CTN.

Isto posto, voto no sentido de **DAR INTEGRAL PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário reformando a r. decisão recorrida, no mérito cancelar as exigências as exigências fiscais remanescentes, face a inaplicabilidade da restrição prevista no art. 170-A do CTN, conforme proclamado na Jurisprudência citada .

É o meu voto.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Declaração de Voto

Por discordar dos fundamentos do voto do Ilustre Conselheiro relator, cumpre-me, aqui, expor as razões pelas quais voto pelo provimento do recurso voluntário em exame.

Inicialmente, esclareço que, a meu ver, a vedação da compensação com créditos oriundos de decisão judicial não transitada em julgado constitui apenas explicitação da certeza e liquidez, já previstas no art. 170 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), de que devem gozar os créditos do sujeito passivo para serem compensados com seus débitos.

Assim, o art. 170-A do CTN, introduzido pela Lei complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, destina-se ao Poder Judiciário, com vista, precipuamente, a que, nas compensações autorizadas na via judicial, o Juiz formule sua decisão com observância da liquidez e da certeza que deve possuir o crédito e, no caso de crédito postulado na via judicial, a certeza do crédito só se perfaz com o trânsito em julgado da decisão judicial.

Com esses esclarecimentos iniciais, registro que o meu voto pelo provimento do recurso fundamenta-se no fato de tratar-se de débito confessado em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e, sobre essa matéria, reproduzo a seguir trecho de voto por mim já proferido neste colegiado.

(...)

A exigência tributária em questão trata de débitos confessados em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e, sendo assim, não se pode olvidar que a DCTF constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para exigência do crédito tributário nela confessado, nos estritos termos do art. 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984, ficando afastada a possibilidade de lançamento de ofício, com imposição punitiva, de aplicação obrigatória, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Assim, na hipótese em exame, deve ser observado o disposto no dispositivo do Decreto-lei supracitado, cujo teor transcreve-se:

Art. 5º O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

§ 2º Não pago no prazo estabelecido pela legislação o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de vinte por cento e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em dívida ativa, para efeito de cobrança executiva,



observado o disposto no § 2º do artigo 7º do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

(...)

Observe-se, pois, que a disposição legal supratranscrita comanda a imediata inscrição em dívida ativa do débito confessado, com os encargos decorrentes da mora, inclusive a multa, mas não a multa de 75% do valor do débito, que, na hipótese de lançamento de ofício, deve ser imposta.

A constituição, em auto de infração, de crédito tributário confessado em DCTF costuma ser defendida com o art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), que imporia a inafastabilidade do lançamento, em face da vinculação legal ali insculpida. Contudo, entendendo que essa disposição legal não pode servir para exigir o crédito tributário em duplicidade e, por isso, tendo sido o débito confessado, em conformidade com o Decreto-lei nº 2.124, de 1984, não mais que se falar em lançamento de ofício da parte do crédito tributário confessada, mormente em face das reiteradas instruções da Administração Tributária sobre o caráter de confissão de dívida das DCTF, com informação de que o não-pagamento dos tributos no prazo determinado em lei implicaria a comunicação do débito à Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) para inscrição em Dívida Ativa da União.

Portanto, a menos que se declare a inconstitucionalidade do art. 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 2.124, de 1984, o que não cabe aos órgãos julgadores administrativos, suas disposições constituem óbice ao lançamento de ofício de crédito tributário espontaneamente confessado pelo sujeito passivo, visto que não é razoável admitir que a Fazenda Nacional constitua outro título executivo da mesma dívida tributária já confessada em instrumento hábil e suficiente para sua cobrança.

Por oportuno, transcreve-se trecho da ementa do Acórdão nº 202-1313, deste Segundo Conselho de Contribuintes, proferido na sessão de 20 de fevereiro de 2002, da Relatora Ana Neyle Olímpio Holanda:

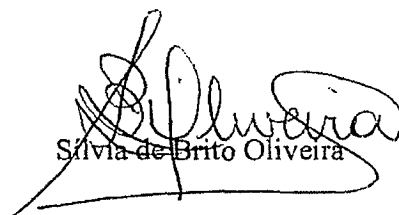
COFINS - NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO EM DCTF PARA ILIDIR O LANÇAMENTO DE OFÍCIO - A situação que desobriga o sujeito passivo da multa de ofício refere-se a valores que, embora não pagos, foram declarados em DCTF, que são confissões expressas de dívida, e o meio hábil para ilidir a necessidade do lançamento de ofício, no caso de tributos lançados por homologação.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECLARADO EM DCTF - A operacionalização da cobrança dos valores da COFINS declarados e não pagos prescinde de lançamento de ofício, sendo a sua declaração em DCTF bastante para a inscrição em Dívida Ativa da União.

Em suma, o crédito tributário em questão, se não extinto por uma das formas previstas no art. 156 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), é passível de cobrança por meio da DCTF em que ele foi confessado



São essas as razões pelas quais voto pelo provimento do recurso voluntário.



Sílvia de Brito Oliveira