

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

Processo nº 11075.001790/2003-44
Recurso nº 328.323 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.393 – 1ª Turma Especial
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria PIS
Recorrente SOCIEDADE SAOBORJENSE DE CARROS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep.

AUTO DE INFRACAO ELETRONICO - FUNDAMENTO DA AUTUAÇÃO ALTERADO - IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO LANCAMENTO

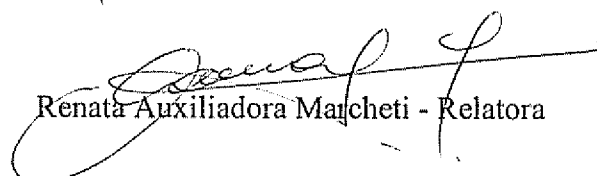
O fundamento do lançamento não pode ser alterado no decorrer do processo sob pena de nulidade do feito. Sendo o fundamento inicial derrubado pela defesa, deve o AI ser cancelado e não alterado o fundamento para manutenção da exação.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.


Magda Cotta Cardozo - Presidente


Renata Auxiliadora Marchetti - Relatora

EDITADO EM: 28/07/2010

Participaram do presente julgamento os conselheiros Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Arno Jerke Júnior, Renata Auxiliadora Marchetti, Paulo Sérgio Celani (suplente) e Maria Adelaide Carreiro Gonçalves de Aquino(suplente).

Relatório

Por bem lançado adoto o relatório de fls 92 e seguintes.

Em 16/06/2003 foi lavrado o Auto de Infração de fls 01/02, com os anexos de fls. 03/08, formalizando a exigência de recolhimento do PIS, no valor de R\$ 3.023,00, acrescido de multa de ofício de 75% (passível de redução) e de juros de mora.

O lançamento é resultado de Auditoria Interna nas DCTFs do primeiro, terceiro e quarto trimestres de 1998 (fatos geradores entre 31/01/1998 e 31/12/1998), que detectou a não existência de processo judicial para a contribuinte.

A ciência do auto de infração deu-se em 07/07/2003 – cópia de AR à fl. 09

Em 29/07/2003 a contribuinte, através de procurador, apresentou a impugnação de fls. 12/40, onde argumenta que:

DOS FATOS

- o lançamento ex officio foi procedido em razão de revisão das informações prestadas em DCTFs referentes ao primeiro, terceiro e quarto trimestres de 1998 –, onde se pretende exigir o pagamento do PIS relativamente a períodos de apuração ocorridos entre janeiro a março e julho a dezembro de 1998, com os consectários legais, sob o fundamento de falta ou insuficiência de recolhimento;*
- a autoridade autuante pauta o seu procedimento ao argumento de falta de recolhimento do PIS, em razão da empresa ter efetuado a compensação de crédito que entende inexistentes, alegando, ainda, no campo ocorrência, que a compensação fora efetivada com base em processo judicial de outro CNPJ, o que gerou o suposto débito ora exigido;*
- a autuação está por merecer o cancelamento, uma vez que a empresa promoveu, correta e legalmente, a compensação do tributo ora exigido com aquele indevidamente recolhido nos moldes dos Decretos-lei n°s 2.445 e 2.449, de 1988, declarados inconstitucionais pelo STF;*
- constata-se, também, que o problema gira em torno da interpretação a ser dada ao art. 6º, parágrafo único, da LC nº 07, de 1970, sendo que o Fisco embasa o seu entendimento no fato de que o referido dispositivo legal trata de prazo de recolhimento, entendendo a empresa de que tal disposição regula a base de cálculo do PIS, determinando seja considerado o faturamento do sexto mês anterior, sem a incidência de correção monetária;*

- o propósito fiscal é unicamente o de tentar impedir o aproveitamento dos créditos, através de uma interpretação totalmente equivocada da legislação do PIS, fato que deve ser devidamente afastado.

PRELIMINARMENTE

- os atos dos agentes fiscais são plenamente vinculados à lei, uma vez que o art. 3º do CTN assim determina, sendo essa vinculação corolário do princípio da legalidade a que a Administração está adstrita. Aponta doutrina acerca do princípio da legalidade,
- a atuação da Fiscalização deu-se à revelia da legislação pertinente, pelo que merece ser anulada a atuação;
- a própria União Federal determina o cancelamento dos créditos tributários cobrados acima do que estabelecem as LCs nºs 07, de 1970, e 17, de 1973. Refere acerca da Medida Provisória nº 1.110, de 1995, que teve ampliada as suas disposições por meio do art. 17 da MP nº 1.175, de 1995, que reproduz Fala, também, da IN SRF nº 31, de 1997, e do art. 18, inc. VIII, da Lei nº 10.522, de 2002;
- conclui não restar dúvida que o auto de infração é totalmente nulo, eis que pretende exigir valores a título de PIS objetos de compensação, cuja origem dos créditos reporta-se ao período de vigência dos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, de 1988, os quais foram julgados inconstitucionais.

DO DIREITO

DA NULIDADE FORMAL DO AUTO DE INFRAÇÃO

- a autuação está motivada em suposta incorreção na informação do processo judicial com base no qual efetivada a declaração de compensação. Tal incorreção decorreria do fato de ter sido indicado Processo Judicial de outro CNPJ;
- como bem se observa da cópia da petição inicial, a indigitada ação judicial, além de versar sobre a matéria em debate, qual seja a possibilidade de compensação de créditos de PIS, traz consignado o mesmo número de CNPJ informado no Auto de Infração, o que demonstra o total descabimento da presente exigência, já que o motivo que ensejou a autuação não corresponde a verdade. Aponta lição doutrinária;
- em vista da equivocada motivação do ato administrativo, impõe-se a decretação da nulidade do auto de infração ora atacado.

DA DECADÊNCIA

- mostra-se improcedente a exigência tributária referente ao período janeiro a março de 1998 (1º trimestre), posto que se

operou a decadência do direito de constituição do crédito tributário por parte da autoridade fiscal,

- *é inegável que o Fisco tem o direito de verificar a regularidade do recolhimento da contribuição no período de 5 (cinco) anos, a partir da ocorrência do fato gerador, estando ele, por outro lado, impedido de lançar qualquer valor após os cinco anos da ocorrência do fato gerador;*

- *considerando que a lavratura do auto de infração deu-se na data de 16/06/2003, o Fisco só poderia lançar ou constituir possíveis valores a partir do mês de junho de 1998. Como consequência disso, os valores lançados que correspondem ao período compreendido entre janeiro e maio de 1998, estão tolhidos pela decadência,*

- *refere ao art. 142 do CTN, apontando que no caso do PIS, por se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação, tem-se por aplicável a regra estabelecida no § 4º do art. 150 daquele diploma legal, que dispõe ser o prazo para a homologação de cinco (5) anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Não havendo pronunciamento do Fisco nesse interregno, considera-se homologado tacitamente o lançamento,*

- *ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, o Fisco tem o prazo de cinco (5) anos para constituir o crédito tributário através da atividade vinculada do lançamento, cujo último passo é a notificação do contribuinte. Registra jurisprudência administrativa e de tribunais,*

- *conclui ter restado plenamente demonstrado que as parcelas referentes aos fatos geradores ocorridos no interregno de janeiro a março de 1988, correspondentes ao primeiro trimestre daquele exercício, não poderão ser exigidas em face da ocorrência de decadência do direito de constituição do crédito tributário por parte do Fisco, requerendo, desde já, a exclusão dos valores relativos àquele período inseridos no auto de infração ora atacado*

DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO EMANADO DA APLICAÇÃO CONJUGADA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 66 DA LEI 8.838/91 À ESPÉCIE. INEXIGIBILIDADE DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO OBJETO DE COMPENSAÇÃO

- *discorre acerca dos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, de 1988, e sua inconstitucionalidade formal, referindo ao efeito erga omnes provocado pela Resolução nº 49, de 1995, do Senado Federal, entendendo que, a partir daí, restou garantido aos contribuintes que procederam ao indevido recolhimento do PIS nos moldes daqueles normativos declarados inconstitucionais, o direito subjetivo constitucional de reaver os valores recolhidos indevidamente aos cofres públicos,*

- *assim, a ordem jurídica deveria ser restaurada através da restituição célere ao contribuinte lesado do tributo que lhe foi inconstitucionalmente exigido, o que poderá se dar mediante a compensação dos valores indevidamente recolhidos com os*

débitos existentes junto ao Fisco. Para tanto, não carece seja concedida qualquer autorização judicial ou administrativa, eis que se trata de direito subjetivo abstraído do Princípio da Supremacia da Constituição Federal de 1988, ou seja, direito anterior a qualquer dispositivo legal condicionante;

- *o caput do art. 37 da Constituição Federal, ao consagrar o Princípio da Moralidade Administrativa, prima também pelo direito do contribuinte de valer-se da compensação para restituir seu patrimônio indevidamente alocado ao Fisco pela cobrança de tributo inconstitucional. Aponta entendimento doutrinário;*

- *conclui que o procedimento que adotou resta pautado no seu direito subjetivo constitucional de ter garantida a observância das disposições constitucionais quanto à instituição dos tributos, bem como sua respectiva restituição, na hipótese de serem editadas normas jurídicas em descompasso com o ordenamento jurídico pátrio;*

- *registra o art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, referindo que aquele artigo não exige prévia liquidez e certeza dos créditos passíveis de compensação. Refere à jurisprudência;*

- *de acordo com a jurisprudência do STJ e em perfeito compasso com nosso ordenamento jurídico, a compensação de tributos sujeitos ao lançamento por homologação não necessita de prévia manifestação da autoridade fazendária e tampouco de decisão judicial transitada em julgado, porquanto inexigível a configuração da certeza e liquidez dos créditos;*

- *não se argumente que os atributos da liquidez e certeza do crédito só se implementam com o trânsito em julgado da decisão judicial que a autorize, a teor do art. 170 do CTN, reafirmado pelo LC nº 104, de 2001, que acrescentou ao indigitado diploma legal o art. 170-A, eis que o STJ já externou o seu entendimento de que a norma inserta no art. 170 do CTN é dirigida exclusivamente à autoridade fiscal, podendo o contribuinte compensar-se no âmbito do lançamento por homologação amparado no art. 66 da Lei nº 8.383 de 1991. Registra julgado;*

- *ainda que se entendesse que a LC nº 104, de 2001, ao inserir o art. 170-A, veio efetivamente a exigir do contribuinte o trânsito em julgado de ação judicial, de forma a possibilitar a compensação, tal regra não poderia ser aplicada. Aponta as razões de tal afirmativa;*

- *conclui ter por indevido o auto de infração lavrado, tendo em vista que ele viola expressamente direito subjetivo – direito de compensação – garantido constitucionalmente pelo Estado Democrático de Direito.*

DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO DA IMPUGNANTE MEDIANTE A UTILIZAÇÃO CORRETA DA BASE DE

CÁLCULO DO PIS (PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º DA LC Nº 7/70)

- a autuação decorre também da não admissão, por parte do Fisco, da semestralidade da base de cálculo do PIS, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 6º da LC nº 07, de 1970, buscando o Fisco, ainda, inviabilizar ou minimizar a devolução do que foi recolhido indevidamente em virtude da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, de 1988;
- traça uma análise do art. 6º da LC nº 07, de 1970, com seu parágrafo único, procurando esclarecer o equívoco de interpretação produzido pelo Fisco, referindo, também, aos artigos 1º e 3º daquela legislação;
- não há que se falar em prazo de pagamento, como quer fazer crer o Fisco, uma vez que o art. 11 da LC claramente delega à CEF a incumbência de fixar as normas para o recolhimento e a distribuição dos depósitos. Refere à Resolução BACEN nº 174, de 1971, e à normas de serviço da CEF;
- pela dicção do parágrafo único do art. 6º da norma complementar, vislumbra-se comendo diametralmente oposto ao adotado pelo Fisco para embasar a presente autuação, notadamente quando finaliza o Relatório de Atividade Fiscal dizendo que a base de cálculo do PIS é o faturamento do próprio mês e não o faturamento do sexto mês anterior. Ora, como não concluir que o faturamento do 6º mês anterior é base imponível e não fato gerador se a lei é de limpidez meridiana, in claris cessat interpretatio;
- traça arrazoado acerca de Hipótese de incidência e seu aspecto temporal, bem como da Base imponível (conceito legal próprio), apontando elementos doutrinários;
- a LC nº 07, de 1970, não definiu o prazo para recolhimento, eis que delegou à norma regulamentar tal incumbência, tendo surgido, posteriormente, novas normas que modificaram o prazo de recolhimento, mas que em momento algum alteraram o critério de apuração da base de cálculo formulada inicialmente. Refere à legislação, entendendo que toda a legislação ulterior ou modificou o prazo de recolhimento ou a forma de indexação da contribuição para o PIS, sem alterar o critério de apuração da base de cálculo, que continuou sendo definido pela legislação precedente;
- vislumbrando-se a impossibilidade de manutenção da apuração da base de cálculo do PIS de acordo com o faturamento do sexto mês anterior, a União tentou, por meios transversos, modificá-la, e agora tenta, por meio de interpretação infundada, inibir a restituição dos valores recolhidos indevidamente;
- colaciona decisões administrativas e do STJ, com as quais pretende fundamentar suas alegações, concluindo que, uma vez demonstrado que, diante dos termos do parágrafo único do art. 6º da LC nº 07, de 1970, a base de cálculo do PIS corresponde

ao faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, sem a incidência de correção monetária, é de se desconstituir o auto de infração, vez que corretas as compensações a que procedeu, levando em consideração o faturamento do sexto mês anterior para a apuração da base de cálculo do tributo;

• refere, ainda, que a interpretação do Fisco, indubitavelmente, implica em ilegal e ilegítima redução dos créditos passíveis de compensação no presente caso.

DO DESCABIMENTO DA MULTA APLICADA

• caso não seja decretada a nulidade do auto de infração, o valor pretendido não poderia se circunscrever aos limites propostos, por ser inadmissível a exigência da multa correspondente a 75% do valor do suposto débito;

• os valores do tributo, acaso entendidos como devidos, estariam integralmente abrangidos pelo montante do indébito passível de compensação, havendo, então, hipótese inconteste de atipicidade infracional, pois se há crédito compensável, direito esse reconhecido judicialmente, não se pode afirmar que a empresa tenha praticado qualquer infração à legislação tributária;

• não se pode admitir que a aplicação da penalidade administrativa possa ficar jungida a critérios informados por circunstâncias meramente objetivas, desprovidas de qualquer correlação lógica com o suposto dano causado ao erário público, circunstância essa que vem mesmo a macular o princípio informador da tipicidade cerrada, a par de representar infringência ao Postulado Constitucional da Proporcionalidade das Penas;

• a aplicabilidade da pena administrativa deve ser orientada pelos mesmos princípios que regem a aplicabilidade da lei penal, tendo o Constituinte vedado expressamente a aplicabilidade de penas cruéis, desnecessárias ou em desconformidade com o ilícito praticado, estabelecendo o Princípio da Dosimetria das Penas, através do qual determinou devesse a pena ser proporcional ao afetamento do bem jurídico atingido ou violado;

• as expressões utilizadas na autuação – enquadramento – não condizem com a realidade dos fatos, eis que não se está a cuidar de hipótese de descumprimento da obrigação principal, mas sim, de lançamento relativo a tributo passível de compensação, havendo latente desigualdade e manifesta desconformidade na dosimetria da pena;

• não se deve alegar que para a caracterização de infração tributária não se deva perquirir sobre a intenção do contribuinte, eis que tal fato importa em interpretação equivocada do art. 136 do CTN, que não pode ser entendido sem

conjugação sistemática com o que dispõem os incisos II e III do art. 137 do mesmo Código Registra doutrina;

- *conclui referindo que em obediência ao princípio que determina seja a norma aplicada visando seus fins sociais LICC, art 5º), de obrigatória aplicação, consoante dispõem o inciso IV, do art. 108, e o art. 112 do CTN, impõe-se seja afastada a aplicação da exorbitante penalidade correspondente a 75% do valor do tributo, mesmo porque se está diante de indelutável hipótese de atipicidade penal, ou, ao menos, limitada ao percentual estabelecido para a penalidade de natureza moratória, descrita no art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996 (20%), mais consentânea com a hipótese vertente, em atendimento ao art. 112, incisos II e IV, do CTN.*

DOS JUROS DE MORA. DA INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC

- *a evidenciar a impropriedade da utilização da taxa SELIC como índice de juros aplicável aos tributos, é importante consignar que o STJ definiu, em razão de sua natureza jurídica, pela imprestabilidade da utilização da taxa SELIC para fins tributários Aponta julgado;*

- *demonstrada à saciedade a impossibilidade de utilização da taxa SELIC como fator de juros moratórios aplicáveis aos créditos tributários, a presente razão de defesa está a merecer acolhimento, de modo a que, na hipótese de remanescer algum crédito em favor do erário, determine-se a observância da taxa máxima de 1% (um por cento) ao mês ou fração (CTN, art. 161, § 1º).*

DO PEDIDO

- *diante do que expôs, requer*

⇒ seja analisada e considerada procedente a preliminar suscitada, com a conseqüente anulação do auto de infração;

⇒ se superada aquela preliminar, seja decretada a nulidade do auto de infração em virtude da inconsistência de sua motivação, bem como em razão da decadência operada,

⇒ sejam considerados procedentes os argumentos lançados quanto ao mérito da autuação, para o fim de cancelar integralmente o suposto crédito tributário ora exigido, inclusive os encargos ali previstos, porquanto a compensação realizada no período autuado deu-se de forma absolutamente legal;

⇒ seja excluída a multa e os juros relativos à taxa SELIC, ou seja minorado o percentual da penalidade para 20%, eis que a empresa não agiu com dolo ou má-fé, bem como minorada a taxa de juros para 12% ao ano

- *pede deferimento.*

Após a impugnação está anexado documento de procuração (fl. 41) e cópia de Alteração de Contrato – fls. 42/43

A repartição de origem anexou documentos relativos à Ação Ordinária nº 96.1301374-1 – fls. 44/88, tendo despachado à fl. 89.

Julgada improcedente a impugnação, apresentou recurso.

Em seu recurso, o recorrente repisa todos os argumentos aduzidos anteriormente, dando ênfase à questão da decadência e à comprovação do processo judicial.

Passo ao voto.

Voto

Conselheira Renata Auxiliadora Marchetti, Relatora

Além de a Autuação ter sido procedida somente em 16/06/2003, o que por si só já macularia o procedimento por abarcar período decaído, teve tal lançamento o fundamento de que o processo judicial informado pelo contribuinte nos seus documentos fiscais não era comprovadamente dele, tendo um CNPJ diferente.

Após a defesa e com a efetiva comprovação da ação judicial (fls. 44 e seguintes), e tendo ficado comprovado que o Processo Judicial em questão realmente refer-se ao mesmo contribuinte autuado, tomou conhecimento das decisões daquele feito e devia ter sido encerrada aí a pendenga.

Ocorre que o Fisco, então, passou a fazer considerações, no âmbito do processo, e manteve o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram aventados no AI eletrônico.

Isso configura verdadeira inovação no que diz respeito ao lançamento, onde a Autoridade Fiscal valora fatos outros que não aqueles inicialmente fundamentos do Auto de Infração.

Não pode a autoridade julgadora proceder ao agravamento da exigência, por força do que determina o par. 3º, do art. 18 do Decreto 70.235 de 71, com redação dada pelo art. 1º da Lei n. 8.748/93.

Deveria ter sido lavrado, se fosse o caso, um auto de infração complementar, descrevendo os motivos que fundamentam a alteração do lançamento original, indicando o fato ou circunstância que pretende retificar, demonstrando o crédito tributário unificado e dando ao contribuinte o pleno conhecimento da alteração.

A descrição do fato é requisito de validade do auto de infração e elemento essencial do exercício do direito de ampla defesa do contribuinte. Se o auto inicial foi lavrado com base em um fundamento – não comprovação de processo judicial – e se esse fundamento foi ultrapassado não pode a autoridade julgadora simplesmente alterar a fundamentação do auto

e mantê-lo incólume, subtraindo ao contribuinte o direito de se defender desses novos argumentos.

Isto posto, ante à insubsistência do fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração, já que foi comprovada a existência do processo judicial em tela, impõe-se o cancelamento do lançamento, cabendo ao Fisco, se entender devido, efetuar novo lançamento, sob os novos pressupostos desde que respeitado o prazo decadencial.

É como voto.


Renata Auxiliadora Marchetti