



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

Processo n° 13819.001860/2003-49
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3402-002.905 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria PIS
Embargante ELEVADORES OTIS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Comprovado lapso manifesto na determinação do "dies a quo" do trintídio legal para interposição do recurso voluntário, acolhem-se os embargos de declaração para sanear o vício, reconhecendo-se a tempestividade do recurso voluntário.

NULIDADE. PERDA DE OBJETO.

A lançamento tributário efetuado na pendência de processo judicial pendente de decisão de Recurso Especial não acarreta a nulidade e nem a perda de objeto do auto de infração.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO.

Inexistindo o pagamento antecipado a que alude o art. 150, § 1º do CTN, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Precedente do STJ RESP 973.733.

FALTA DE RECOLHIMENTO. GLOSA DE COMPENSAÇÃO.

Apurado em processo de compensação que os créditos decorrentes da liquidação de decisão judicial eram insuficientes para a liquidação dos débitos compensados, é cabível o lançamento de ofício das diferenças não compensadas.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA DOS DÉBITOS.

A declaração de compensação extingue os débitos compensados sob condição resolutiva de ulterior homologação. Descabe o lançamento de ofício para a

exigência dos débitos compensados, antes da análise do direito de crédito e da superveniência do despacho de não homologação da compensação.

MULTAS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DCTF "ZERADAS".

Incide a multa de ofício sobre débitos apurados em relação a períodos de apuração em que as DCTF informaram saldo zero a pagar.

TAXA SELIC. SÚMULA CARF nº 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Embargos acolhidos para sanar o erro material na contagem do prazo para recurso voluntário.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e em acolher os embargos de declaração com efeito modificativo para conhecer e dar provimento parcial ao recurso voluntário a fim de excluir o crédito tributário relativo aos períodos de apuração compreendidos entre outubro e dezembro de 1997, em razão da decadência. Ausente a Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro. Esteve presente ao julgamento a Dr. Amanda Rodrigues Guedes, OAB/SP 282.769.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Olmiro Lock Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Thais De Laurentiis Galkowicz, Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Este processo versa sobre auto de infração de PIS, com ciência pessoal do contribuinte em **27/06/2003** (fl. 130), lavrado para exigir o crédito tributário devido em razão da falta de recolhimento da contribuição nos períodos de apuração compreendidos entre **janeiro de 1997 e julho de 2001**.

Segundo o termo de verificação fiscal (fls. 128/129), o contribuinte ajuizou ação ordinária e medida cautelar objetivando a compensação de valores recolhidos a maior a título de PIS, no período compreendido entre julho de 1988 e novembro de 1995, em razão da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

Com base nessas medidas judiciais, o contribuinte deixou de efetuar recolhimentos a partir do período de apuração de julho/1996, tendo formalizado pedido de compensação em relação aos débitos dos períodos de apuração compreendidos entre entre

julho de 1996 e setembro de 1997, originando o processo nº 13819.002217/97-23 (fls. 271/272 do PDF).

Narra a fiscalização que a sentença teria transitado em julgado no Tribunal Regional Federal da 3º Região, o qual, por unanimidade, deu provimento parcial, considerando o recolhimento do PIS conforme a sistemática da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e o direito de compensação dos créditos.

Entretanto, o TRF considerou prescritos os pagamentos efetuados há mais de cinco anos anteriores à data da propositura da ação cautelar, bem como determinou a aplicação da atualização monetária nos mesmos índices utilizados pelo Fisco e a exclusão dos juros moratórios nos períodos anteriores a 01/01/1996.

Além disso, a sentença não contemplou a semestralidade da base de cálculo, ou seja, a incidência da contribuição sobre o faturamento do sexto mês anterior ao de competência. O auditor fiscal analisou a compensação efetuada pela contribuinte em contraposição à sentença proferida, concluindo que os créditos seriam suficientes apenas para liquidar a contribuição devida no período de apuração de julho/1996 e parcialmente no de agosto/1996.

Com isso, a fiscalização determinou a continuidade da cobrança dos valores considerados confessados no período de agosto/1996 a dezembro/1996 e lavrou o auto de infração constituindo o crédito tributário relativo ao período de janeiro/1997 a julho/2001, em face da inexistência de confissão de dívida e de pagamentos (DCTF com saldo zero a pagar).

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou o seguinte:

1) decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário do período de janeiro de 1997 a maio de 1998, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN;

2) nulidade do auto de infração por ter sido lavrado antes da análise do pedido de compensação administrativa dos débitos objeto do presente processo, os quais, por força da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30 de novembro de 2002, são equiparados a declarações de compensação, cujo efeito é o de extinção do crédito tributário, sob condição resolutória da posterior homologação. Entende o contribuinte que somente após a decisão desfavorável da autoridade administrativa competente, que não homologue a compensação realizada, os débitos compensados se tornariam passíveis de exigência fiscal;

3) o auto de infração é nulo porque não analisou todos os elementos essenciais para o lançamento, no caso a verificação da situação atual do processo judicial que reconheceu o direito de compensação. Ao contrário do que afirma o fisco, ainda não transitou em julgado a parte do acórdão proferido nos autos da Remessa de Ofício nº 1999.03.99.098669-4 (Ação Declaratória nº 96.0026267-5) que declarou a prescrição quinquenal dos créditos da impugnante e que excluiu de seu cômputo os índices expurgados pela inflação, tendo sido interposto o competente Recurso Especial, já admitido pelo TRF 3º Região e que aguarda julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Ressalte-se, aliás, que a matéria objeto do recurso interposto é mansa e pacífica na jurisprudência do STJ e na do

próprio Conselho de Contribuintes;

4) o prazo de decadência para a repetição do indébito é de dez anos, contados do fato gerador ou de cinco anos, contados da data da publicação da Resolução do Senado nº 49/95;

5) tem direito aos expurgos inflacionários;

6) tem direito à semestralidade da base de cálculo;

7) os valores ora exigidos estavam declarados em DCTF e foram extintos pelos pedidos de compensação antes do lançamento de ofício. Sendo assim, deve ser aplicada a multa de mora de 20% e não a multa do lançamento de ofício;

8) contestou a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic;

A 5ª Turma da DRJ Campinas, por meio do Acórdão nº 7.149, de 11 de agosto de 2004, julgou parcialmente procedente a impugnação. Foram rejeitadas as preliminares de nulidade. Ficou decidido que o prazo de decadência do direito do fisco lançar é de dez anos. Foi cancelado o lançamento em relação aos períodos de janeiro a setembro de 1997, pois a DRJ considerou que o pedido de compensação foi convertido em declaração de compensação e o auto de infração foi lavrado antes do despacho de não homologação da compensação. Ficou decidido que a fiscalização cumpriu o que foi determinado no Acórdão do TRF da 3ª Região e que não cabe discussão administrativa em relação ao prazo de prescrição para a repetição do indébito porque essa questão foi submetida ao Poder Judiciário na ação judicial intentada pelo contribuinte. A DRJ não reconheceu o direito à semestralidade da base de cálculo. Ficou decidido que como os saldos das DCTF estavam zerados pela compensação, não houve confissão de dívida e, portanto, é cabível o lançamento com a multa de ofício. Ficou decidido que em sede de julgamento administrativo não se pode afastar a aplicação da lei em virtude de alegação de inconstitucionalidade e que existe amparo legal para a exigência de juros de mora com base na taxa Selic. Houve interposição de recurso de ofício.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância na data consignada no AR de fl. 394, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 28/10/2004 (fl. 395), alegando, em preliminar, a perda de objeto e a nulidade do auto de infração, pois o fisco não considerou as modificações introduzidas no resultado da ação judicial pelo STJ no RESP 356.779. No mérito, reprisou as alegações contidas na impugnação: decadência; semestralidade; multa de mora em lugar da multa de ofício; e ilegalidade da taxa Selic.

O processo foi baixado em diligência por três vezes.

A primeira diligência foi para o contribuinte regularizar o depósito recursal, uma vez que o TRF da 3ª Região havia suspenso os efeitos da liminar que determinou o processamento do recurso sem aquela providência e também para apresentar o conteúdo do que restou decidido no RESP 356.779 (fls. 539).

A segunda diligência (fls. 620) foi para:

1) aguardar a decisão definitiva do processo de compensação e anexar cópias das decisões, ficando sobrestada a presente exação;

2) verificar se as compensações efetuadas, nos moldes definidos pela decisão final administrativa proferida nos autos do Processo Administrativo nº 13819.002217/97-23, foram suficientes, após exclusão dos valores considerados como

DCOMP para cobrir os valores lançados no presente Auto de

Infração, excluída a multa de ofício, elaborando demonstrativo dos cálculos; e

3) elaborar planilha de cálculos e relatório conclusivo, anexando os documentos que se fizerem necessários;

E a terceira diligência (fls. 544) foi para a delegacia cumprir a segunda diligência, *in verbis*:

Esclareça-se que é relevante para a solução do litígio instaurado nestes autos que a unidade local informe:

I — o teor da decisão administrativa definitiva, nos termos do art. 42 do Decreto nº70.235, de 6 de março de 1972, proferida no supracitado processo de compensação;

II — a observância do rito processual dispensado as compensações, com informações sobre as datas da ciência das decisões e das manifestações, impugnações e recursos apresentados; e III — o total do crédito tributário, por período de apuração, que, após o trânsito em julgado do Resp 356.779, foi compensado.

Enfim, é necessário aguardar a decisão administrativa definitiva do processo de compensação para, após, a efetivação da compensação em conformidade com a sentença judicial, elaborar planilhas de cálculo e relatório conclusivo, na forma solicitada por meio da Resolução nº204-00.236.

Às fls. 701/708 e 710/714 a autoridade administrativa cumpriu a diligência, anexando as cópias das decisões proferidas no processo de compensação (13819.002217/97-23), onde se pode constatar o procedimento adotado na apuração do crédito decorrente da liquidação da ação judicial já levando em conta o que restou decidido pelo STJ no RESP 356.779.

Por meio do Acórdão 3403-003.379 a antiga Turma 3403 não tomou conhecimento do recurso voluntário por considerá-lo intempestivo.

O contribuinte, em tempo hábil, apresentou embargos de declaração alegando que o recurso voluntário era tempestivo e que houve erro material na contagem do prazo legal de trinta dias para sua interposição. O colegiado entendeu que a ciência do acórdão da DRJ teria ocorrido em 23/09/2004, mas seria impossível o contribuinte ter tomado ciência na referida data porque o documento de fls. 432 (envelope da correspondência) comprova que a postagem ocorreu no dia 25/09/2004.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

Relativamente à alegação de lapso manifesto na decisão sobre a intempestividade do recurso voluntário, verifica-se que a defesa está com toda a razão.

Realmente, é fisicamente impossível o contribuinte ter tomado ciência da decisão recorrida no dia **23/09/2004**, se a imagem do envelope que contém o carimbo de postagem revela que o objeto RZ 321492326 BR foi postado no dia **25/09/2004** na agência dos Correios em São Bernardo do Campo - SP (fl. 434 do PDF).

Por outro lado, verifica-se que o Aviso de Recebimento que consta na fl. 400 do PDF se refere ao mesmo objeto RZ 321492326 BR e que esse objeto continha a intimação nº 1044 (fls. 390 a 392 do PDF), por meio da qual o contribuinte recebeu o Acórdão da DRJ.

Assim, se a intimação foi postada nos Correios no dia 25/09/2004 (sábado), a data colocada no Aviso de Recebimento pelo funcionário da recorrente não pode mesmo ser dia 23/09. É provável que o que as minhas cansadas vistas leram com sendo um "3", efetivamente seja um "8".

Eis a imagem do Aviso de Recebimento:

DESTINATÁRIO		<input type="checkbox"/> MUDOU-SE <input type="checkbox"/> DESCONHECIDO <input type="checkbox"/> RECUSADO <input type="checkbox"/> NÃO PROCURADO <input type="checkbox"/> NÚMERO INEXISTENTE <input type="checkbox"/> END. INSUFICIENTE <input type="checkbox"/> OUTROS		CARIMBO DA UNIDADE DE DESTINO 	
INT/COB/99/1044/04 - PCOCO INTIMAÇÃO ELEVADORES OTIS LTDA ESTRADA PARTICULAR SADAE TAKAG, 1500 COOPERATIVA 09852-070 S.B.CAMPO 13819.001860/2003-49					
NOME E ASS. RECEBEDOR 		R.O. RECEBEDOR 		DATA DE RECEBIMENTO 	RUBRICA E MATRÍCULA DO EMPREGADO

Com esses fundamentos, voto no sentido de anular o Acórdão 3403-003.379, por estar calcado em fato inexistente: a intimação da decisão recorrida ocorreu no dia 28/09/2004 (presumivelmente) e não no dia 23/09/2004.

Admitindo-se que a ciência da decisão recorrida ocorreu no dia 28/09/2004, o recurso interposto em 28/10/2004 deve ser tido como tempestivo.

Considerando que o recurso voluntário preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, dele se toma conhecimento.

Relativamente ao recurso de ofício, verifica-se que a decisão recorrida exonerou crédito tributário superior ao limite de alçada, conforme demonstrado na fl. 372 do PDF. Sendo assim, este colegiado deverá reexaminar a questão do lançamento de ofício ter sido efetuado antes da superveniência do despacho de não homologação da compensação.

O objeto do recurso de ofício resume-se à exclusão do crédito tributário lançado de ofício relativo ao período compreendido entre julho de 1996 e setembro de 1997, pois esse crédito tributário foi objeto do pedido que compensação, posteriormente transformado em declaração de compensação pela legislação superveniente.

Entende a DRJ que estando o pedido de compensação pendente de apreciação na data da lavratura do auto de infração, conforme teria reconhecido o próprio autuante, incide o disposto no art. 74, § 4º da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº

10.637/2002, operando-se a transformação do pedido de compensação em declaração de compensação.

Assim sendo, na data de apresentação da declaração de compensação, o crédito tributário compensado foi extinto sob condição resolutiva de sua ulterior homologação (art. 74, § 2º da Lei nº 9.430/96), fato que veda a exigência dos débitos compensados, enquanto não sobrevier o despacho não homologatório da compensação.

Analisando-se a situação fática revelada pelos documentos anexados a este processo, verifica-se que a DRJ - Campinas agiu com o costumeiro acerto.

O auto de infração foi notificado ao contribuinte em 27/06/2003, mas, até a data da conclusão da diligência determinada pela DRJ, não havia decisão de não homologação da compensação notificada ao contribuinte, conforme informação prestada às fls. 297 do PDF:

2. Conforme cópias anexadas das principais peças do Processo nº 13819.002217/97-23 (vide fls. 262 a 273), que cuida do pedido de compensação em questão, onde os débitos a serem compensados são dos períodos de julho/1996 a setembro/1997, com créditos vinculados à Ação Cautelar nº 96.0018620-0 e Ação Declaratória nº 96.0026267-5. Verifiquei, que não consta neste processo, decisão formal sobre a homologação da compensação pleiteada.

Os documentos constantes dos autos revelam que a decisão formal de não homologação da compensação no processo 13819.002217/97-23 só foi notificada ao contribuinte em 17/12/2012 (fls. 701/709), em decorrência da diligência solicitada pelo CARF.

Portanto, não merece nenhum reparo a decisão de primeira instância, devendo ser confirmada a exclusão do crédito tributário lançado de ofício, em relação aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro e setembro de 1997, pois esses débitos eram inexigíveis, tendo em vista que estavam extintos sob condição resolutiva.

Com esses fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

Relativamente ao recurso voluntário, a controvérsia persiste em relação aos períodos de apuração compreendidos entre outubro de 1997 e julho de 2001.

Em relação a esses períodos as DCTF foram apresentadas com saldos zerados, informando a vinculação de créditos da ação judicial, não havendo notícia de pedido de compensação ou de declaração de compensação.

As alegações da defesa em sede de recurso voluntário foram as seguintes: (i) perda de objeto e nulidade do auto de infração; (ii) decadência do direito do fisco lançar; (iii) o prazo para pedir restituição é de dez anos; (iv) correção monetária do crédito pelos índices cheios; (v) direito de apurar o indébito levando em conta a semestralidade; (vi) deve incidir a multa de mora em lugar da multa de ofício; e (vii) imprestabilidade da taxa Selic para correção dos débitos exigidos.

DA PERDA DE OBJETO E DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A defesa alegou que houve nulidade e perda de objeto do auto de infração porque a fiscalização não esgotou a matéria tributável (não considerou que existia Recurso

Especial pendente de julgamento no STJ) e ignorou as compensações administrativas pendentes de análise.

Não tem razão a recorrente. Do fato de no RESP 356.779 o STJ ter ampliado o direito definido nas decisões judiciais anteriores, não decorre logicamente a conclusão de que houve perda de objeto do auto de infração, pois a adequação do lançamento ao que restou decidido em definitivo na via judicial só depende de mero cálculo aritmético, o que já foi feito em 2012 no processo de compensação nº 13819.002217/97-23, conforme se verifica nas fls. 701/708 e 710/714.

No que concerne às compensações administrativas pendentes de decisão, a DRJ - Campinas já reconheceu a nulidade do lançamento em relação os períodos compreendidos entre julho de 1996 e setembro de 1997, decisão que foi mantida por este colegiado quando do exame do recurso de ofício.

Portanto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade.

DA DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO EFETUAR O LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A recorrente alegou a decadência do direito do fisco efetuar o lançamento de ofício em relação aos fatos geradores ocorridos até 26/06/1998.

Com o advento do art. 62-A do Regimento Interno do CARF a questão da decadência do direito do fisco efetuar o lançamento dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação está pacificada. Este Colegiado deve obrigatoriamente aplicar a Súmula Vinculante nº 8 do STF e a decisão do STJ proferida no RESP nº 973.733, sob o regime do art. 543-C do CPC, que considera que o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer iniciativa do fisco, é relevante para caracterizar o lançamento por homologação. Eis a ementa do referido julgado:

“RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL.

ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg

nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

O demonstrativo de apuração que acompanha o auto de infração (fls. 135/139) revela que não houve pagamentos antecipados da contribuição, fato ratificado pelos extratos das DCTF do período nas quais os saldos estão "zerados" pelos créditos que foram vinculados pelo contribuinte.

Sendo assim, a regra de contagem de decadência aplicável ao caso concreto é a do art. 173, I, do CTN: cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Considerando que no caso concreto o lançamento foi notificado ao contribuinte em 27/06/2003, foram atingidos pela decadência os fatos geradores ocorridos até 31/12/1997.

Tendo em vista que a decisão de primeira instância já excluiu do lançamento os fatos geradores ocorridos até setembro de 1997, em razão da pendência da decisão nos

processos de compensação, resta excluir os períodos de apuração compreendidos entre **outubro e dezembro de 1997**, em razão da decadência do direito do fisco efetuar o lançamento.

DO PRAZO PARA O CONTRIBUINTE PEDIR RESTITUIÇÃO
DA CORREÇÃO MONETÁRIA PELOS ÍNDICES CHEIOS
DO DIREITO À APURAÇÃO DO INDÉBITO COM BASE NA SEMESTRALIDADE

O contribuinte alegou que no RESP 356.779 o STJ reconheceu que o prazo para solicitar a repetição do indébito é de dez anos e que a correção do crédito deve ser efetuada pelos índices de inflação "cheios", ou seja, sem que se leve em conta os expurgos inflacionários procedidos pelo governo nos diversos planos de estabilização econômica.

Essas questões não estão mais sob litígio, pois no processo nº 13819.002217/97-23, onde se discutiu o direito de crédito, a autoridade administrativa acatou o que foi decidido no Poder Judiciário, conforme se pode comprovar nos seguintes excertos extraídos das fls. 701/708:

Quando à prescrição, o autor do Pedido reclama indébitos havidos a partir de outubro/88 dispondo de provimento judicial (Resp STJ nº 356.779-SP) que determinou a prescrição do direito de fazê-lo num prazo de 10 (dez) anos. Assim, se solicitou a esta Secretaria a utilização do crédito em 22/10/1997, poderia reclamar indébitos havidos desde 23/10/1987 – o que abraça a totalidade dos recolhimentos discutidos na ação declaratória em voga.

Portanto, ultrapassadas as questões formais e preliminares do Pedido, executamos a decisão final vazada nos autos da ação declaratória nº 96.0026267-5 nos seguintes termos:

1. apuramos a base de cálculo do PIS desde julho/88 até setembro/95, o que abrange os recolhimentos reclamados na ação judicial em tela;
2. calculamos a contribuição social ao PIS para o período julho/88 a setembro/95 nos termos da lei complementar nº 7/70, com as alterações da lei complementar nº 17/73 e consideradas as alterações trazidas pela Medida Provisória nº 22/88, convertida na lei nº 7.689/88;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/03/2001
 autenticado digitalmente em 06/11/2012 por TAMER CLEVERSON GIRELLI LEOPOLDO. Assinado digitalmente e

3. aplicamos a semestralidade para os débitos apurados entre julho/88 e dezembro/88, inclusive a atualização monetária para todos os débitos (julho/88 a setembro/95), esta última entre a apuração e a data de seu recolhimento;
4. alocamos os recolhimentos invocados e provados pelo contribuinte aos respectivos débitos calculados nos termos dos itens precedentes, respeitando-se, nas alocações, a competência declarada em cada DARF pelo contribuinte;
5. alocamos os saldos de débitos aos saldos de créditos, esgotando-se os saldos de créditos dos mais antigos para os mais recentes;
6. aos saldos de créditos verificados em cada etapa dos cálculos, aplicamos a correção monetária determinada pelo Acórdão proferido pelo STJ no RESP nº 356.779-SP, em favor do ora interessado, e desde de janeiro/96 até a data de compensação (22/10/1997), a taxa SELIC;

Analisando-se as decisões proferidas no processo de compensação nº 13819.002217/97-23, verifica-se que as questões do prazo para o contribuinte solicitar a restituição, do direito à correção monetária do crédito pelos índices "cheios" e da apuração do crédito com base na semestralidade já foram discutidas e decididas em definitivo no referido processo, não sendo possível rediscuti-las nestes autos, em face da preclusão administrativa. A Administração Pública só decide uma vez a mesma questão em relação ao mesmo contribuinte, **sob pena de vir a produzir decisões conflitantes.**

No caso, o processo de compensação nº 13819.002217/97-23 encerrava questões prejudiciais ao deslinde deste processo, tanto que o próprio contribuinte alegou a nulidade do auto de infração, em face da autuação não ter sido precedida da análise do crédito.

No processo de compensação (fls. 701/708) restou decidido em caráter definitivo o seguinte: a) que o crédito do contribuinte não foi suficiente para liquidar as compensações declaradas; b) que os débitos remanescentes na Decomp, no valor de R\$ 2.886.440,71, não poderiam ser cobrados em virtude da homologação tácita; e c) que o contribuinte não tinha direito de recorrer daquela decisão pelo rito do PAF, só tendo direito ao recurso hierárquico do art. 56 da Lei nº 9.784/99.

Assim, se os créditos foram insuficientes para liquidar as compensações declaradas até setembro de 1997, é óbvio que não havia crédito suficiente para compensar os débitos lançados neste auto de infração (períodos de janeiro de 1997 a julho de 2001), sendo cabível sua exigência por meio do lançamento de ofício porque na data do lançamento vigia o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35.

DA INCIDÊNCIA DA MULTA DE MORA EM LUGAR DA MULTA DE OFÍCIO

Conforme ficou assentado no tópico relativo à análise da decadência, o contribuinte apresentou DCTF "zeradas", ou seja, no entender da fiscalização e da DRJ não confessou nenhuma dívida a pagar (vide extratos das DCTF de fls. 135/139).

A multa de mora só é cabível nos casos em que o contribuinte constitui o crédito tributário pela confissão de dívida em DCTF.

Ora, se o contribuinte disse que devia "zero" o crédito confessado é "zero".

Se o fisco apurou valores superiores a "zero" nesses períodos, obviamente que não há como o contribuinte sustentar que os valores apurados pelo fisco estavam confessados.

Sendo assim, é cabível a multa de ofício na forma posta no lançamento, uma vez que estando a penalidade prevista em lei, só cabe à Administração verificar a presença dos pressupostos fáticos para sua inflição, descabendo qualquer juízo de equidade ou mesmo de conformidade da magnitude da multa com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, ou do não confisco.

DA IMPRESTABILIDADE DA TAXA SELIC PARA CORREÇÃO DOS DÉBITOS EXIGIDOS

A questão sobre a legalidade da cobrança dos juros de mora com base na variação da taxa Selic é matéria sumulada, que não pode ser decidida pelos conselheiros em sentido contrário à Súmula CARF nº 4, *in verbis*:

" A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. ":

Com esses fundamentos, voto no sentido de acolher os embargos de declaração com efeito modificativo para conhecer e dar provimento parcial ao recurso voluntário a fim de excluir o crédito tributário relativo aos períodos de apuração

compreendidos entre outubro e dezembro de 1997, em razão da decadência e por negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA