



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

Processo n° 13909.000139/2003-22
Recurso n° 234.324 Voluntário
Acórdão n° 3301-00.587 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2010
Matéria PIS
Recorrente VILELA VILELA E CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/1998 a 31/07/1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. É nulo o processo que não obedece às formalidades estabelecidas no Processo Administrativo Fiscal - PAF, aprovado pelo Decreto nº 70.235/72.

Processo anulado *ab initio*.

COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 170-A. A regra estabelecida pelo art. 170-A do CTN, somente se aplica aos pagamentos indevidos posteriores a sua vigência, visto que, à época da propositura da ação, era permitida a concessão de compensação de créditos tributários antes do trânsito em julgado da ação principal.

MULTA DE OFÍCIO. 75%. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Tratando-se de ato não definitivamente julgado aplica-se retroativamente a lei nova quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo do lançamento (CTN, art. 106, II, "c").

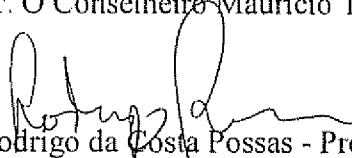
JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC. Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora, calculados com base na taxa SELIC (Súmula nº 4 do CARF).

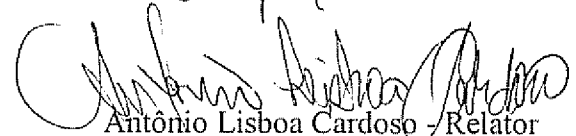
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, rejeitou-se a preliminar de nulidade, vencida a Conselheira Maria Tereza Martinez Lopes. No mérito, por

unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Conselheiro Relator. O Conselheiro Maurício Taveira e Silva votou pelas conclusões


Rodrigo da Costa Possas - Presidente


Antônio Lisboa Cardoso - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antônio Lisboa Cardoso (Relator), José Adão Vitorino de Moraes, Maurício Taveira e Silva, Maria Teresa Martínez López, Rodrigo Pereira de Mello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba (PR), que manteve procedente o auto de infração eletrônico de fls. 01/11, decorrente de auditoria interna nas DCTF por “Falta de Recolhimento ou Pagamento do Principal, Declaração Inexata” referente à Contribuição para o PIS/Pasep do período de apuração de 01/03/1998 a 31/07/1998, sintetizada na ementa a seguir reproduzida (fl. 138/139):

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1998 a 31/07/1998

Ementa: NULIDADE PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa

AUTO DE INFRAÇÃO. ELABORAÇÃO. DSATENDIMENTO DA LEGISLAÇÃO NÃO-OCORRÊNCIA

Contendo o auto de infração e seus anexos descrição dos fatos e enquadramento legal suficientes à perfeita compreensão das razões da autuação, incabível falar no descumprimento da legislação, quanto à sua elaboração.

ATIVIDADE DE LANÇAMENTO. AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL. COMPETÊNCIA.

Nas atividades inerentes à constituição de créditos da Fazenda Nacional administrados pela Secretaria da Receita Federal são competentes os Auditores-Fiscais da Receita Federal, não se lhes aplicando quaisquer limitações relativos à profissão de contabilistas.

AUTO DE INFRAÇÃO LOCAL DE LAVRATURA.

O auto de infração deve ser lavrado no local da verificação da falta e não, necessariamente, no estabelecimento do autuado

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa de ofício e juros de mora, pela forma e pelos percentuais previstos na legislação.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1998 a 31/03/1998

Ementa: LANÇAMENTO AUDITORIA DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS EM DCTF, cabível o lançamento de ofício da contribuição correspondente.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/04/1998 a 31/07/1998

Ementa: DISCUSSÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO POSSIBILIDADE.

A existência de processo judicial, ainda não transitado em julgado, não é óbice à formalização do crédito tributário, cujo lançamento de ofício é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuar-lo.

COMPENSAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL NÃO-EXTINÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

A compensação baseada em decisão judicial não transitada em julgado não extingue os créditos tributários.

Lançamento Procedente."

No presente caso a v. sentença (fls. 111/118) acolheu o pedido da contribuinte, ora recorrente, sendo autorizada a compensação, nos termos do art. 66, da Lei nº 8.383/91, cabendo à Fazenda Nacional apurar a regularidade da compensação, nos termos da referida sentença.

O apelo ao TRF da 4ª Região, reconheceu o direito da contribuinte, determinando, para o cômputo do indébito, a aplicação da metodologia prevista no parágrafo único do art. 6º, da LC 7/70 (semestralidade da base de cálculo).

O colendo TRF/4ª Região negou seguimento à remessa oficial e deu provimento parcial ao apelo, unicamente em relação aos honorários advocatícios, mantendo os demais efeitos da v. sentença.

Através dos embargos de declaração (fls. 128/131), o colendo TRF/4ª Região assentou ainda a ausência de suporte legal para a correção monetária da base de cálculo (semestralidade sem correção da base de cálculo).

À fl. 135, consta a informação sobre o trânsito em julgado do REsp nº 501873/PR, em 12/04/2005, cuja ementa retirada no sítio do Superior Tribunal de Justiça, tem a seguinte redação:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL PIS MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA.

*DECRETOS-LEIS 2445 E 2449/88
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO.*

INOCORRÊNCIA SEMESTRALIDADE BASE DE CÁLCULO FATURAMENTO SEXTO MÊS ANTERIOR AO FATO IMPONÍVEL LC 07/70, ART. 6º, § ÚNICO. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES SÚMULA 83/STJ.

1. Acórdão em sintonia com a jurisprudência predominante e atual desta Corte sobre a contagem do prazo prescricional para haver a restituição/compensação de tributo lançado por homologação.

2. O mesmo se diga em relação à semestralidade e correção da base de cálculo da exação.

3. Incidência de entendimento sumulado em relação aos dois temas ventilados no apelo.

4. Recurso especial não conhecido."

(REsp 491 904/PR, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 28/02/2005 p. 276)

Após ter sido cientificada, em 07/04/2006 (AR – fl. 170), a Recorrente protocolou em 05/05/2006, o recurso voluntário de fls. 171/201, bem como junto o DARF correspondente ao depósito de 30% do valor da exigência fiscal nos termos do Decreto nº 70.235/72, art. 35, § 2º (fls. 202/204), em 08/05/2006, sustentando, em síntese, a nulidade da decisão recorrida, em razão de não ter apreciado aspectos relevantes da manifestação de inconformidade, em especial contra a cobrança da multa de ofício de 75%, alegando, lesão aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em relação ao art. 170-A do CTN, sustenta ser inaplicável ao caso, tendo em vista que os créditos utilizados na compensação são decorrentes do período de 07/88 a 09/98, com base no art. 66, da Lei nº 8.383/91, anterior, portanto, à vigência da Lei Complementar nº 104/2001.

Segundo a recorrente, o direito à compensação decorre de reiteradas decisões dos Tribunais Superiores, em especial STJ e STF, que declararam a inconstitucionalidade dos Decretos-lei nº 2.445/88 e 2.449/88, sendo aplicada à Contribuição ao PIS, a semestralidade da base de cálculo, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar nº 7/70.

Protesta por fim, pela inaplicabilidade da Taxa Selic, por tratar-se de taxa remuneratória, não sendo fator de indexação monetária.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso merece ser conhecido, porquanto interpostos dentro do trintídio e respeitados os demais requisitos legalmente estabelecidos.

Conforme consta do Auto de Infração Eletrônico de fls. 1/11, a contribuinte foi autuada, com a consequente glosa nas compensações levadas a efeito, pelo fato de não ter sido localizado os processuais judiciais informados nas DCTF nº 000100199800377343 referente ao 1º trimestre de 1998 (processo nº 982010201-4), nº, 0000100199800065468 do 2º trimestre de 1998 (processo nº 98.2013111-1), e 0000100199968001654 do 3º trimestre de 1998 (processo nº 98.2013111-1), os quais não foram localizados pela fiscalização, ensejando as ocorrências “*Proc. Jud não comprovado*” e “*Proc. Jud de outro CNPJ*”.

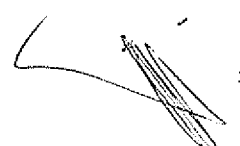
Após ter sido notificada a recorrente comprovou através dos documentos juntados às fls. 69/131, que de fato ingressou com a Ação Declaratória nº98.2013111-1, em 28/07/89, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei nº 2.445/88 e 2.449/88, bem como para que o indébito pudesse ser compensado com parcelas vincendas do próprio PIS.

No presente caso, após a contribuinte comprovar a existência do processo judicial (fls. 69/131), o AI foi mantido, por outro motivo, qual seja, porque a recorrente informou, para o período de apuração de 03/1998, o processo judicial nº 98.2010201-4 e para os demais períodos 04/1998 a 07/1998, apesar de informar o número do processo coreto (98.2013111-1), apesar de estar equivocada a indicação “*Proc Jud de outro CNPJ*”, consignado nos demonstrativos de fls. 03 e 05, vez que de fato a recorrente é participante do processo judicial indicado, todavia, quando das compensações, não havia o devido trânsito em julgado, o que veio ocorrer somente em 12/04/2005 (fls. 136/137).

Desta forma, entendo não haver como prosperar o lançamento, ainda que superada a questão da nulidade, conforme entende a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, *in verbis*:

“ERRO DE FATO. Tratando-se de mero erro de fato no preenchimento da DCTF pelo contribuinte, mas estando mencionado o período correto nas guias DARF’s não há que se aplicar qualquer sanção ao contribuinte.”(Acórdão 102-49304)

Entretanto, uma vez que de fato houve mudança de fundamentação, implica na nulidade do processo, conforme reiterada jurisprudência dos extintos Conselhos de Contribuintes, e também deste colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que, por diversas vezes já se posicionou em sentido contrário à validade do auto de infração eletrônico, à luz do que dispõe o artigo 142 do CTN, bem como às regras impostas pelo direito administrativo.



O artigo 142 do Código Tributário Nacional contém uma definição de lançamento, estabelecendo que "*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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível*", acrescentando o Parágrafo Único que "*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*"

A ausência desses elementos ou de algum deles, inquestionavelmente, dá causa à nulidade do lançamento por defeito de estrutura e não apenas por um vício formal, caracterizado, pela inobservância de uma formalidade exterior ou extrínseca necessária para a correta configuração desse ato jurídico.

Nesse sentido Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro ¹, assim se posiciona:

"Poder vinculado ou regado é aquele que o Direito Positivo - a lei - confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização."

Em face do exposto, voto no sentido de anular o processo *ab initio*.

Na hipótese deste colegiado entender que a mudança de fundamentação não enseja a nulidade do processo, mesmo assim o lançamento não merece prosperar, porquanto, a regra que condiciona o trânsito em julgado da ação judicial, para só então o contribuinte realizar a compensação, só foi instituída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, inserindo o art. 170-A ao Código Tributário Nacional, não podendo ser aplicado retroativamente, sobretudo para prejudicar o contribuinte.

Nesse mesmo sentido já é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à inaplicabilidade do artigo 170-A aos processos iniciados antes de sua vigência.

"3 Salta aos olhos que a regra de conduta do caso concreto reflete-se na parte dispositiva da decisão judicial, a qual faz coisa julgada. Na hipótese dos autos, a parte dispositiva do julgado embargado não merece quaisquer reparos, pois refletiu sólida jurisprudência do STJ, constatou-se que demandas ajuizadas anteriormente à vigência da LC 104/2001, não se aplica o art. 170-A do CTN. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, exclusivamente para explicitar a não-incidência, in casu, do disposto no art. 170-A do CTN, inserido pela Lei Complementar n. 104/01" (EDcl no AgRg no REsp 726 241/CE, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.4.2008, DJ 16.5.2008, p. 1)

"quando a propositura da ação ocorrer antes da vigência da Lei Complementar n.º 104/01, que introduziu no Código Tributário o artigo 170-A, ou seja, antes de 10.01.01, a compensação tributária prescinde da espera do trânsito em julgado da decisão que a autorizou, porquanto este diploma legal não possui natureza processual, o que faz com que se aplique ao tempo dos fatos. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público (...)"

¹ 22ª ed. - p. 101

(REsp 918 680/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 334).

Ademais, o Código Tributário Nacional não possui natureza processual, devendo ser aplicado ao tempo dos fatos. Assim, para os processos anteriores à vigência da LC 104/01, só é aplicável a limitação prevista no artigo 170-A para os insumos adquiridos a partir de 11/01/2001. Para os insumos adquiridos antes, sua compensação deverá ser feita até o esgotamento, ainda que os débitos utilizados na compensação sejam posteriores à vigência do referido artigo. Também nesse sentido há jurisprudência formada do STJ:

"o art. 170-A do CTN, inserido pela Lei Complementar n. 104/01, dispõe que: "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial " 4. Na hipótese dos autos, todavia, constata-se que os pagamentos indevidos realizados antes da vigência do aludido art. 170-A do CTN, não são alcançados por essa norma. Agravo regimental provido em parte, no sentido de afastar, no caso, o disposto no art. 170-A do CTN, inserido pela Lei Complementar n. 104/01" (AgRg no REsp 726 241/CE, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.5.2007, DJ 30.5.2007, p. 285)

Ademais, o critério da semestralidade da base de cálculo do PIS/Pasep com base nas Leis Complementares nº 7/70 e 8/70, tornou-se questão pacificada no âmbito deste Segundo Conselho de Contribuintes, conforme inclusive preconiza a Súmula nº 11, verbis:

"A base de cálculo do PIS, prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o faturamento do sexto mês anterior sem correção monetária."

Em relação à multa de ofício, deve ser aplicada, ao presente caso, a regra prevista no art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), pela qual a contribuinte deve ser exonerada da totalidade da multa de ofício lançada, pela aplicação retroativa do disposto no *caput* do art. 18 da Lei nº 10.833/2003, que restringiu a sua inflicção aos casos nele previstos, nos seguintes termos:

"Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 e 75 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964."

Por fim, em relação a legalidade da cobrança de juros de mora com base na taxa Selic o assunto encontra-se sumulado no âmbito do CARF, nos seguintes termos:

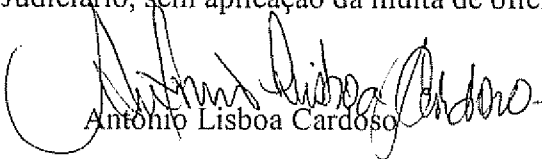
"Súmula CARF Nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de



*inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de
Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. ”*

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, a fim de que seja homologada a compensação efetuada, até o limite dos créditos reconhecidos pelo Poder Judiciário, sem aplicação da multa de ofício.


Antônio Lisboa Cardoso