

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto da Relatora.

Walber José da Silva - Presidente.

Fabiola Cassiano Keramidas - Relatora

EDITADO EM: 04/11/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas (Relatora), Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

Relatório

Trata-se de auto de infração eletrônico, lavrado para o fim de constituir débito de PIS em virtude do não recolhimento do tributo baseado na indicação de processo judicial não localizado pela fiscalização.

Por retratar a realidade dos fatos peço vênia a meus pares para transcrever a seguir o relatório proferido na decisão administrativa de primeira instância, *verbis*:

“Em ação fiscal levada a efeito em face da contribuinte acima identificada foi apurada falta de recolhimento da contribuição para o PIS/Pasep relativa aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de janeiro de 1998 a dezembro de 1998, declarados na DCTF, pois foi constatado "Proc jud não comprovado", razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 51 e 52, integrado pelos termos e documentos nele mencionados, apurando-se o crédito tributário composto pela contribuição, multa proporcional e juros de mora, calculados até 30/06/2003, perfazendo o total de R\$ 3.648.740,91 (três milhões, seiscentos e quarenta e oito mil e setecentos e quarenta reais e noventa e um centavos), com o seguinte enquadramento legal: Art. 1º e 3º, alínea "b", da Lei Complementar nº 07/70; art. 83 inc. III, L.8981/95; art 1º, L 9249/95; art. 2º e inc. I, par 1, e Arts 3, 5, 6 e 8 inc. I, MP 1623/97-27 e reed; art. 2º e inc. I, par 1, e Arts 3, 5, 6 e 8 inc. I, MP 1676/98-34 e reed; art. 20 e inc. I e par 1, e arts. 3, inc. IL 9715/98.

2. Inconformada com a autuação, da qual foi devidamente cientificada em 11/08/2003 (AR A. fl. 161), a contribuinte protocolizou, em 10.09.2003, a impugnação de fls. 01 a 09, acompanhada dos documentos de fls. 10-160, na qual alega:

2.1. **É descabido o lançamento já que o pretensão crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, incisos II e IV, do CTN, em razão de medida judicial concessiva de segurança,** permitindo à Impugnante recolher a contribuição ao PIS de acordo com a LC nº 7/70, conforme cabalmente demonstrado através de cópias extraídas dos autos do respectivo processo judicial — Processo de origem nº 96.00.11838-8 e Apelação 1997.03.062283-6 (documentação anexa).

2.1.1. Da petição inicial que ensejou o processo judicial nº 96.00.11838-8, verifica-se serem diversas as empresas que figuram no pólo ativo da referida demanda, dentre as quais está a empresa ora Impugnante, sendo certo que a medida concessiva da segurança pleiteada pelas impetrantes beneficiaram todas as empresas, como se vê da cópia da referida decisão (documentação em anexo).

2.1.2. Importa observar que, em razão de recurso de apelação interposto pela União Federal, o referido processo foi remetido para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde foi mantida a sentença de primeira instância. Posteriormente, a União Federal interpôs, perante a Suprema Corte, Recurso Extraordinário, o qual encontra-se aguardando julgamento, conforme se constata do documento que imprime o respectivo andamento processual e da respectiva certidão de objeto e pé fornecida pela Subsecretaria da Quarta Turma daquela do TRF.

2.1.3. Ante o exposto, pode-se concluir que, após a concessão da segurança, em abril de 1997, nos autos do processo judicial acima mencionado, a Impugnante passou a sujeitar-se ao recolhimento da contribuição ao PIS nos termos da LC nº 7/70.

2.1.4. **Amparada pela medida judicial acima citada, a Impugnante mencionou nas DCTF referentes aos fatos geradores ocorridos em 1998, os valores cuja exigibilidade encontra-se suspensa, mencionando expressamente, o número do respectivo processo judicial.**

2.1.5. A contribuição ao PIS, referente ao período questionado no presente auto de infração, foi devidamente recolhida pela Impugnante, nos exatos termos da decisão judicial mencionada linhas acima, ou seja, com base na LC nº 7/70, conforme comprovante de recolhimento em anexo, no valor de R\$ 40.809,55, acrescido de juros e multa correspondente a 5% do imposto de renda apurado no período (R\$ 816.190,81), de acordo com a DCTF apresentada pela Impugnante (vide página 15 da referida declaração) — documentação anexa.

2.1.6. Frise-se, ainda, que o próprio Fisco declarou-se conhecedor da suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário em questão, conforme Termo de Verificação e Constatação em anexo, referente ao mandado de procedimento fiscal nº 0812100/00037/97, quando o crédito tributário em questão foi constituído com o fim específico de se prevenir a decadência.

2.1.7. *Ante os fatos narrados acima, não restam dívidas de que a Impugnante está incluída no pólo ativo do processo judicial nº 96.0011838-8, onde lhe foi concedida, em definitivo, a segurança, suspendendo a exigibilidade do suposto crédito tributário objeto do presente auto de infração, pelo que resta totalmente insubsistente a exigência fazendária ora guerreada.*

2.2. *A legislação federal expressamente prevê a dispensa de multa de ofício no lançamento de crédito tributário destinado a prevenir a decadência, quando a suspensão da exigibilidade tenha ocorrido em razão de decisão judicial. E o que diz o artigo 63, "caput", da Lei 9.430/96, conforme reproduzido.*

2.3. *O mesmo se diga no tocante aos valores exigidos a título de juros moratórios. De fato, tal exigência resta absolutamente descabida, tendo em vista que a Impugnante realizou, nos termos da medida judicial a ela concedida, o recolhimento da contribuição ao PIS, não havendo que se falar, portanto, na cobrança de qualquer consectário legal decorrente de atraso no pagamento.*

2.4. *Por fim, requer seja o presente auto de infração julgado totalmente improcedente."*

Após analisar as alegações da Recorrente a Nona Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) – DRJ/SP I, proferiu o acórdão nº 16/26.932 (fls. 222/230 ou 293/301 eletrônica), em 29 de setembro de 2010, da seguinte forma ementado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/1998

PIS - ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

Em cumprimento ao Princípio da Anterioridade Nonagesimal previsto na C.F., art. 195, parágrafo 6º, as alterações introduzidas pela MP nº 1.212/1995 e suas reedições, convertida em Lei nº 9.715/98, terão eficácia a partir do período de apuração de março de 1996.

DECISÃO JUDICIAL - APLICA-SE A MP 1212/1995.

Uma vez decido pelo STF na Ação de Mandado de Segurança impetrado pela Impugnante que o PIS é devido nos termos da MP nº 1.212/1995 e suas reedições convertida em Lei nº 9.715/98.

MULTA DE OFÍCIO - RETROATIVIDADE BENIGNA DO ART. 18 DA LEI Nº 10.833/2003.

Com a edição da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, não cabe mais imposição de multa excetuando-se os casos mencionados em seu art. 18. Sendo tal norma aplicável aos lançamentos ocorridos anteriormente a edição da MP nº 135/2003 em face da retroatividade benigna (art. 106, II, "c" do CTN), impõe-se o cancelamento da multa de ofício lançada.

JUROS DE MORA.

Os juros de mora independem de formalização através de lançamento e serão devidos mesmo durante o período em que permanecer suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE

Os débitos de PIS lançados no presente Auto de Infração sendo inferiores aos débitos lançados anteriormente em outro Auto de Infração enseja o seu cancelamento por caracterizar duplicidade de exigência. A diferença sendo superior, cabe a sua manutenção.

Impugnação Procedente em Parte.”

Em resumo, a decisão de primeira instância julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela Recorrente para o fim de cancelar períodos constituídos “em duplicidade” porque entre os argumentos de sua defesa, a Recorrente comprovou a existência de outro auto de infração (AI no 2000003797 - Processo 138089.001908/00-89), o qual constituiu débitos de PIS referentes ao mesmo período, sendo que este lançamento teve por objetivo evitar a decadência dos valores, em vista decisão judicial favorável (fls. eletrônicas – 131/163).

E ainda, a decisão cancelou a multa de ofício por aplicar o artigo 18, da Lei nº 10.833/2003, o que faz com fundamento na retroatividade benigna, nos termos do artigo 106, inciso II, alínea ‘c’ do Código Tributário Nacional.

No mais, a decisão manteve a autuação por entender que o contribuinte não estava mais albergado por decisão judicial favorável (proferida nos autos do processo judicial nº 96.0011838-8 - apelação nº 1997.03.062283-6), a qual foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário apresentado nos autos.

Em virtude do valor exonerado (Demonstrativo “B” – fls. 304 eletrônica), da decisão foi apresentado Recurso de Ofício.

Irresignado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (digital - fls. 307/314), por meio do qual esclareceu que a discussão perdura apenas quanto ao valor R\$ 146.672,84, relativo aos períodos de janeiro e dezembro de 1998 (Demonstrativo “A” – fls. 305 eletrônica).

Em seus argumentos traz que o auto de infração não pode prosperar porque o valor autuado estava com a exigibilidade suspensa e, em relação aos juros, o contribuinte defende a impossibilidade de aplicação uma vez que em nenhum momento esteve inadimplente, tendo promovido o recolhimento nos termos determinados pela decisão judicial, sendo que se algo fosse devido seria apenas a diferença entre o já recolhido na sistemática de 5% sobre o IRPJ e aquele valor entendido como devido pela fiscalização.

É o relatório.

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

Os recursos (Voluntário e de Ofício) atendem aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deles conheço.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração eletrônico lavrado para fim de constituir crédito tributário não recolhido por força de decisão judicial.

Estão em análise no presente julgamento o Recurso de Ofício, interposto pela Delegacia de Julgamento face à grandeza do valor exonerada e o Recurso Voluntário, apresentado pelo contribuinte contra a manutenção dos fatos geradores incorridos nos meses de janeiro e dezembro de 1998.

Em relação ao **Recurso de Ofício**, duas matérias devem ser analisadas. A primeira refere-se ao lançamento em duplicidade de determinadas competências e a segunda da aplicação da multa de ofício.

(i) Do lançamento em Duplicidade

Os julgadores de primeira instância administrativa reconheceram a duplicidade de lançamento ocorrida entre o presente auto e o auto de infração nº 2000003797 - Processo 138089.001908/00-89, tendo mantido as competência de janeiro e dezembro pelo valor lançado com base na DCTF do contribuinte representar um valor maior do que aquele lançado no auto de infração lavrado em 2000.

Com razão as autoridades administrativas de julgamento. Assim como se verifica dos termos do demonstrativo do auto de infração (fls. 131 a 163/Vol I – eletrônica), no lançamento que está sendo discutido no processo 138089.001908/00-89 foram lançados os períodos de 01/01/1995 a 01/01/1999, o que alcança, portanto, o período ora analisado (01/01/1998 a 31/12/1998). Neste diapasão está clara a duplicidade de lançamento, basta verificar os valores lançados no auto de infração eletrônico (fls. 96 – eletrônico) conjuntamente com o auto lavrado anteriormente (fls. 147/149 – eletrônico).

Realmente, os meses de janeiro e dezembro/1998 são os únicos que no auto de infração eletrônico estão maiores, sendo esta a razão pela qual o julgador administrativo, acertadamente sob este prisma, manteve o lançamento.

(ii) Da Aplicação da Multa mais Benéfica

Neste particular a decisão de primeira instância administrativa desonerou o lançamento por entender ser aplicável ao caso da multa o artigo 18, da Lei nº 10.833/03, que é mais benéfica ao contribuinte.

Uma vez que a imposição da multa se funda no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 e no art. 90 da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e que o artigo 90 foi alterado pelo artigo 18 da Lei nº 10.833/03, correta a interpretação da decisão recorrida, nos exatos termos do artigo 106 do Código Tributário Nacional.

Todavia, em meu entender, existe outra razão para a impossibilidade de aplicação da multa de ofício. É que à época da lavratura do auto de infração (24/06/2003), o procedimento do contribuinte estava albergado por decisão judicial, logo, não havia conduta a ser reprimida, razão pela qual não há que se aplicar multa de ofício.

Por estes argumentos, entendo que deve ser negado provimento ao Recurso de Ofício apresentado.

A seguir passemos à análise do **Recurso Voluntário**, que discute a possibilidade de autuar valores que se encontrem com a exigibilidade suspensa e de se aplicar juros, já que nunca esteve em débito.

Inicialmente, por se tratar de matéria de ordem pública trago, de ofício, o reconhecimento da decadência do fato gerador incorrido no mês de janeiro de 1998, posto que o auto de infração foi lavrado em 24/06/2003.

Independente de qualquer outro assunto que esteja sendo tratado no presente processo, é indiscutível que o auto de infração não pode subsistir em relação ao mês de janeiro, posto que encontra-se fulminado em sua essência. Explico.

É de conhecimento geral que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nº 55664, 559882 e 559943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante nº 8, *in verbis*:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

A simples edição da citada súmula já é suficiente para o cancelamento total do presente auto de infração. Não apenas em razão de ser uma orientação vinculante, mas em virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal que pretendia majorar em mais 5 anos o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir tributos.

Desta forma, não há meios de se manter a exigência em relação ao fato gerador ocorridos até janeiro/1998, uma vez que ocorrido antes de 5 anos da ciência da lavratura do auto de infração.

Ademais, outra razão que fulmina o presente auto de infração, refere-se ao erro na fundamentação do lançamento. O auto de infração foi lavrado em função do entendimento de que a Recorrente estava inadimplente sem o supedâneo de qualquer procedimento judicial que validasse o não recolhimento (fls. 92/95 – eletrônico). Com a comprovação da existência de processo judicial, a razão do auto de infração deixa de existir.

Conforme se verifica às fls. 92/95, após o cruzamento eletrônico das informações prestadas pela Recorrente, o sistema de controle da Secretaria da Receita Federal apontou a ausência de recolhimento dos valores de PIS referentes ao ano de 1998. Esta indicação – falta de pagamento – teve como fundamento a não comprovação, pelo Recorrente, à Receita Federal (e ao sistema de controle), da existência de processo judicial, ou seja, da razão que justificava o não pagamento e comprovava a compensação realizada pelo contribuinte.

Todavia, o pressuposto adotado pela fiscalização estava errado. O processo judicial existia. Este simples fato, comprovado pela Recorrente nos autos, no entender desta julgadora, é suficiente para constatar a nulidade do auto de infração, uma vez que este foi lavrado com base em suposição falsa. Caso a fiscalização pretendesse constituir os créditos, mesmo que para evitar a decadência de valores, deveria ter elaborado novo auto de infração,

com outro fundamento. Inclusive, neste caso, não haveria a incidência de multa. Da mesma forma se fosse constatada insuficiência de créditos ou se a autuação estivesse pautada na limitação contida na decisão judicial, a qual expressamente viabilizou a compensação de débitos de PIS.

Apenas para fim de registro, *in casu*, o processo judicial¹ não apenas existia, mas vigiam decisões judiciais favoráveis ao procedimento adotado pelo contribuinte (fls. 111/129 – eletrônico, decisões de primeira instância judicial e 240/247 – eletrônica, decisão de segunda instância judicial). Apesar de não ter sido deferida a medida liminar, a sentença e o acórdão foram favoráveis ao contribuinte.

E a despeito de os julgadores de primeira instância alegarem para a manutenção do lançamento que o Recurso Extraordinário reverteu a decisão favorável, fato é que esta decisão apenas foi proferida em 21/06/2004 (fls. 248/250 – eletrônica), um ano após a lavratura do auto de infração em análise. Isto é, ainda que inexistisse a mencionada nulidade, o fato é que no momento da lavratura não havia justificativa para o lançamento da forma como foi realizado.

Logo, o número indicado pelo contribuinte em sua DCTF está em perfeita consonância com o número do processo judicial, as decisões lhe eram favoráveis, o auto de infração, da forma como foi lançado, na se justifica.

Assim, se a causa da lavratura do Auto de Infração era tão-somente a existência de valores em aberto na DCTF devido à não comprovação do processo judicial, e restou comprovada sua existência, deve ser cancelado o Auto de Infração, ainda que não pelas razões suscitadas na impugnação.

Isso porque não compete ao julgador administrativo alterar o fundamento do auto de infração para fim de regularizá-lo e manter a exigência, tal competência é privativa da autoridade administrativa fiscalizadora.

Ante o exposto, concluo por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão de primeira instância neste particular e DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para declarar a decadência do débito do fato gerador ocorrido em janeiro/1998 e cancelar o auto de infração lavrado.

É como voto.

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

¹ Processo judicial nº 96.0011838-8 (apelação nº 1997.03.062283-6) - discute a constitucionalidade da exigência da contribuição ao PIS - Programa de Integração Social - por meio da MP 1212.

Processo nº 19679.010161/2003-18
Acórdão n.º **3302-01.269**

S3-C3T2
Fl. 5
