ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10283.720736/2007-15

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10283.720736/2007-15
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9303-007.819 – 3ª Turma**
Sessão de	12 de dezembro de 2018
Matéria	PIS/PASEP
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	PHILIPS DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA ELETRÔNICA LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/12/2002 a 31/03/2005

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DISSIMILITUDE FÁTICA/FUNDAMENTOS.

Não se conhece do Recurso Especial quando as situações fáticas e fundamentos considerados nos acórdãos paradigmas são distintos da situação tratada no acórdão recorrido, não se prestando os arestos, por conseguinte, à demonstração de dissenso jurisprudencial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em Exercício), Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama (Relatora), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra o acórdão nº 3403-002.623, da 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício, consignando a seguinte ementa:

> *"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*
> *Período de apuração: 31/12/2002 a 31/03/2005*
> *AUTO DE INFRAÇÃO. ELEMENTOS DE PROVA INDISPENSÁVEIS.*
> *Incumbe à fiscalização, nas autuações, a apresentação dos termos, documentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação da irregularidade detectada (cf. art. 9o do Decreto no 70.235/1972)."*

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão, trazendo, entre outros, que:

- O colegiado a quo considerou que a insuficiência de provas conduziria ao cancelamento da autuação;
- Por outro lado, o acórdão paradigma entende que a ausência de prova gera nulidade por vício formal.

Requer, assim, que o Auto de Infração seja anulado por vício formal e lavrado um novo, revestido de todos os requisitos legais, resguardado o disposto no art. 173, inciso II, do CTN.

Em Despacho às fls. 649 a 652, foi dado seguimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Contrarrazões ao recurso foram apresentadas pelo sujeito passivo, que trouxe, entre outros, que:

- O Recurso especial não reúne condições para ser conhecido e, ainda que assim não fosse, os pretensos fundamentos utilizados pela PGFN, em sua peça recursal, não podem, de nenhum modo, ensejar a decretação de nulidade, por vício formal, do Auto de Infração;
- Por meio de auto de infração que originou o processo administrativo restou a seguinte acusação fiscal: não incluir as receitas de subvenção – oriundas de um benefício fiscal de ICMS concedido pelos Estados do Amazonas – na base de cálculo do PIS, gerando, com isso, pagamento inferior ao devido nos períodos entre dez/02 e mar/05;
- O contribuinte demonstrou com suporte na escrituração contábil de cada um dos períodos de apuração auditados – que as mencionadas receitas de subvenção, ao contrário do que foi apontado pela DRF, foram computadas na base de cálculo do PIS dos períodos auditados;
- E, mesmo que assim não fossem, o contribuinte estaria amparado pela ação judicial nº 2005.32.00.001528-0, na qual obteve o reconhecimento do direito de não incluir na base de cálculo do PIS as receitas provenientes de incentivos fiscais;
- Desde a instauração da fase litigiosa, a recorrida se limitou a demonstrar que os fundamentos materiais da autuação eram, em verdade, improcedentes;
- A DRJ determinou a conversão de julgamento em diligência fiscal, a fim de que as próprias autoridades preparadoras analisassem os documentos acostados à impugnação e atestassem que as receitas de subvenção foram computadas na base de cálculo do PIS não cumulativo;

- Se já restou demonstrado e comprovado que não há diferença entre os valores de PIS escriturados e pagos pelo contribuinte, não há que se falar em um novo lançamento de ofício para exigir justamente a diferença "identificada" entre o valor de PIS escriturado e pago.

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama - Relatora

Depreendendo-se da análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, entendo que não devo conhecê-lo, nos termos do art. 67 do RICARF/2015 – Portaria MF 343/15.

Para melhor elucidar esse direcionamento, importante recordar que:

- O auto de infração trouxe como acusação fiscal que o contribuinte não incluiu as receitas de subvenção – oriundas de um benefício fiscal de ICMS concedido pelos Estados do Amazonas na base de cálculo do PIS;
- Não obstante, o contribuinte demonstrou com suporte na escrituração contábil de cada um dos períodos de apuração auditados que as receitas de subvenção foram computadas na base de cálculo do PIS dos períodos auditados;
- Tanto é assim, que a DRJ/BEL e, posteriormente, a 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais decidiu, por bem, **"cancelar**" a autuação. Eis trecho do voto constante do acórdão recorrido:

  "[...] Longe das conjecturas, aponta-se como seguro o caminho do cancelamento da autuação, por não restar comprovada a argumentação nela expressa, nem esclarecida a posteriori a dúvida do julgador, pois incumbe à fiscalização, nas autuações, a apresentação dos termos, documentos, laudos e demais elementos de prova

indispensáveis à comprovação da irregularidade detectada (cf. art. 9o do Decreto no 70.235/1972).

E foi nesse sentido a decisão da DRJ, da qual se recorre de ofício.

"LANÇAMENTO. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO.

O auto de infração deve estar instruído com as provas do fato jurídico tributário, nos termos do artigo 9°, caput, do Decreto n° 70.235/1972. Compete ao Fisco, ab initio, investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário ou da prática de infração, como condição para que se realizem a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa."

É de se endossar, por fim, que a diligência efetuada amparou o julgamento de dois processos (este, em relação a Contribuição para o PIS/PASEP, e o processo no 10283.720737/200751, em relação a COFINS). E esse outro processo teve, recentemente, igual destino ao que se propõe para o presente:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS.

Data do fato gerador: 28/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004, 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005

LANÇAMENTO. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO.

O auto de infração deve estar instruído com as provas do fato jurídico tributário, nos termos do artigo 9°, caput, do Decreto n° 70.235/1972. Compete ao Fisco, ab initio, investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário ou da prática de infração, como

> *condição para que se realizem a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa.*
> *Recurso de Ofício Negado." (Acórdão n. 3301001.846, Rel. Cons. Bernardo Motta Moreira, unânime, sessão de 22.mai.2013)"*

Vê-se, assim, que as turmas de julgamento decidiram considerar improcedente o lançamento – cancelando o auto de infração, por não ter sido observado pela autoridade fiscal o disposto no art. 9º do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

> *"Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito."*

Ademais, constata-se da leitura dos acórdãos da DRJ e da turma ordinária do CARF, que em nenhum momento se aventou em discutir a nulidade por vício formal, tampouco qual vício deveria ser aplicável – se formal ou material. É de se verificar ainda que o Colegiado *a quo* em nenhum momento procedeu com a discussão acerca dos arts. 10 e 59 do Decreto 70.235/72, vez que, nessa parte, todos os requisitos haviam sido observados.

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, instigando tais dispositivos – arts. 10 e 59 do Decreto 70.235/72, requer que o Auto de Infração seja anulado por vício formal, resguardando o disposto no art. 173, inciso II, do CTN. Traz como paradigma o acórdão 3102-00.577, que consignou a seguinte ementa (Grifos meus):

> *"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*
> *Período de apuração: 13/04/2005 a 12/03/2007*
> *APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PROVA DO FATO ILÍCITO. OBRIGATORIEDADE.*
> *Por força dos princípios tributários da estrita legalidade e da tipicidade, a autoridade fiscal tem o dever de provar, nos autos do processo administrativo fiscal, o fato ilícito tributário que motivou a aplicação da*

penalidade pecuniária em decorrência do descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória.

APLICAÇÃO DE PENALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. VICIO FORMAL INSANÁVEL. NULIDADE.

O ato fiscal deve estar alicerçado em provas materiais e objetivas que, necessariamente, deverão ser acostadas aos autos do processo administrativo fiscal em que formalizado. Consequentemente, é nulo, por vício formal insanável, o auto de infração que formaliza exigência de crédito tributário, consistente na aplicação de penalidade pecuniária, se estiver lastreado em meras suspeitas ou em simples suposições e desacompanhado dos termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito tributário (art. 9° do PAF).

DECISÃO PRELIMINAR. INCOMPATIBILIDADE COM A QUESTÃO DE MÉRITO. APRECIAÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

Não será analisada a questão de mérito do recurso, se incompatível seu julgamento com a decisão proferida em relação à questão preliminar (art. 28 do PAF).

Processo Anulado."

Vê-se claro que o caso em questão não trata de discussão de nulidade do lançamento, mas sim de "cancelamento" do auto de infração, pois a autoridade fiscal não trouxe prova do ilícito imputado ao contribuinte. Por isso, nem foi discutido no âmbito da 1ª e 2ª instância a natureza de algum vício – se vício formal ou vício material.

Em vista de todo o exposto, entendo que não há como se conhecer o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, pois trouxe discussão "estranha" da tratada nos acórdãos da turma ordinária do CARF e da DRJ.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama