



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

Processo n° 10480.008987/2002-89
Recurso n° 239.774 Voluntário
Acórdão n° 3403-000.811 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de fevereiro de 2011
Matéria PIS
Recorrente TREVO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO – NULIDADE – ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE FATO NO JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. Se a autuação toma como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial em nome do contribuinte, e o contribuinte demonstra a existência desta ação, bem como que figura no pólo ativo, deve-se reconhecer a nulidade do lançamento por absoluta falta de amparo fático. Não há como manter a exigência fiscal por outros fatos e fundamentos, senão aqueles especificamente indicados no lançamento. Teoria dos motivos determinantes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Ivan Allegretti – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata-se de auto de infração eletrônico (fls. 16/24) que promoveu a constituição de créditos tributários de Contribuição ao PIS em relação aos períodos de apuração 11/1998 e 12/1998, a respeito dos quais o contribuinte declarou em DCTF a vinculação dos valores devidos ao processo judicial n° 98.0009137-8, conforme consta no Demonstrativo de fl. 20.

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 01/15), cujas alegações foram bem sintetizados pelo relatório do acórdão proferido pela DRJ-Recife/PE, nos seguintes termos:

3. Inconformada, a contribuinte, por seu procurador, instrumento, de fl. 26, apresentou a peça impugnatória às fls. 01/15, afirmando, em síntese, que:

3.1 - o Agente Fiscal com base em suposta falta de recolhimento do PIS, lavrou o auto de infração, fazendo incidir juros de mora e multa moratória sobre os valores que entendeu inadimplidos pelo contribuinte. Ocorre que, na verdade, não houve falta de recolhimento e sim compensação de valores recolhidos a maior a título de PIS, efetuados no período de 1988 a 1995, sob a égide dos Decretos-lei 2.445/88 e 2.449/88. Face à declaração de inconstitucionalidade, a Impugnante procedeu com a compensação dos valores pagos a maior a título de PIS, com parcelas da COFINS, nos meses de apuração de novembro e dezembro de 1998, respaldada no art. 66 da Lei nº 8.383/91 e nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96;

3.2 - a Impugnante foi autuada pela Impugnada sem qualquer embasamento legal plausível, uma vez que não restou demonstrada a alegada infração, uma vez que a Impugnante tendo efetuado recolhimentos a maior do PIS, no período de 1988 a 1995, sob a égide dos Decretos-lei 2.445/88 e 2.449/88 e com a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF, viu-se com um crédito perante a Fazenda Nacional. Como se sabe, há basicamente duas modalidades de se dar esse ressarcimento: a restituição ou a compensação do crédito. Sendo esta última a forma mais rápida de se obter a tutela do referido direito ao ressarcimento tributário;

3.3 - mister esclarecer que o direito à compensação do crédito a título de PIS foi adquirido no momento do reconhecimento pelo Senado Federal, através da Resolução nº 49, da inconstitucionalidade dos Decretos-lei nº 2.445/88 e 2.449/88, dessa forma, este possui direito ao ressarcimento do pagamento indevido, sob a forma de compensação, em conformidade com o art. 66 da Lei nº 8.383/91 e os art. 73 e 74 da Lei nº 9.430/96. Verifica-se que, no momento em que a Impugnante informou nas DCTF a compensação do seu crédito, é dever do Fisco apreciar esta compensação, uma vez que é inquestionável a existência do recolhimento a maior e o direito da Impugnante em proceder com a referida compensação. Apesar de reconhecer a existência da referida compensação, o Agente Fiscalizador a desconsiderou, o que sobejamente torna nula a lavratura do Auto de Infração em comento, uma vez que ao interpretar o princípio do devido processo legal, disposto no inciso LIV do art. 5º da atual Carta Magna, a autoridade tributária não poderia autuar os respectivos créditos tributários sem inicialmente analisar a procedência da compensação efetuada pela Impugnante; (grifos editados)

A DRJ-Recife/PE manteve integralmente a exigência, conforme se confere da ementa do Acórdão nº 11-17.419, de 6 de novembro de 2006:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/11/1998 a 30/11/1998, 01/12/1998 a 31/12/1998

PRELIMINAR DE NULIDADE

Não se cogita da nulidade do auto de infração quando presentes todos os requisitos formais previstos na legislação processual fiscal.

DIREITO A COMPENSAÇÃO.

A compensação é opção do contribuinte. O fato de ser detentor de créditos junto à Fazenda Nacional não invalida o lançamento de ofício relativo a débitos posteriores, quando não restar comprovado ter exercida a compensação antes do início do procedimento de ofício.

MULTA DE OFICIO.

A multa a ser aplicada em procedimento ex-officio e aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie.

Lançamento Procedente.

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 369/389) reiterando os mesmos fundamentos contidos na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator.

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

O auto de infração eletrônico refere-se à períodos em relação aos quais o contribuinte declarou em DCTF a vinculação dos valores devidos ao processo judicial nº 98.0009137-8, conforme consta no demonstrativo de fl. 20.

No auto de infração a descrição dos fatos é feita de forma genérica, indicando apenas e exclusivamente a ocorrência de “**Proc jud não comprovad**”.

Presume-se, com isso, que o auto de infração foi lavrado em virtude de acreditar a fiscalização que a referida ação judicial não existia.

Ocorre que os documentos juntados posteriormente (fls. 79/141), demonstram que o referido processo judicial existia, exatamente com o mesmo número declarado, e que por meio dele se lhe autorizou as compensações declaradas em DCTF.

Entendo que, se a ação existia, o pressuposto de fato que dá suporte ao auto de infração é falso.

A respeito do tema, vale a pena transcrever as seguintes considerações, extraídas de voto vencido no Acórdão nº 7.386, de 17 de novembro de 2004, da DRJ-Curitiba/PR, proferido em situação parecida:

3. Respeitosamente, considero que fazer agora tais considerações, no âmbito do processo, e manter o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram, ou puderam ser, cogitados pela autoridade autuante corresponde à verdadeira inovação no que pertine à valoração jurídica dos fatos, em época em que descabe à autoridade julgadora proceder ao agravamento da exigência, por força do que determina o § 3º do art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993, in verbis:

“§ 3º. Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizadas no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.”

4. Em sintonia com o que determina a disposição legal supra, também a doutrina jurídica, na exegese de MARCOS VINICIUS NEDER e MARIA TERESA MARTINEZ LOPES (in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Dialética, 2002, p.184), recomenda o seguinte:

“Assim, constatadas pela autoridade julgadora inexatidões na verificação do fato gerador, relacionadas com o mesmo ilícito descrito no lançamento original, o saneamento do processo fiscal será promovido pela feitura de Auto de Infração Complementar. Esta peça, sob pena de nulidade, deverá descrever os motivos que fundamentam a alteração do lançamento original, indicando o fato ou circunstância que ele pretende aditar ou retificar, demonstrando o crédito tributário unificado, de modo a permitir ao contribuinte o pleno conhecimento da alteração”.

5.No caso em pauta, sabemos todos que o auto de infração é lavrado mediante simples cruzamento de dados entre o que é informado pelo contribuinte e os demais registros contidos no sistema informatizado da Receita Federal. O procedimento in casu é totalmente eletrônico e não obstante a sua validade, visto que autorizado por autoridade competente, fundamenta-se apenas no estreito limite desse cruzamento de informações. A descrição do fato, requisito de validade do auto de infração e elemento essencial ao exercício do direito à ampla defesa do sujeito passivo, encontra-se no âmbito de competência da autoridade lançadora, descabendo à autoridade julgadora supri-lo, ao argumento de que a exigência seria válida sob o prisma da “falta de recolhimento”. Ora, a falta de recolhimento é, em sentido amplo e via de regra, a razão de qualquer lançamento de ofício efetuado de modo a constituir o crédito tributário. Vale

dizer, em linguagem mais simples, que o Fisco não pode, durante o procedimento, atirar no que vê e, então, a autoridade julgadora, já no curso do processo, fazê-lo acertar no que não viu, subtraindo ao impugnante o direito de opor contra-razões, quaisquer que sejam, sem que isto, pelo menos a meu juízo, resulte na preterição do direito de defesa do contribuinte autuado.

6. Em apertada síntese, estas são as razões pelas quais, não promovido o aludido saneamento processual e ante a insubsistência do fato que ensejou a lavratura do auto de infração em exame, visto que agora são outros os pressupostos que o ensejariam, divirjo, respeitosamente, da relatora e dos demais colegas julgadores que votaram pela procedência do feito, eis que, a meu juízo, sem que o processo seja saneado, impõe-se o cancelamento do auto de infração, cabendo ao Fisco efetuar o lançamento que achar devido, então já sob o pálio de novos pressupostos, e desde que dentro de prazo decadencial.

7. Isto posto, VOTO PELA IMPROCEDÊNCIA do lançamento, bem assim respectiva multa lançada de ofício e juros moratórios.

Concordo com este entendimento.

Irrita perceber, neste caso, que o auto de infração singelamente se arrima na inexistência da ação judicial e que, depois de demonstrada a existência da ação judicial, a Autoridade Julgadora de Primeira Instância se arvorou em esmiuçar os detalhes da ação judicial existente, buscando outros motivos de fato para sustentar a manutenção da exigência, passando a argumentar que o lançamento pretenderia prevenir a decadência quanto à exigência dos créditos em discussão na ação judicial - justamente aquela ação judicial que a autoridade lançadora dizia não existir !

Se a autuação tomou como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial, e o contribuinte demonstrou a existência da ação em seu nome, resta patente que o lançamento não tem suporte fático válido, pois o motivo que lhe deu causa na verdade não existe.

De acordo com a teoria dos motivos determinantes, o ato administrativo está forçosamente vinculado aos fatos concretos apurados e aos fundamentos legais que lhe dão suporte.

A fiscalização preferiu tomar um suporte fático genérico e impreciso para dar suporte à autuação, ao invés de promover a apuração concreta da realidade do caso. Errou de fundamento, sendo então incabível que as instâncias julgadoras promovam a atividade de fiscalização que a autoridade lançadora devia ter executado, decantando o suporte concreto que deveria ter sido apurado e indicado pela autoridade lançadora para a lavratura do auto de infração.

Deve-se, pois, reconhecer a nulidade do lançamento por erro e falta de amparo fático.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para anular o auto de infração.

Ivan Allegretti