



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

CARF

Processo nº	10580.007469/2003-09
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3302-007.499 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	21 de agosto de 2019
Recorrente	DEL REY EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 31/07/1998 a 31/12/1998

Ementa:

AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO - ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE FATO NO JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA - Se a autuação toma como pressuposto de fato a inexistência de processo administrativo em nome do contribuinte, limitando-se a indicar como dado concreto "PROC INEXIST NO PROFISC" e o contribuinte demonstra a existência do processo, bem como que figura no pólo ativo, deve-se cancelar o lançamento por absoluta falta de amparo fático. Não há como manter a exigência fiscal por outros fatos e fundamentos, senão aqueles constantes no ato do 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.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Walker Araujo, Gerson Jose Morgado de Castro, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins relativa ao período de apuração de julho a dezembro de 1998. A exigência fiscal originou-se de procedimento de Auditoria Interna realizada na DCTF apresentada pela contribuinte.

Cientificada da exigência fiscal em 11/08/2003, conforme fotocópia do AR - Aviso de Recebimento à folha 47, a autuada apresenta impugnação alegando que a Fazenda Nacional deveria ter realizado uma verdadeira homologação de lançamentos fiscais, compensando débitos e créditos fiscais, que possuía e que ainda não haviam sido regularmente utilizados, conforme laudos elaborados por empresa especializada, os quais, inclusive, foram refeitos, atualizados e separados por item, a serem observados por diligência fiscal que desde já fica expressamente requerida, ante a inviabilidade de apresentação de farta documentação.

Finaliza afirmando que a não realização de revisão fiscal por auditor estranho ao feito caracteriza nulidade da ação fiscal por violar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Consta à folha 45 Termo de Comunicação nº 577122344 acerca de revisão do lançamento de ofício, informando não ter sido localizada impugnação ao Auto de Infração e intimando a contribuinte a recolher os saldos devedores apurados, contra o qual a contribuinte irresigna-se, (fls. 21/37) alegando, em síntese, que já decaíra o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, quando da realização da revisão de ofício.

Conforme informado em 27/09/2011 no Despacho SECAT nº 3439/2011 (fl. 55), o crédito tributário lançado de ofício foi indevidamente inscrito em Dívida Ativa da União, em face de não ter sido suspensa a sua exigência quando da apresentação da impugnação, sendo, então, encaminhado o presente processo a esta DRJ para análise.

A 4^a Turma da DRJ em Salvador julgou a impugnação improcedente, nos termos do Acórdão nº 15-30.301, de 03 de abril de 2012, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 31/07/1998 a 31/12/1998

IMPUGNAÇÃO. PROVAS

A impugnação apresentada deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

COMPENSAÇÃO.

A compensação é opção do contribuinte, e o fato deste ser detentor de créditos junto à Fazenda Nacional não invalida o lançamento de ofício relativo a débitos posteriores, quando não restar comprovado ter exercido a compensação à época do vencimento da obrigação tributária.

Impugnação Improcedente

Inconformado com a decisão da DRJ, apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual argumenta que:

a) é nulo o processo, em face da rejeição ao seu pedido de diligência, tendo-lhe causado grave lesão ao seu direito constitucional;

b) o Fisco não se dignou a fiscalizar a Contribuinte, de sorte a verificar os recolhimentos feitos, os créditos que possuía e as compensações que efetuara, informação que fez constar dos DARFs anexados a sua defesa.

c) as compensações foram efetuadas conforme art. 66 da Lei nº 8.383/91 e constam do processo administrativo nº 10580.021433/99-55, que não foi apreciado pela decisão recorrida.

O julgamento foi convertido em diligência, nos termos da Resolução nº 3803-000.250, de 30 de janeiro de 2013, para que a Unidade de origem informe a pertinência do

processo nº 10580.021433/99-55, mencionado de compensação com os débitos lançados e, sendo afirmativa a resposta a este questionamento, qual o efeito que neles implicaram as compensações.

Por intermédio da informação nº 0044/2018, do Serviço de Orientação e Análise Tributária da DRF de Salvador-BA, ficou registrado que não houve compensação de débitos relativos à Cofins, no período de apuração 07/98 a 12/98, com créditos de PIS e/ou Finsocial através do processo nº 10580.021433/99-55.

Em resposta à informação nº 0044/2018, do Serviço de Orientação e Análise Tributária da DRF de Salvador-BA, a interessada peticiona afirmando que acostou aos autos relatórios analíticos que demonstram a origem dos créditos (pagamentos a maior decorrente do faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador), as datas dos pagamentos, os valores pagos e os valores a compensar, devidamente corrigidos.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

O sujeito passivo controlava as compensações referentes à Cofins do terceiro e quarto trimestres de 1998 no processo nº 10580.021433/99-55. Em auditoria eletrônica de DCTF, o mencionado processo não foi encontrado nos sistemas da RFB, levando o sistema a entender que não havia as compensações declaradas pela contribuinte em DCTF. Diante desse quadro, foi lavrado o auto de infração para constituir os respectivos créditos tributários.

Portanto, resta evidente que a fundamentação do auto de infração foi a inexistência do processo nº 10580.021433/99-55 indicado pelo contribuinte em DCTF como sendo o controlador das compensações que extinguiam os débitos da Cofins do terceiro e quarto trimestres de 1998.

Acontece que existe o processo nº 10580.021433/99-55 e o sujeito passivo que figura é a recorrente. A decisão da DRJ manteve o lançamento tendo como supedâneo a falta de crédito por parte do contribuinte para realização de compensação. Ou seja, afastou o motivo determinante do auto de infração e analisou outro *meritum causae*.

Peço *vénia* à primeira instância, mas não posso concordar com o seu julgamento, pelos motivos que se seguem.

O Acórdão nº 9303-01.060, da lavra do ex-conselheiro Henrique Pinheiro Torres, proferido na Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão do dia 23 de agosto de 2010, o qual subscrevi, *mutatis mutandis*, retrata meu pensamento sobre esta lide, de sorte que peço *vénia* para reproduzi-lo:

(...)

Compulsando os autos, verifica-se que a fundamentação do lançamento de ofício foi ter o sujeito passivo informado compensação em DCTF arrimada em decisão judicial, mas que tal ação não fora comprovada. Daí a fiscalização haver utilizado como premissa para a glosa de crédito o suposto fato de que a ação judicial alegada pelo sujeito passivo não existira. No julgamento da impugnação, a DRJ reconheceu a comprovação

produzida pela empresa quanto à existência do processo judicial informado e a sua vinculação à matéria alegada, todavia, justificou o lançamento sob o argumento de que se o crédito tributário existisse, a compensação somente poderia ter sido efetuada, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial que reconhecesse os créditos em favor do sujeito passivo, o que não era o caso dos autos.

Razão tem a autoridade julgadora de primeira instância quando alega a necessidade do trânsito em julgado para que se possa proceder à compensação desses créditos com débitos de origem tributária do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional. De outro lado, não se pode esquecer que o Processo Administrativo Fiscal exige uma série de requisitos para a formalização do crédito tributário por meio de lançamento de ofício, dentre os quais destaca-se o da correta fundamentação da acusação fiscal. Isso porque, no estado democrático de direito, a todos os administrados é assegurado, diante de uma acusação, seja administrativa ou judicial, saber os fatos que lhes foram imputados e os fundamentos que justificaram tal acusação. Isso em decorrência de princípios basilares assentados nas constituições democráticas modernas.

No nosso ordenamento jurídico, os acusados defendem-se dos fatos que lhes foram imputados, inconsistentes esses, inconsistente também será a acusação.

No caso dos autos, a glosa deu-se sob a premissa de que a ação judicial informada pelo sujeito passivo, como base para a compensação por ele efetuada, não existiria.

Ora, se essa era a acusação: “proc jud não comprova”, se o sujeito passivo comprovou a existência da ação judicial informada na DCTF, a acusação fiscal tornou-se insubstancial, não sendo lícito ao órgão de julgamento modificar a fundamentação do lançamento. Se a fiscalização entender que deve, pode fazer nova acusação, desta feita retratando, corretamente, os fatos imputados ao sujeito passivo, e, de preferência, os descrevendo em Português vernacular, sem abreviações ou frases inacabadas, como a constante do auto de infração em comento (proc jud não comprova). Essa descrição dos fatos, de per si, já representaria cerceamento de defesa, posto ser ininteligível para o homem de conhecimento médio que não seja afeito às questões fazendárias, o que, se alegado pela parte, culminaria na nulidade dos auto de infração, mas como não o foi, não se pode, de ofício, pronunciá-la, posto que só a parte prejudicada é que tem legitimidade para arguir o prejuízo advindo do cerceio de defesa. É um direito personalíssimo e subjetivo do ofendido.

De outro lado, a mudança de critério jurídico realizada pela decisão de primeira instância, não tem o condão de macular o lançamento fiscal, mas sim, a própria decisão, pois quem a proferiu não detinha competência legal para agravar o lançamento fiscal, modificando os seus fundamentos. Desta feita, entendo que o órgão julgador de primeira instância, ao modificar os fundamentos do auto de infração, extrapolou de suas competências, o que torna nula a decisão proferida. Todavia, deixo de pronunciar tal nulidade, pois, no mérito, como dito linha acima, o lançamento é improcedente, já que as provas trazidas aos autos põem por terra a acusação fiscal, já que restou comprovado pelo sujeito passivo que a ação judicial por ele informada na DCTF existe e versa sobre o direito creditório controvertido nestes autos.

Assim, a acusação fiscal do “proc. Jud. não comprova”, não encontra respaldo nos autos. Aliás, tal “fundamentação” desses malfadados autos de infração “eletrônicos”, a rigor, apenas indica que o processo judicial informado não existe. Isso é, por óbvio, o máximo que pode fazer um sistema informatizado, já que não tem capacidade de “interpretar” o conteúdo da decisão proferida para definir se dá cobertura à compensação pretendida.

No mesmo sentido foi a declaração de voto proferida no acórdão nº 7.386/2004 da DRJ Curitiba/PR, *verbis*:

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 nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993.

Em sintonia com o que determina a disposição legal supra, também a doutrina jurídica, na exegese de MARCOS VINÍCIUS 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".

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 contrarrazões, quaisquer que sejam, sem que isto, pelo menos a meu juízo, resulte na preterição do direito de defesa do contribuinte autuado.

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".

Retornando ao processo em análise, o auto de infração eletrônico teve como fundamento inexistência do processo nº 10580.021433/99-55 indicado em DCTF pelo sujeito passivo. Nos autos, em especial, na informação nº 0044/2018, do Serviço de Orientação e Análise Tributária da DRF de Salvador-BA, ficou patente a existência do processo e de que o sujeito passivo é a recorrente.

Portanto, por tudo que foi exposto, é lícito concluir que o pressuposto fático que deu suporte ao auto de infração é falso. Logo, o auto de infração deve ser cancelado pela inexistência e falta de veracidade dos motivos apontados como fundamento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho

Fl. 6 do Acórdão n.º 3302-007.499 - 3^a Sejul/3^a Câmara/2^a Turma Ordinária
Processo nº 10580.007469/2003-09