



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº : 10855.003492/99-56
Recurso nº : 141.490
Matéria : IRPJ e OUTROS - EX.:1999
Recorrente : RAPOSÃO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ em RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 13 DE ABRIL DE 2005

RESOLUÇÃO Nº 105-1.219

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RAPOSÃO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

RESOLVEM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto da relatora.


JOSÉ CLOVIS ALVES
PRESIDENTE


ADRIANA GOMES RÉGIO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 24 MAI 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NADJA RODRIGUES ROMERO, DANIEL SAHAGOFF, EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, FERNANDO AMÉRICO WALTHER (Suplente Convocado), IRINEU BIANCHI e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

Recurso nº : 141.490
Recorrente : RAPOSÃO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

RAPOSÃO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do Recurso de fls. 117/128, contra o Acórdão nº 763, de 27/2/2002, prolatado pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, fls. 92/107, que julgou procedente os lançamentos consubstanciados nos autos de infração de IRPJ, PIS, CSLL, Cofins e INSS relativos a optante do SIMPLES, fls. 2/25, lavrados em novembro de 1999.

Da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, consta que os lançamentos foram referentes ao período de janeiro a julho de 1999, tendo em vista a insuficiência de recolhimentos apurada pela fiscalização, vez que a contribuinte, através de solicitação à SRF, pretendeu compensar créditos de PIS com débitos de "Simples", sem que possuísse tais créditos, o que ocasionou recolhimentos parciais.

De acordo com o Despacho Decisório nº 990/99, fls. 28/29, os créditos de PIS, que correspondiam a valores pagos a maior por força da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foram considerados inexistentes porque a base de cálculo a ser considerada não seria o faturamento do sexto mês anterior.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 41/61, sintetizada pela decisão recorrida nos seguintes termos:

"1 . Auto de Infração Lavrado Fora do Estabelecimentos Autuado - Ineficácia do Procedimento Fiscal."



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

O Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento da firma atuada, embora devesse sê-lo no próprio estabelecimento da empresa. Tal procedimento só é admitido havendo caso fortuito ou força maior a impedir a lavratura no local fiscalizado, em se tratando de estradas, barreiras, volantes, feiras e exposições, portos e aeroportos. Sem estas condições o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento fiscalizado é "irrito", sem eficácia e sem validade jurídico-administrativa.

A lavratura do auto fora do estabelecimento fiscalizado, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte e nos autos administrativos de campo, da fiscalização, evitando-se ainda que sejam lavrados autos "por correspondência", sem qualquer fiscalização e enviados pelo correio, com um visível desprezo ao princípio do contraditório, pois, durante as diligências o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar, através de seu contabilista e se necessário, também pelo seu advogado.

Esse vício insanável contagia todo o processo administrativo fiscal e os atos daí subsequentes: inscrição e execução fiscal, tornam-se nulos.

2 . Exame de Escrita e Levantamentos Contábeis-Fiscais, com base em Verificação de Livros, Lançamentos, Documentos são Trabalhos Privativos de Contador Habilitado no CRC-SP.

A validade administrativa e a eficácia jurídica do procedimento fiscal que efetua levantamentos contábeis-fiscais, verifica ou examina livros mercantis, livros fiscais, lançamentos nestes livros e respectivos documentos que originam esses registros ou assentamentos, está condicionada ao Fiscal ser habilitado, como Contador, junto ao Conselho Regional de Contabilidade – CRC-SP, da data da prática desses atos.

3. Da Inexistência do Auto de Infração e a Imprecisão da Narração dos Fatos

Em todos os autos encontramos a definição da infração como sendo: 001 – Insuficiência de Recolhimento.

No entanto, a atuada protocolou pedido de compensação administrativo com fundamento na inconstitucionalidade da mudança na forma de recolhimento do PIS, com o advento dos Decretos Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88. É importante salientar que o referido pedido de compensação ainda não foi objeto de decisão final, a ser proferida



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

pelo E. Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Sendo assim, por estar em fase de recurso administrativo, os débitos ora lançados estão com a exigibilidade suspensa por força do art. 151, III do Código Tributário Nacional.

A falta de indicação sobre a interposição de recurso administrativo, no pedido de compensação, é causa de anulação do presente auto, por não conter um dos requisitos obrigatórios – a descrição do fato, pois tal descrição não pode ser parcial, nem irreal, tudo o que ocorreu deve ser descrito.

Ademais, existe crédito a favor da empresa, conforme planilha anexa tanto ao presente, quanto no processo administrativo de compensação.

4. Falta de Fundamentação Legal.

A autoridade autuante entendeu que, para o caso em questão, houve a infringência do art. 23, II, a, b, c, e d da Lei 9.317/96. Todavia, observa-se que os referidos artigos tratam de recolhimento do tributo SIMPLES e, como restou demonstrado, não houve falta de recolhimento, mas sim a compensação dos débitos.

Equivocou-se o agente fiscal na “subsunção” do fato a norma . Em todos os autos de infração lavrados, a real fundamentação utilizada foi a suposta inexistência de saldo credor de PIS para a compensação.

Ademais, utilizou o agente fiscal de outros atos normativos: Art. 889, inciso IV, 890 do RIR/94, arts. 186 e 188, do RIR 99, Medida provisória nº 1.249/95 e reedições. “O RIR não é lei, mas mero Decreto”, e dessa forma jamais poderá ser utilizado para fundamentar um lançamento . “Jamais poderá ser fundamento para a exigência de um tributo”.

A Medida Provisória também não pode ser utilizada para fundamentar um auto de infração. A Constituição Federal é precisa, tem que ser lei. A Medida Provisória é um ato administrativo emitido pelo Poder Executivo, não é lei.

Só pela falta de fundamentação legal já concluímos pela nulidade do presente Auto de infração.

5. Inexistência de Relação Jurídico – Obrigacional.

Em razão da imprecisão na descrição dos fatos, concluímos que inexistente a relação jurídico obrigacional. Os fatos foram narrados parcialmente, portanto, não condizem com a realidade.

A autoridade autuante sequer mencionou a existência de recurso administrativo, melhor dizendo, do processo de compensação onde



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

estão declarados todos os débitos lançados, que está em fase de recurso administrativo.

O agente fiscal está utilizando uma situação que não existe para chegar à conclusão que o contribuinte está em débito. No auto de infração somente consta o despacho que indeferiu o pedido de compensação, todavia, a respectiva impugnação não foi anexada .

A administração não pode se satisfazer apenas com versões fornecidas pelo fiscal, tem o dever de localizar todo e qualquer elemento, dados, documentos ou informações para o fim de obter a verdade real da ocorrência.

6. A Falta de Provas.

A autoridade fiscal não pode apenas e tão somente expedir a norma individual e concreta, deve apresentar as provas que a levaram a tal conclusão, indicar tais provas e seu relato e anexá-las ao mesmo.

Sem as provas que caracterizam a ocorrência do fato jurídico tributário, não se pode considerar a sua ocorrência. É nas provas que encontramos a possibilidade de serem juridicizados os acontecimentos fáticos.

A ocorrência do fato jurídico tributário foi comprovada, pois o contribuinte declarou seus débitos, e existe várias formas de cumprir uma obrigação tributária, entre elas: o pagamento e a compensação. A atuada não realizou o efetivo pagamento do crédito tributário, porém, efetuou a compensação, com fundamento no artigo 66 da Lei 8.383/91 e suas alterações. Para comprovar que o crédito tributário não foi extinto através da compensação, deverá a autoridade fiscal juntar ao presente uma decisão final desfavorável do processo de compensação. Isso não foi feito.

Deve-se ter como regra basilar que o ônus da prova na execução do lançamento tributário é de competência exclusiva do fisco. A ele cabe provar a ocorrência do fato jurídico tributário ou da infração que quer imputar ao sujeito passivo.

Desta forma, até a decisão final a ser proferida pelo conselho de contribuintes, não se poderá comprovar que a atuada deixou de recolher, melhor dizendo, deixou de extinguir o crédito tributário.

7. Crédito Tributário Constituído Duplamente.

O processo administrativo de compensação, per si, já é suficiente para se apurar o crédito tributário em favor da União (lançamento por homologação).



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

Assim, em se havendo uma decisão favorável ao contribuinte, o crédito não poderá ser exigido. Por outro lado, em havendo uma decisão desfavorável ao contribuinte, será feita a remessa do processo administrativo à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para a conseqüente inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal.

8. O Princípio da Impessoalidade do Ato Administrativo.

Nos meses de setembro a novembro do corrente ano a Delegacia da Receita Federal realizou uma operação de fiscalização na região de Sorocaba. Trata-se da chamada "operação alerta" ou "operação padrão", onde foi fiscalizado um certo número de empresas para reprimir eventual sonegação fiscal ou fraude em geral.

Não se comprovando a existência da generalidade e da universalidade da "operação de fiscalização", em relação a todos os contribuintes do ramo da autuada, não há como fugir do tratamento tributário diferenciado, isto é, empresas que estão numa mesma equivalência tributária, porque são contribuintes do mesmo ramo de atividade, que vendem gêneros semelhantes de mercadorias, mas recebem tratamentos diferentes. A impugnante alega que somente foram fiscalizados os pequenos contribuintes, sendo deixado de fora os grandes supermercados, o que feriria o princípio da impessoalidade do ato administrativo.

Pergunta : Qual a motivação para a fiscalização de um grupo de empresas de diversos setores? E aduz que se essa pergunta não puder ser respondida, o presente auto de infração deverá ser considerado nulo, por não estar presentes os requisitos da generalidade e da universalidade.

9. Do devido processo legal antes do lançamento tributário.

O Auto de Infração diz claramente que não existe crédito do PIS. Diante disso estaria o contribuinte em débito pelas diferenças apuradas. Mas é fato relevante e inafastável que, se o agente do Fisco encontra qualquer irregularidade, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessas diferenças. Isso é obrigatório em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do auto de infração e da imposição da multa, porque depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio fisco, qualquer tentativa de descaracterizar a



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

diferença será inútil.

No presente caso, nenhuma intimação foi feita neste sentido, antes de ser lavrado o AIIM, o que configura um verdadeiro desrespeito ao princípio do devido processo legal, e configurado está o cerceamento à defesa.

No mérito, alegou o seguinte :

10 . Da Legalidade do Crédito da deferente e da Decisão Judicial.

O crédito da empresa é líquido e certo, consubstanciado na diferença entre os valores recolhidos a título de PIS, quando da vigência dos Decretos 2.445/88 e 2.449/88, com os valores efetivamente devidos, na forma prevista pela Lei Complementar nº 07/70. Tudo isso devidamente reconhecido por sentença judicial. E mesmo que correto o despacho decisório que indeferiu a compensação, referida decisão não é definitiva, ainda mais quando há uma decisão judicial reconhecendo o direito ao crédito do tributo PIS.

Aduz que a Lei 7/70, em seu art. 6º, Parágrafo único determina que o recolhimento de um mês deve ser feito com base no faturamento do sexto mês anterior. Este entendimento inclusive é defendido pelo Conselho de Contribuintes (Processo 10983.000156/96-71- recurso 101.164) . Assim, o crédito da autuada é legítimo, pois apurado confrontando-se os valores efetivamente recolhidos com os valores realmente devidos, nos termos da LC 07/70.

Salientou que embora a discussão sobre a certeza e liquidez do crédito restringir-se apenas ao processo administrativo de compensação, convém ressaltar que o contribuinte possui o direito à imediata restituição de créditos pagos a maior ou indevidamente, dada a inconstitucionalidade dos já citados Decretos Leis.

Já que referidos valores deveriam ter sido restituídos a contribuinte de forma imediata, fica constatada a boa-fé da requerente, que só por motivos legais, efetuou a compensação do crédito relativo aos recolhimentos indevidos, não procedendo desta forma a autuação.

11. Do Juros de Mora e Correção Indevidos.

Não havendo, como de fato não há, qualquer dívida da autuada para com o erário federal, não há possibilidade de ocorrer atraso no cumprimento da obrigação principal, inexistindo, pois a mora; logo, a exigência de juros de mora e correção monetária não tem qualquer causa legítima ou legal.



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

12. Multa Confiscatória

Os débitos foram devidamente declarados e os créditos constituídos. Por esse motivo não é cabível a multa infracional.

A multa além de indevida, assume o caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória, pois atinge o valor do próprio imposto indevidamente reclamado.

Ademais, sem a prova da existência de fraude fiscal, como definidas em leis federais, a multa por eventual infração de regulamento fiscal, sem má-fé, não pode ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação ou do imposto, como no presente caso.

Não há qualquer causa legítima ou legal para este confisco tributário, que fere de morte o art. 150 – IV da Constituição Federal.

E mesmo que se entenda ser necessário o presente lançamento, a multa não poderia ter sido lançada, nos termos da lei 9.430/96 art. 63. Estando os débitos com a exigibilidade suspensa, não saberá o lançamento da multa.

13. Crédito Tributário Inexistente

Conforme amplamente demonstrado no curso desta defesa, o lançamento é nulo, porque já constituído anteriormente (de outra forma) e porque configura um mero arbitramento unilateral, sem a observância do disposto no art. 148 do CTN, tornando por isso, irrito o crédito assim constituído, frente ao princípio da legalidade.

14. Inscrição e Execução Nulas

O crédito sendo irrito, sua inscrição em dívida ativa e sua própria execução será eivada de nulidade, porque o título executório em que ela se escuda não tem origem legal, nem valor legal. Ademais, se estará movimentando a máquina Judiciária indevidamente e ferindo o princípio da moralidade pública.”

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP manteve os lançamentos, conforme o acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

*“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Exercício: 1999*



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. LAVRATURA. LOCAL.

Válido o auto de infração lavrado na repartição, se o autuante dispunha dos elementos necessários ao lançamento.

COMPETÊNCIA.

Para verificar o cumprimento das obrigações fiscais dos contribuintes, o AFRF se serve dos documentos e da contabilidade da empresa. Isso não significa, em hipótese alguma, que esteja desempenhando funções reservadas legalmente aos contadores habilitados, tais como confecção e assinatura de demonstrativos contábeis, mas apenas servindo-se do trabalho produzido pelos contadores para sua fiscalização.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LITÍGIO.

A falta de intimação precedente ao lançamento não é causa de nulidade do mesmo.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Ano-calendário: 1999

Ementa: EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO.

A compensação apenas pode ser efetivada com créditos líquidos e certos.

Lançamento Procedente.”

Ciente da decisão de primeira instância em 21/3/2002, fl. 116, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 15/4/2002, onde, em síntese, repisa os mesmos argumentos aduzidos na impugnação em torno:

1) das nulidades relativas aos autos de infração lavrados fora do estabelecimento autuado, da imprecisão da narração dos fatos, da falta de fundamentação



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

legal, da falta de provas, da inobservância ao devido processo legal, da dupla constituição do crédito tributário e do princípio da impessoalidade do ato administrativo;

2) da legalidade do crédito de PIS, acrescentando que a Lei nº 8.383/91, bem assim a Lei nº 9.430/96, prevêem a possibilidade dos contribuintes compensarem valores recolhidos a maior nos pagamentos a serem efetuados nos períodos seguintes, desde que relativos a tributos e contribuições federais da mesma espécie;

3) da suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora em discussão, enquanto pendente de julgamento na fase administrativa, afirmando que como é credora da exeqüente, pode-se dizer que o débito objeto do auto de infração já teve o depósito do seu montante feito de forma integral; e

4) da inexigibilidade dos juros de mora e do caráter confiscatório da multa de ofício.

Por fim, pede pela anulação do auto de infração, para que o mesmo seja julgado insubsistente, pela inexistência de causas legais e legítimas.

Às fls. 138/143 consta o arrolamento de bens para seguimento do recurso.

Por meio da Resolução nº 301-1.250, de 3 de julho de 2003, fls. 157/162, resolvem os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes converter o julgamento em diligência, tendo em vista que o Segundo Conselho de Contribuintes, analisando os autos relativos ao processo em que a recorrente pleiteia os créditos e a compensação, deu parcial provimento ao recurso, reconhecendo a semestralidade da base de cálculo do PIS, e, como foi indeferido o Recurso Especial da PFN, precisava-se saber se o crédito mantido era suficiente para quitar os débitos constantes dos autos de infração.



Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

Às fls. 166/171, colacionou-se aos autos cópia do Despacho Decisório DRF/Sorocaba/SAORT/ nº 316/2003, fls. 166/171, manifestando-se pela "decadência" do direito da contribuinte de compensar os créditos pleiteados e à fl. 173 consta cópia de uma Representação da Saort daquela Delegacia, datada de 26/9/2003, segundo a qual o processo administrativo nº 10855.002609/98-85, relativo ao pedido de compensação, encontrava-se em fase de apresentação/apreciação da manifestação de inconformidade e que os valores informados como débitos tributários demonstrados nos pedidos de compensação foram analisados e encontravam-se constituídos por declaração e que deveriam ser remetidos à PFN para inscrição em Dívida Ativa da União.

Pelo Despacho de fls. 178/179, a Delegacia da Receita Federal em Sorocaba – SP informa que até aquela data o AR que encaminhava cópia do Despacho Decisório nº 316/2003 ao contribuinte não havia retornado, e, com relação aos débitos, que os valores constantes dos autos eram inferiores àqueles informados nos pedidos de compensação, e declarados pelo contribuinte na Declaração Anual, e que por força da supracitada representação, tais débitos haviam sido inscritos em dívida ativa da União, devido ao indeferimento do crédito, razão porque propunha a devolução dos autos a este Conselho para conhecimento do indeferimento do crédito, o retorno do processo de representação, com proposta de anulação da inscrição, deixando-o sobrestado com pendência de compensação para evitar a inscrição no CADIN, e que após o julgamento por este Colegiado, o processo primeiro retornasse àquela Delegacia para ajusta da representação, no sentido de se evitar a duplicidade de controle dos débitos e a diferença entre o valor dos autos e aqueles declarados.

O Terceiro Conselho de Contribuintes, aprovando a Informação Técnica nº 301-83.06/04, fls. 181/182, retira o processo de pauta e remete a este Conselho, conforme despacho de fl. 183.

É o relatório. 





Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

VOTO


Conselheira ADRIANA GOMES RÊGO, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Muito embora a contribuinte tenha logrado êxito, ainda que parcialmente, no tocante ao pleito de compensação a que se refere o Processo Administrativo nº 10855.002609/98-85, quando do julgamento pelo Segundo Conselho de Contribuintes, a Delegacia da Receita Federal em Sorocaba exarou decisão posterior manifestando-se pelo não reconhecimento dos créditos tendo em vista que expirara o prazo para a ora recorrente pleitear a restituição dos pagamentos a maior que pretendia compensar com débitos do Simples.

Ocorre que a Representação de fl. 173 informa que o referido processo encontrava-se em "fase de apresentação/apreciação da manifestação de inconformidade" em 26/9/2003 e no despacho de fls. 178/179, datado de 21/10/2003, consta a informação de que em 3/10/2003 foi enviada cópia à contribuinte do despacho nº 316/2003 que indeferiu o aproveitamento dos créditos, porém, até aquela data, o AR não havia sido retornado.

Não consta dos autos nenhuma informação posterior a respeito de eventual manifestação de inconformidade da recorrente no que diz respeito ao despacho nº 316/2003.

Assim, urge que seja esclarecido, para deslinde da questão, se a contribuinte se insurgiu contra tal decisão ou se a mesma transitou em julgado. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

13

Processo nº : 10855.003492/99-56
Resolução nº : 105-1.219

Por conseguinte, proponho converter o julgamento em diligência, para que a repartição de origem informe se houve apresentação de manifestação de inconformidade ao despacho de fls. 166/171. Deve ficar esclarecido, ainda, que em caso afirmativo, o presente processo deve ficar naquela repartição até o trânsito final administrativo daquele processo, quando então deve retornar a este Conselho acompanhado da decisão final.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 13 de abril de 2005.


ADRIANA GOMES RÊGO.

13