



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

Processo n° 11080.004527/2002-57
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-001.093 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2011
Matéria COFINS
Recorrente AUVERGNE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/1997 a 30/06/1997

AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO - NULIDADE - MOTIVAÇÃO DOS FATOS INSUBSISTENTE - PROC JUD DE OUTRO CNPJ - ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS - NECESSIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR - CONTROLE DA LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO.

Se a autuação toma como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial em nome do contribuinte, limitando-se a indicar como dado concreto “PROC JUD NAO COMPROVADO”, e o contribuinte demonstram a existência desta ação, 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 constantes no ato do lançamento. A alteração da motivação exige a lavratura de novo auto de infração ou a sua retificação por meio de outro auto de infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Liduína Maria Alves Macambira. Designado o Conselheiro Ivan Allegretti.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Liduína Maria Alves Macambira – Relatora

Assinado digitalmente em 09/08/2011 por ANTONIO CARLOS ATULIM, 09/08/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, 09/08/2011 por IVAN ALLEGRETTI

Autenticado digitalmente em 09/08/2011 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA

Emitido em 16/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Ivan Allegretti - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Winderley Morais Pereira, Domingos de Sá Filho, Liduína Maria Alves Macambira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesí Ortiz.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração para exigência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente ao 2º trimestre de 1997, fls. 20/30, resultante de auditoria interna/eletrônica de DCTF, em razão dos pagamento não serem localizados nos sistemas eletrônicos da Secretaria da Receita Federal.

Inconformada, a Recorrente impugnou a decisão alegando que no período de apuração abril de 1997, devido à centralização, declarou o valor total devido por todos os estabelecimentos da empresa, efetuando, entretanto, o recolhimento com o CNPJ individualizado. No tocante aos períodos maio e junho de 1997, informa que foram incluídos no processo de parcelamento, cujo pedido recebeu o nº 96.007.0855-0 (11080.007146/98-73), o qual após o recolhimento de 19 parcelas, teria sido incluído no REFIS.

A Delegacia de origem, a partir das informações constantes da impugnação, com base nos artigos 145, III e 149, VIII, ambos do Código Tributário Nacional - CTN, revisou de ofício o lançamento e, aceitando as alegações de equívoco no preenchimento do CNPJ da empresa (filial ao invés de matriz), cancelou o crédito tributário relativo ao período de apuração abril de 1997 (fls.28/33).

Feitas as correções, os autos foram remetidos para julgamento. A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre-RS, manteve parcialmente o lançamento, excluindo a multa de ofício. A decisão – acórdão nº10-9769, de 14/09/2006, da 2ª Turma de Julgamento, fls. 39/41, foi assim ementada:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/04/1997 a 30/06/1997

Ementa: Inexistindo comprovação de que os débitos objeto da autuação tenham sido incluídos em processo de parcelamento, indicado ou não em DCTF, deve subsistir o lançamento.

MULTA DE OFÍCIO— RETROAÇÃO BENIGNA — MULTA DE MORA — Reduz-se a multa de ofício para multa de mora pelo advento de norma tributária com aplicação retroativa, nos termos do art.106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Lançamento Procedente em Parte

Cientificada da decisão da DRJ, em 08/03/2007, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, fls. 47/48, pelos motivos transcritos, a seguir, parcialmente:

Cabe inicialmente um reparo. Como título do acórdão do processo em recurso (a fls. 39), aparecem os seguintes dizeres: "Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep" Ocorreu ali um

equivoco, pois o Auto de Infração tem por base apenas a COFINS (código 2172).

A recorrente reconhece que, em relação aos meses de maio e junho de 1997, em sua impugnação ao Auto de Infração em lide cometeu um engano. O equivoco consistiu na afirmação de que a COFINS daqueles dois meses tinha sido incluída em processo de parcelamento. Não houve inclusão em pedido de parcelamento; de fato, a contribuição foi compensada com crédito reconhecido em processo judicial transitado em julgado, como se demonstrará e comprovará neste recurso.

A DCTF relativa aos meses de maio a agosto de 1997 (documento anexo "a") menciona compensação com base em medida judicial, citando o Processo n o 96.0070855-0, na Justiça Federal. Essa informação é correta. A recorrente ignora por qual motivo a auditoria realizada pela DRF entendeu incorreta (ou inexistente) a compensação relativa aos meses de maio e junho, uma vez que não sofreu reparo a mesma compensação feita em relação aos dois meses logo a seguir (julho e agosto de 1997). Saliente-se que a DCTF correspondente aos quatro meses informa a ocorrência de compensação da mesma maneira, sem qualquer diferença. Por que, então, o tratamento diferenciado (por parte da DRF)?

(...)

Sintetizando, a recorrente afirma:

I) em relação aos meses em lide — maio e junho de 1997 — efetivou a compensação de conformidade com a decisão judicial;

II) por isso, não subsiste fundamento para que seja compelida a recolher a COFINS relativa aos citados meses, porque sua única falha foi ter cometido equivoco, ao impugnar o Auto de Infração mencionado com a afirmação que depois constatou ser incorreta.

Para comprovar suas alegações, anexou aos autos: a) cópias DCTF de maio a agosto de 1997; b) resultado de consulta do andamento da ação, nos três graus; c) Sentença da 8ª Vara Federal; d) Acórdão, relatório e voto do TRF/4ª Região; e) ementa, acórdão e trânsito em julgado do STJ; f) planilha de cálculo do crédito sobre as contribuições recolhidas); e, g) Cópia do livro Razão.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Liduína Maria Alves Macambira relatora

O recurso é voluntário e tempestivo.

De início, a recorrente aponta um equivoco por parte da autoridade julgadora de primeira instância ao informar como “Assunto: Contribuição para o PIS”, quando o auto de

infração tem por base apenas a Cofins. Ato contínuo, reconhece que cometeu um engano na impugnação ao Auto de Infração, objeto da presente lide, quando afirmou que os meses de maio e junho de 1997 tinham sido incluídos em pedido de parcelamento, quando, de fato, as contribuições desses meses foram compensadas com crédito reconhecido em processo judicial. Alerta que essa informação havia sido mencionada na DCTF referente aos meses de maio e junho de 1997, como também, fora para os meses de julho e agosto do mesmo ano na DCTF correspondente. Por essas razões, ignora o motivo que levou a auditoria realizada pela DRF entender inexistente a compensação relativa aos meses de maio e junho.

Como se vê a recorrente não discorda dos valores das contribuições referentes aos meses de maio e junho, mas por não ter sido considerada a compensação pretendida conforme vinculada na DCTF.

Para comprovar o reconhecimento judicial a compensação, a recorrente trouxe aos autos cópias de decisões judiciais que lhe garantem o direito à compensação. Constata-se, examinando a cópia da DCTF, original, referente ao 2º trimestre de 1997, que a contribuição, para os meses de maio e junho de 1997, seria compensada com crédito decorrente de medida judicial, processo nº 96.0070855-0, fls.49/50. Na mesma linha, seria também para os meses de julho e agosto do mencionado ano, fls. 51/52.

Com efeito, a decisão judicial, Resp 112918-RS¹, registro 1996/0070855-0, transitado em julgado em 06/06/1997, trazida aos autos pelo contribuinte junto com o recurso voluntário, reconheceu a recorrente o direito de compensar os valores excedentes recolhidos a título de FINSOCIAL com os valores devidos a título de Cofins.

Sendo a compensação alegada objeto de disputa judicial, não cabe, portanto, qualquer manifestação da esfera administrativa sobre essa questão, tendo em conta a supremacia das decisões do Poder Judiciário. A opção pela via judicial importa renúncia às instâncias administrativas, não cabendo conhecer das razões de defesa quanto à matéria sob o crivo do Poder Judiciário. A decisão prolatada em última instância pelo poder judiciário determina o quantum do crédito tributário a ser extinto por compensação no caso de litígio envolvendo tal matéria.

Posto isso, a constituição do crédito tributário é exigível, para que se possa assegurar o direito de a Fazenda Nacional proceder à cobrança da contribuição caso o direito creditório reconhecido judicialmente seja insuficiente para quitar o débito compensado.

Ressalte-se que, tendo em vista a existência de ação judicial transitado em julgado em favor da recorrente que envolve a discussão da matéria objeto do presente litígio, a autoridade responsável pela implementação do acórdão deverá observar os limites impostos na decisão prolatada e a força executória dela emanada.

Em face do exposto, **VOTO** no sentido de não conhecer do recurso, considerando definitivo na esfera administrativa o crédito tributário atrelado à compensação discutida judicialmente, mantendo-se o valor de Cofins originalmente lançado, que poderá ser extinto por compensação caso haja crédito disponível. Caso não tenha crédito suficiente, fica assegurado a cobrança do saldo remanescente.

É como voto.

1

Liduína Maria Alves Macambira - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Ivan Allegretti, Redator Designado

O auto de infração eletrônico refere-se à Cofins dos períodos de apuração 6 e 7/1997, em relação aos quais a contribuinte declarou em DCTF a vinculação dos valores devidos ao processo judicial nº 96.0070855-0, conforme consta no Demonstrativo de fl. 22.

No auto de infração a descrição dos fatos é feita de forma genérica, descrevendo apenas e exclusivamente a ocorrência de “**Proc jud não comprova**” (fl. 22).

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 as peças processuais da ação judicial, apresentadas pelo contribuinte, demonstram que o processo judicial existia (fls. 51/52 e 70/) e que por meio dele se lhe havia reconhecido o direito ao crédito que foi utilizado nas compensações declaradas em DCTF.

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 atuante 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 inúmeros outros motivos de fato para sustentar a manutenção da exigência.

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.

Neste mesmo sentido, aliás, confira-se os seguintes precedentes deste Conselho:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/12/1998

AGRAVAMENTO DA EXIGÊNCIA - INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS DA AUTUAÇÃO.

As turmas de julgamento das delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil não têm competência para agravar a decisão inicial por meio da mudança dos fundamentos da autuação.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/05/1998 a 30/06/1998

AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. DÉBITOS COM ELEGIBILIDADE SUSPensa. DEPÓSITOS JUDICIAIS. PROCESSO JUDICIAL NÃO COMPROVADO.

Cancela-se a exigência fiscal, formulada sob o fundamento de que inexistiria processo judicial que justificasse a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, quando o sujeito passivo comprova que tal imputação é improcedente.

Recurso provido.

(Acórdão nº 3803-00014, Processo nº 10935.001555/2003-32, Rel. Cons. Alexandre Kern, j. 06/07/2009)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

LANÇAMENTO. ERRO NA MOTIVAÇÃO DE SUA LAVRATURA. VÍCIO DE FORMA. CONFIGURAÇÃO.

O lançamento, como espécie de ato administrativo, deve observar a regularidade de seus elementos constitutivos (sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade), de tal maneira que os defeitos existentes na motivação de sua lavratura, quando não refletem a adequada razão de sua realização, configuram vício de forma por prejudicar o contraditório e a ampla defesa, impondo sua nulidade.

(Acórdão 3403-00.269, Processo 10855.003221/2003-93, Rel. Cons. Robson José Bayerl, j. 18/03/2010)

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/1997 a 31/12/1997

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS. NULIDADE.

O ato administrativo de lançamento deve se revestir-se de todas as formalidades exigidas em lei, sendo nulo, por vício de forma, o auto de infração que não contiver todos os requisitos prescritos como obrigatórios pelos arts. 10 do Decreto nº 70.235/72 e 142 do CTN.

Recurso provido.

(Acórdão 2101-00.175, Processo 12045.000576/2007-14, Rel. Cons. Antonio Zomer, j. 04/06/2009)

Na esteira destes precedentes, deve-se reconhecer também neste caso a nulidade do lançamento por erro e falta de amparo fático.

Voto pela anulação do lançamento.

Ivan Allegretti