



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

Processo n° 11610.000587/2002-65
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-007.045 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2019
Matéria COMPENSAÇÃO NÃO AUTORIZADA JUDICIALMENTE.
Recorrente DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA PRUDENTE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1997 a 30/06/1997

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 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 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. 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 voluntário para cancelar o auto de infração, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corinθο Oliveira Machado, Walker Araujo, Luis Felipe de Barros Reche (Suplente Convocado), Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente Substituto).

Relatório

Aproveita-se o Relatório do Acórdão de Impugnação.

Em auditoria fiscal levada a efeito em face do contribuinte acima identificado foi constatado “Proc jud não comprovado” da Contribuição para o PIS/Pasep dos fatos geradores ocorridos nos períodos de 02/1997 a 06/1997 e declarados nas DCTF, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 6 e 7 integrado pelos termos e documentos nele mencionados, apurando-se o crédito tributário composto de contribuição, multa de ofício e juros de mora com cálculos válidos até 30/11/2001 perfazendo o total de R\$ 107.144,13 (cento e sete mil, cento e quarenta e quatro reais e treze centavos), com o seguinte enquadramento legal: Art. 1º e 3º, alínea “b”, da Lei Complementar nº 07/70; art. 83 inc. III, L.8981/95; art 1º, L 9249/95; art. 2º e inc. I, par Un, 3, 5, 6 e 8 inc. I, MP 1495/96-11 e reed; art. 2 e inc. I E par 1, e arts. 3, 5, 6 e 8, inc. I MP 1546/96 e reed.

Inconformada com a autuação, da qual foi devidamente cientificada, a contribuinte protocolizou, em 03/01/2002 a impugnação de fls. 1 a 4 acompanhada dos documentos de fls. 5-41, na qual alega em resumo:

A importância de R\$ 39.920,00 referentes ao primeiro e segundo trimestre de 1997 foi compensada através do processo nº 94.03.39414-5 (doc. anexo) cuja sentença foi proferida em sessão Plenária realizada em 19/12/90 e Apelação Cível nº 177620 julgada em 18/09/95, que alicerçou a compensação efetuada nos trimestres em epígrafe.

Por fim, requer seja a presente impugnação acolhida.

Em 29 de outubro de 2010, através do Acórdão nº 16-27.469, a 9ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento São Paulo I/SP, por unanimidade de votos, considerou procedente em parte a impugnação, mantendo em parte o crédito tributário.

Entendeu a Turma que:

No tocante à alegação de que “A importância de RS 39.920,00 referentes ao primeiro e segundo trimestre de 1997 foi compensada através do processo nº 94.03.39414-5 (doc. anexo) cuja sentença foi proferida em sessão Plenária realizada em 19/12/90 e Apelação Cível nº 177620 julgada em 18/09/95, que

*alicerçou a compensação efetuada nos trimestres em epígrafe”
cabe salientar que:*

*A EQUIPE DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE
MEDIJAS JUDICIAIS E CONTROLE DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO SOB JUDICE - EQAMJ analisou o referido
processo judicial e constatou (fl. 67):*

*“Em 11/10/1995 foi publicado acórdão proferido pelo TRF da 3ª
Região, confirmando a sentença de 1ª instância, para afastar a
aplicação dos DL n.º 2.445/88 e 2.449/88 e submeteu o
contribuinte ao regramento da LC n.º 7/70 com as alterações
posteriores, quanto à incidência do PIS. O acórdão transitou em
julgado em 20/11/1995”.*

*“Após o trânsito, o contribuinte deu início à fase de execução da
sentença a si favorável. A União Federal ajuizou embargos à
execução em 16/12/1998, autuado sob o n.º 1999.61.00.000950-
4, os quais foram acolhidos por sentença de procedência
publicada em 09/10/2001. O contribuinte interpôs recurso de
apelação, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, ao qual
foi negado provimento pelo TRF da 3ª Reg., conforme acórdão
publicado em 05/04/2010”.*

*“O acórdão deixa consignado que o pedido de compensação
feito no âmbito da execução da sentença foi indeferido, e que a
liquidação do eventual crédito não pode basear-se em mera
apresentação de cálculos aritméticos. A apuração do eventual
crédito depende de dilação probatória, quando o contribuinte
deverá demonstrar o efetivo enquadramento no regime
contributivo anterior previsto na LC 7/70 e demonstrar a origem
das diferenças a restituir pela aplicação do regime dos DL
considerado inconstitucional”.*

*“Dessa forma, a análise das medidas judiciais revela a
inexistência de respaldo às compensações declaradas em DCTF,
realizadas por conta e risco do contribuinte. De fato, não só
inexiste autorização para compensação no âmbito judicial, como
o próprio direito creditório buscado pelo contribuinte
permanece sob litígio, dependente de comprovação nos autos,
conforme visto na decisão analisada anteriormente nos autos dos
embargos à execução n.º 1999.61.00.000950-4”.*

*Acima exposto, conclui-se que o próprio judiciário não autorizou
a compensação pretendida pelo Impugnante, portanto, não cabe
a sua reapreciação via administrativa. O crédito que o
contribuinte pretende utilizar na compensação está sendo objeto
de execução judicial. Resta então, procedente o lançamento no
Auto de Infração.*

*6. Com relação à multa de ofício, seu lançamento ocorreu
porque o contribuinte deixou de efetuar o pagamento de
obrigação tributária já vencida sem apontar alguma causa
válida que justificasse a mora.*

A imposição da multa se funda no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e no art. 90 da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Entretanto, posteriormente ao auto de infração em comento, a regra para o lançamento foi alterada. Assim dispõe o art. 18 da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051/2004:

“Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão da não-homologação de compensação declarada pelo sujeito passivo nas hipóteses em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

(...)

§ 4º A multa prevista no caput deste artigo também será aplicada quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. ” (Grifou-se)

*6.2.1. O art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 passou a vigorar com a redação dada pelo **art. 18 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007:***

“Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1º, quando for o caso. ”

6.3. Dessa maneira, não cabe mais imposição de multa de ofício fora dos casos mencionados, sendo tal norma aplicável aos lançamentos ocorridos anteriormente à edição da MP nº 135/2003 em face do princípio da retroatividade benigna, consagrado no art. 106, inc. II, “c”, do CTN, havendo que se exonerar a multa de ofício aplicada.

*7. Ante o exposto, **VOTO PELA PROCEDÊNCIA EM PARTE DA IMPUGNAÇÃO e MANUTENÇÃO EM PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**, de conformidade com o Demonstrativo de Crédito Tributário Exigido, Exonerado e Mantido a seguir:*

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAL**Exigido, Exonerado e Mantido.**

PA	EXIGIDO		EXONERADO		MANTIDO	
	PIS 8109	MULTA PROP.	PIS 8109	MULTA PROP.	PIS 8109	MULTA PROP.
02/1997	8.300,00	6.225,00	0,00	6.225,00	8.300,00	0,00
03/1997	9.760,00	7.320,00	0,00	7.320,00	9.760,00	0,00
04/1997	7.650,00	5.737,50	0,00	5.737,50	7.650,00	0,00
05/1997	7.980,00	5.985,00	0,00	5.985,00	7.980,00	0,00
06/1997	6.230,00	4.672,50	0,00	4.672,50	6.230,00	0,00
TOTAL	39.920,00	29.940,00	0,00	29.940,00	39.920,00	0,00

Obs.: - Acréscimos legais de acordo com a legislação vigente.

A empresa DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA PRUDENTE LTDA. foi intimada do Acórdão de Impugnação, via Aviso de Recebimento, em 12 de janeiro de 2012, às e-folhas 125.

A empresa DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA PRUDENTE LTDA. ingressou com Recurso Voluntário, em 10 de fevereiro de 2012, de e-folhas 126 à 163.

Foi alegado:

FATO NOVO

Cumpra à contribuinte rogar ao Nobre órgão Julgador, que ofereça a devida atenção junto a decisão exarada pela 21ª Vara Federal de São Paulo sob o nº 91.0741144-8 (DOC.ANEXO), onde fica patente o aceite/autorização pelo Poder Judiciário na realização de compensação de PIS/PASEP em favor da contribuinte DISTRIBUIDORA VILA PRUDENTE LTDA. Frente a isso, se REQUER. A DILIGÊNCIA ARGUIDA, em sumo prestígio ao direito de ampla defesa e contraditório, (direito fundamental de 1ª dimensão) - como meio de PROVAR o que se está alegando.

Pela relevância e proporção da PROVA, REQUER, com o devido acatamento, a CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIAS para que o direito existente seja liquidado nos termos legais, sendo os valores devidamente apurados, tendo como referência os cálculos juntados, assim como posterior atualização por agente fiscal e acompanhamento por assistente técnico indicado.

A parte final do requerimento nas diligências é efetuada conforme r. decisão da 3ª Turma/DRJ-RJ-I de 11 de Agosto de 2005 - Acórdão nº 108-08.442 - Processo nº 15374.001625/99-21 - Voto Relator, Conselheiro LUIZALBERTO CAVA MACEIRA.,

Preliminarmente vem a Contribuinte a esse Nobre Conselho Administrativo requerer nos termos expressos no art.151, III7 do Código Tributário Nacional a suspensão da exigibilidade do valor de R\$ 141.638,99 (cento e quarenta e hum mil reais, seiscientos e trinta e oito reais e noventa e nove centavos), haja vista a proibição do Fisco de inscrever a dívida e procurar o Poder Judiciário para requerer seus direitos, na pendência de eventual solução administrativa de qualquer impugnação ou recurso.

II - MEMORIAIS

O presente Recurso Voluntário comprovará que a Contribuinte obteve na 21a Vara Federal de São Paulo sob o nº 91.0741144-8, sentença para afastar a aplicação dos DL nº 2.445/88 e 2.449/88 que veio submeter à Contribuinte ao regramento da LC nº 7/70, quanto à incidência do PIS. Observamos que o acórdão transitou em julgado em 20/11/1995.

Após o trânsito em julgado a Contribuinte deu início a execução da sentença que lhe era favorável, tendo a União embargado a execução em 16/12/1998 (processo nº 1999.61.00.000950- 4), os quais foram acolhidos por sentença de procedência publicada em 09/10/2001. Frente a isso, a Contribuinte interpôs recurso de Apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, tendo sido negado provimento pelo TRF3 da (3a) Terceira Região.

Ocorre que na negativa da Apelação, o Juízo reconheceu a existência do título executivo, contudo frisou que a Contribuinte não cumpriu o art. 604 do CPC9, deixando de oferecer liquidez ao reconhecido título de compensação.

Em linguagem jurídica-semiótica, o art. 604 do CPC, in verbis declinado, É INSTRUMENTAL ou seja, assessora o CAMBIÁRIO TÍTULO JUDICIAL, porque lhe acrescenta POR ACRÉSCIMO/CONFERÊNCIA o valor. E tão só, porque o principal, TÍTULO EXECUTIVO-adjeto do direito, continua a existir e ter validade (como diz a teoria da tridimensionalidade de Reale).

O citado artigo, não torna inexistente o direito da contribuinte em realizar a desejada compensação, no máximo se pode dizer que sua liquidez encontra-se prejudica momentaneamente, sendo passível de solução. Contudo, como é costume da Fazenda Pública em seu voraz desejo arrecadatório, preferiu ignorar a existência desse direito de compensação, julgando por meio da 9a Turma da DRJ/SP1 a não legalidade da compensação dos valores referentes ao PIS. Fato esse que não podemos admitir!

Sustentando as alegações trazidas pela empresa Recorrente, nos valem da exposição de julgados administrativos e judiciais pertinentes à matéria e REQUER diligências - periciais 10 - com nomeação de perito-assistente - em cumprimento ao postulado constitucional - art. 5o, LV11, como MEIO de instaurar e promover o contraditório, assim como, já pronunciou o STF em Súmula Vinculante nº 512, uma vez que não houve o saneamento do processo administrativo.

III - DOS FATOS

A Contribuinte sofreu, a efeito de auditoria fiscal, autuação por ter o Fisco supostamente identificado "Proc jud não comprovado" da contribuição para PIS/PASEP, dos fatos geradores ocorridos nos períodos de 02/1997 a 06/1997 e declarados nas DCTF'S, razão pelo qual foi lavrado o auto de infração onde se apurou o indevido crédito tributário composto de contribuição, multa de ofício e juros de mora, perfazendo o total de R\$ 107.144,13 (cento e sete mil, cento e quarenta e quatro reais e treze centavos).

Insta apontar que a própria Fazenda no relatório do combatido Termo de Intimação, reconheceu que a importância de R\$-39.920,00 (trinta e nove mil e novecentos e vinte reais) referentes ao primeiro período e segundo trimestre de 1997 foi devidamente compensada através do processo nº 94.03.39414-5 cuja sentença proferida em sessão plenária realizada em 19/12/90 e Apelação Cível nº 177620 iuload a em 18/09/95, que alicerçou a compensação efetuada nos trimestres em epígrafe.

A Recorrente inconformada com a autuação apresentou Impugnação em 03/01/2002, tendo a 9ª Turma da DRJ/SP1 apresentado sua errônea decisão no Acórdão nº 16-27.469.

Em 11/10/1995 foi publicado acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região, confirmando a sentença de 1ª instância, para afastar a aplicação dos DL nº 2.445/88 e 2.449/88 e submeteu ao regramento da LC nº 7/70 com alterações posteriores, quanto à incidência do PIS, tendo o acórdão transitado em julgado em 20/11/1995.

Como preconiza a Lei Complementar em matéria tributária, ut, art. 170-A (parte final) do CTN-Código Tributário Nacional, após o trânsito em julgado, a Contribuinte deu início à fase de execução da sentença a si favorável. Sendo naquela oportunidade, a União Federal ajuizou embargos à execução em 16/12/1998, autuado sob o nº 1999.61.00.000950-4, os quais foram acolhidos por sentença de procedência publicada em 09/10/2001. A Contribuinte em face disso, interpôs Recurso de Apelação, recebida com efeito devolutivo e suspensivo, ao qual foi negado provimento pelo TRF da 3ª Região, conforme acórdão publicado em 05/04/2010.

Para registro e que não permaneça a confusão, o não provimento da Apelação não teve o condão de alterar a coisa julgada formal, qual seja, NÃO DESCONTITUIU O TÍTULO EXECUTIVO.

A Receita Federal em seu relatório apontou que o acórdão deixou consignado que o pedido de compensação feito no âmbito da sentença foi indeferido, e que a liquidação do eventual crédito não pode basear-se em mera apresentação de cálculos aritméticos. Considerou, que a apuração do eventual crédito depende de dilação probatória, quando o contribuinte deverá demonstrar o efetivo enquadramento no regime contributivo anterior previsto no LC 7/70 e demonstrar a origem das diferenças a restituir pela aplicação do regime dos DL considerado inconstitucional.

Na esteira das costumeiras imprecisões, continua a Receita a apontar no indevido acórdão que a análise das medidas judiciais revela a inexistência de respaldo às compensações declaradas em DCTF, realizadas por conta e risco do contribuinte. Considera ainda de maneira descabida que, não só inexiste autorização para compensação no âmbito judicial, como o próprio direito creditório buscado, permanece sob litígio, dependendo de comprovação nos autos, conforme visto na decisão analisada anteriormente nos autos dos Embargos à execução nº 1999.61.00.000950-4.

Após as rasas alegações apontadas, concluiu a Receita Federal que o próprio Judiciário não autorizou a compensação desejada pela Contribuinte, não cabendo assim sua reapreciação via administrativa. Logo, considerou como justa o lançamento no indevido Auto de Infração.

O Fisco em sua decisão espelhada no acórdão nº 16-27.469 da 9ª Turma da DRJ/SP1, deixa de observar que na negativa da Apelação ajuizada pela Contribuinte, o Juízo reconheceu a existência do título executivo, contudo frisou que a Contribuinte deixou de cumprir e exposto no art. 604 do CPC14, deixando de oferecer liquidez ao reconhecido título de compensação. Isso sem contar o claro reconhecimento ao direito de compensar, como apontamos no início da defesa sob o título de FATO NOVO!

Assim, o mero fato de deixar de cumprir o disposto no artigo supra, não torna inexistente o direito da contribuinte em realizar a desejada compensação, no máximo se pode dizer que sua liquidez encontrasse prejudica momentaneamente, sendo passível de solução. Por consequência, até mesmos os valores referentes à aplicação de multa em razão da alegada inadimplência da Contribuinte, não deve ser mantida nem nos valores já reconsiderados, pois não assiste razão ao Fisco, posto que o direito a compensação só não é líquido, mas existe e foi devidamente reconhecido!

Face ao tamanho descabimento proferido pela Receita Federal, necessário se faz a urgência de termos aceito a CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIAS, já que existe o direito a compensação dos valores almejados pela empresa, como consta no processo nº 91.0741144-8 (21ª Vara Federal Cível de São Paulo), sendo necessário que ocorra a liquidação do título executivo na seara Judicial para que ocorra nos termos da Lei à devida compensação da Contribuinte. Logo, não pode a Receita Federal querer penalizar a empresa por omissão de recolhimento, já que não aguardou a realização da correta liquidação na esfera judiciária. Fato esse que por fatos e provas, não deve ser mantido!

IV - DO DIREITO

- A) Do Direito a Ampla Defesa e ao Contraditório;
- B) Dos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública, os Direitos Fundamentais do Contribuinte e o Acesso à Justiça;
- C) Da Compensação e Seus Requisitos;
- D) Do ônus da prova;
- E) Sustentação Oral;
- F) Das Multas.

V- DOS PEDIDOS

Diante do exposto, com o devido acatamento vem requerer:

- a) Seja este Recurso Voluntário autuado, recebido e processado, nos termos das leis reguladoras do Processo Administrativo Constitucional Tributário Federal, Decreto 70.235/72, com as alterações introduzidas pela lei 9.430/96, 9.532/97, 9.784/99, 10.522/02, 11.119/05, 11.196/05, bem como, com amparo no que dispõe o Art. 5º incisos: XXXIV, "a", LV, LXXVIII, § 1º, da CF/88, e suas respectivas alterações;
- b) Fiquem SUSPENSOS quaisquer procedimentos administrativos, inclusive encaminhamento à Dívida Ativa, bem como, abstendo-se da lavratura de CDA - Certidão da Dívida Ativa e outros atos tendentes à cobrança, no sentido de apreciar a presente defesa, pois o auto de infração e seu respectivo processo deverá ficar suspenso, nos termos expresso no art.151, III do Código Tributário Nacional;

-
- c) Deferida, preliminarmente, a sustentação oral à Recorrente, bem como, o requerimento de diligências, cumprindo os ditames da Constituição Federal, Artigo 5º incisos: XXXIV, "a", LIV, LV, LXXXVIII, § 1º, bem como, do artigo 96 do Código Tributário Nacional³⁹, no sentido de verificar a plausibilidade da legislação tributária, compreendida entre leis, tratados, decretos e as normas complementares, ao final declarando a procedência dos créditos existentes, com a designação de dia e hora para a sua sustentação, a ser consignada em termo/ata, o qual se requer desde logo, seja parte integrante do presente procedimento administrativo constitucional;
- d) Requer nos termos do Decreto 70.235/72, o qual regula o processo administrativo fiscal, art.16, III, IV e parágrafo 1º (redação dada pela lei 8.748/93), DILIGÊNCIAS IMEDIATAS no sentido de se apurar e se validar o correto valor de compensação expresso no processo decidido na 21ª Vara Cível Federal da Capital/SP (DOC.ANEXO), em respeito às tabelas de cálculos já juntadas, assim como das devidas DCTF's;
- e) Pede ainda a CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA para produção de prova essencial, no caso, que seja apreciada a decisão colacionada na presente decisão judicial da 21ª vara da Federal de São Paulo sob o nº 91.0741144-8, no qual se reconhece o direito da Recorrente em realizar a compensação;
- f) Indica, nos termos do parágrafo 1º, o perito, Dr. Paschoal Rizzi Nadeo, Perito Judicial Contábil - CRC - 1SP40389/0-1 - APEJESP nº 1.055, com endereço na Rua Riachuelo, nº 326, 20º, cjs. 202 e 203 - CEP: 01007-000 - São Paulo-SP - tel. (11) 3105-9447 - e-mail: prnaddeo@uol.com.br;
- g) E, se REQUER a DILIGÊNCIA em prestígio ao direito de ampla defesa e contraditório - PROVAR o que se esta alegando. Vide decisão da 3ª Turma/DRJ-Rio de Janeiro/RJ I de 11 de Agosto de 2005 - Acórdão nº 108-08.442 - Processo nº 15374.001625/99-21 - Voto Relator, Conselheiro LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA;
- h) A improcedência do lançamento realizado no Auto de Infração lavrado, posto ter havido o recolhimento tempestivo e correto, bem como no mérito, o seu total acolhimento, para que seja extinto o suposto débito, em atenção ao Art. 156, I, do Código Tributário Nacional;
- i) Que seja afastada a aplicação das multa de mora assim como dos abusivos juros, tendo em vista a inconstitucionalidade do procedimento;
- j) Em caso de eventual resíduo de imposto a recolher, conceda a compensação com os créditos de PIS/PASEP - conforme documentos juntados - descontos incondicionais, como lhe é de direito;

- k) Por derradeiro, requer sejam as intimações deste processo administrativo, encaminhadas em nome do Dr Luis Carlos Gomes da Silva, OAB/MT 5.474 e OAB/SP 180.745 - A, com endereço Avenida Nove de Julho, nº 3452, 13º andar, Jardim Paulista, São Paulo/SP, CEP: 01406-000.

Pelas razões e argumentos acima expostos, e pelos princípios do contraditório e da ampla defesa a Recorrente, todos os requerimento são efetuados no pleno exercício regular de direito constitucional, elencando seus pedidos, invocando ainda, o Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei 8.906/94. Salientando que o exercício da advocacia é o único previsto em nossa Constituição, onde em seu artigo 133, assim dispõe ser este mister indispensável à administração da justiça.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Lima Abud

Da admissibilidade.

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte, considerando que a recorrente teve ciência da decisão de primeira instância, via Aviso de Recebimento, em 12 de janeiro de 2012, às e-folhas 125.

A empresa DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA PRUDENTE LTDA. ingressou com Recurso Voluntário, em 10 de fevereiro de 2012, às e-folhas 126.

O Recurso Voluntário é tempestivo.

Da controvérsia.

- CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIAS, dado o alegado direito à compensação dos valores almejados pela empresa, como consta no processo nº 91.0741144-8 (21ª Vara Federal Cível de São Paulo);
- Do Direito a Ampla Defesa e ao Contraditório;
- Dos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública, os Direitos Fundamentais do Contribuinte e o Acesso à Justiça;
- Compensação e Seus Requisitos;
- Do ônus da prova;
- Sustentação Oral;
- Das Multas.

Passa-se à análise.

A discussão em pauta diz respeito à possibilidade da Delegacia Regional de Julgamento mudar o fundamento jurídico do auto de infração. O auto de infração foi fundamentado na constatação do “Proc jud não comprovado” da Contribuição para o PIS/Pasep dos fatos geradores ocorridos nos períodos de 02/1997 a 06/1997 e declarados nas DCTF. A decisão da Delegacia Regional de Julgamento manteve o lançamento tendo por supedâneo de que inexistente autorização para compensação no âmbito judicial, como o próprio direito creditório buscado pelo contribuinte permanece sob litígio, dependente de comprovação nos autos, conforme visto na decisão analisada anteriormente nos autos dos embargos à execução nº 1999.61.00.000950-4”.

O Acórdão nº 9303-01.060, da lavra do 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 vênia para reproduzi-lo:

(...)

Compulsando os autos, verifica-se que a fundamentação do lançamento de ofício foi ter o sujeito passivo informado compensação em DCTF arremada 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 insubsistente, 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 argüir 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.

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, dirirjo, 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, com dito alhures, o auto de infração foi fundamentado na constatação do "Proc jud não comprovado" da Contribuição para o PIS/Pasep dos fatos geradores ocorridos nos períodos de 02/1997 a 06/1997 e declarados nas DCTF.

A Delegacia de Julgamento manteve parte do lançamento sob outro fundamento.

Respeitosamente, considero que manter o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram, ou puderam ser cogitados pela autoridade autuante corresponde à verdadeira inovação no que diz respeito 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.

Pelos fatos arrolados, resta evidente 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.

Forte nestes argumentos, dou provimento ao recurso do sujeito passivo e cancelo o auto de infração.

É como voto.

Jorge Lima Abud - Relator.