



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

Processo nº	13671.000132/2003-31
Recurso nº	13.671.000132200331 Voluntário
Acórdão nº	3401-01.814 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	23 de maio de 2012
Matéria	COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO - AUDITORIA ELETRÔNICA EM DCTF
Recorrente	VIDROMAT COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/1998 a 31/05/1998

AUTO DE INFRAÇÃO DECORRENTE DE AUDITORIA ELETRÔNICA DE DCTF FUNDAMENTADO EM ALEGAÇÃO QUE NÃO SE CONFIRMOU (Proc. inexistente no Profisc). NULIDADE.

De se cancelar o lançamento motivado unicamente em alegação que não se confirmou, qual seja, que não existiria no “Profisc” o processo administrativo indicado pela autuada em sua DCTF para comprovar a suspensão da exigibilidade dos débitos declarados. Na verdade, o processo indicado na DCTF, ao menos na época em que essa fora entregue, existia, tendo sido levado para o arquivo, e, portanto, não mais constando do “Profisc” somente anos depois, o que não poderia invalidar a informação prestada pelo contribuinte.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, [Tabela de Resultados]

Júlio César Alves Ramos - Presidente

Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Ângela Sartori, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte e Jean Cleuter Simões Mendonça.

Relatório

O presente processo retorna a esta Turma com a determinação da Câmara Superior de Recursos Fiscais para que o mérito seja apreciado.

Ocorreu que, por conta de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o nosso Acórdão nº 3401-00.515, de 3 de dezembro de 2009, em que, de ofício, reconhecêramos a decadência de todo o lançamento pela aplicação da regra do § 4º do art. 150, do Código Tributário Nacional, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no seu Acórdão nº 9303-01.533, de 5 de julho de 2011, entendeu que, no caso, o dispositivo a ser aplicado seria o inciso I do artigo 173, do mesmo CTN, porquanto considerou inexistir “pagamento antecipado”, não podendo ser consideradas para esse fim as compensações existentes.

Assim, todas as demais questões foram devolvidas a esta Turma para novo julgamento, motivo pelo qual faço abaixo um breve apanhado de seu teor.

Breve histórico

Trata-se de auto de infração decorrente de auditoria eletrônica em DCTF cientificado ao sujeito passivo em 02/07/2003 para a exigência da Cofins dos períodos de apuração de janeiro a maio de 1998. O fundamento para a autuação foi de que o processo administrativo indicado pela autuada na DCTF para justificar a compensação não teria sido encontrado no “Profisc” [Proc. Inexistente no Profisc].

Na impugnação entregue em agosto de 2003 a autuada alegou que efetuara a compensação de tais débitos da Cofins em outro processo administrativo, o de nº 13671.000009/98-65, mediante o aproveitamento de créditos do Finsocial pago a maior, crédito esse que teria sido, inclusive, reconhecido judicialmente, com decisão transitada em julgado em 19/11/2002, antes, portanto, da presente autuação fiscal, nos autos do processo nº 2000.01.00.069521-9/MG. E que, desconsiderando tal direito, especialmente o contido no art. 66, da Lei nº 8.383/91, o fisco teria incorrido em uma arbitrariedade em violação ao princípio da moralidade.

À impugnação anexou a cópia de um documento de sua lavra, datado de 23/10/2002, dando conta à Administração Tributária da existência de uma decisão judicial datada de 11/09/2002 garantindo-lhe o direito ao aproveitamento de créditos de Finsocial para a compensação de débitos fiscais, dentre os quais os objetos do presente lançamento. Fez menção a que referida decisão se dera em sentido contrário ao que decidido no citado processo administrativo nº 13671.000009/98-65, e relacionando os débitos, inseriu no item 5 do referido documento:

“05 Para efeitos administrativos e, ainda, em atendimento ao disposto no §. 1º, do art. 21, da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30.09.2002, anexado é à presente DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO, bem como planilha demonstrativa bastante à indicação da respectiva base de cálculo, valor pago, valor devido, diferença entre o valor pago e o valor devido, índice de atualização, expurgos inflacionários, variação da selic, crédito mensal e acumulado” (destaque do original)

Observo, todavia, que neste processo não consta a tal “Declaração de Compensação” a que se referira a impugnante e que estaria a esta anexada.

Encontra-se às fls. 71/73 deste processo, cópia da Decisão da Seção de Tributação da DRF/Divinópolis-MG, datada de 16/10/2000, e proferida nos autos do citado processo nº 13671.000009/98-65, indeferindo os pedidos de restituição e de compensação sob os argumentos de que, primeiro, não havia ainda decisão judicial com trânsito em julgado e o direito de repetir os indébitos estaria prescrito. Deixou, todavia a ressalva na parte final do voto:

“Confirmada a decisão judicial, nos termos em que proferida, o interessado poderá compensar os seus débitos, cabendo à SRF a verificação quanto ao acerto dos cálculos.”

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte-BH, com base na conclusão da diligência fiscal por ela própria determinada, considerou ser correta a autuação porquanto, na apreciação do direito de crédito constante do processo administrativo nº 13671.000009/98-65, a DRF/Divinópolis-MG indeferira o pleito, sendo que não houve a apresentação de contestação por parte da interessada. Além disso, que os procedimentos de compensação somente podem ser realizados mediante condições e sob garantias previstas em lei, a teor do disposto no art. 170 do CTN.

No Recurso Voluntário a recorrente, inicialmente, alegou malferimento ao disposto no artigo 93 da Constituição Federal por conta de, a seu ver, a decisão da DRJ não ter motivação e de não ter feito considerações quanto à prescrição ou não do direito à restituição do crédito de Finsocial, omissão essa que implicaria em nulidade do Acórdão. Argumentou ainda que não se levou em conta ao decidir o entendimento que se extrai da leitura conjunta do *caput* e dos seus parágrafos segundo e terceiro do art. 150 do CTN, ou seja, que compensara os débitos ora lançados com créditos do Finsocial. No mais, repetiu os argumentos já postos em sua Manifestação de Inconformidade.

No essencial, é o relatório.

Observações adicionais

Antes de passar ao voto, peço vênia aos demais Conselheiros para tecer algumas considerações acerca de minha divergência quanto a alguns aspectos que envolveram a admissibilidade do Recurso Especial e o novo julgamento da CSRF.

A “nítida divergência” apontada pela Procuradoria da Fazenda Nacional no seu Recurso Especial, à fl. 143, entre o acórdão recorrido e o acórdão por ela adotado como paradigma, com o devido acatamento, não existe.

E por quê não existe?

Porque em nenhuma parte do Acórdão recorrido será encontrada qualquer referência à existência, ou não, de pagamento antecipado. Ele simplesmente omite essa informação, embora, eu, na condição de Relator, tivesse levado em conta que as compensações caracterizariam-se, sim, ou melhor, teriam os mesmos efeitos que o de um “pagamento antecipado” para fins de definição do dispositivo legal a ser invocado; mas isso não foi transposto para o Voto.

É que, na época em que proferido o Acórdão, a minha opinião era vencida pela maioria quanto a esse aspecto, ou seja, enquanto eu me perfilava ao lado da tese do STJ que acabou por prevalecer e ser acatada por todos, inclusive, por força das disposições regimentais do CARF, os demais pares não condicionavam a utilização da regra do § 4º do art. 150 do CTN à existência ou não de pagamento antecipado. E, em assim o sendo, não havia o cuidado de se explicitar a motivação a utilização do artigo 150 pela caracterização da existência de pagamento antecipado.

Então, à rigor, o Acórdão padecia de uma “omissão” e/ou de uma “obscuridade”, vícios esses ensejadores, data vénia, de Embargos de Declaração e não de Recurso Especial, tanto assim, que, em situações quetais, em outros processos, eu recebera embargos dessa natureza por parte da PFN no sentido justamente de apontar, no processo, onde estaria a evidência da existência de pagamento antecipado.

Repto: não procede a afirmação da Procuradoria da Fazenda Nacional de que o Acórdão teria considerado que o termo inicial de contagem do prazo decadencial se daria segundo o art. 150, § 4º, do CTN, *verbis*, “[...] sendo irrelevante o fato de haver ou não pagamento”. Isso, a menção ou não da existência de pagamento, não constou sequer do Relatório.

De outra parte, tampouco se encontra nos Acórdãos ditos paragmáticos contrapostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, e, nem mesmo no Acórdão desta Câmara contra o qual fora interposto o Recurso Especial de “Divergência” (!!) qualquer menção a uma discussão ou entendimento de que uma “compensação” equivaleria a um “pagamento antecipado”. Isso veio à tona no voto da CSRF por conta, certamente, desse argumento ter sido inserido no processo por meio das Contrarrazões da interessada.

Essas, portanto, as razões de minha divergência, as quais, por óbvio, servem apenas como registro, razão pela qual, não obstante, curvo-me à determinação exarada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais para que sejam tratadas as demais questões de mérito do processo.

Voto

Conselheiro Relator Odassi Guerzoni Filho

Nulidades

A prejudicial de nulidade apontada pela recorrente deve ser afastada porquanto a DRJ não haveria mesmo que se referir a aspectos relacionados a outro processo administrativo que não o presente, ou seja, a questão da prescrição e da motivação para o indeferimento do pedido contido no processo administrativo nº 13671.000009/98-65, muito embora com este guarde relação. Além disso, de se ressaltar, a interessada sequer manifestou inconformismo com a decisão que lhe fora contrária no citado processo.

Por outro lado, mesmo não tendo a Recorrente se insurgido contra a não comprovação da única motivação de que se valeu a autuação, qual seja, a de que o processo administrativo indicado na DCTF não existiria no “Profisc”, levanto eu, de ofício, a nulidade do auto de infração e o faço por ser a nulidade matéria de ordem pública.

Como procurei demonstrar acima, o auto de infração teve como motivação a inexistência do processo administrativo nº 13671.000009/98-65 no “Profisc”, ou seja, tendo, de um lado, a autuada indicado em suas DCTF que os débitos do Pis/Pasep ali confessados haviam sido quitados mediante compensação postulada no referido processo e, de outro, os sistemas eletrônicos da Receita Federal não localizado a existência do mesmo, considerou-se que tais débitos estavam mesmo desvinculados de qualquer crédito, daí a sua constituição de ofício.

Neste ponto, considero importante reproduzir excertos da diligência realizada pela autoridade fiscal determinada que fora pela instância de piso, porquanto trazem mais detalhes sobre o caso:

“1- Em 26/01/98 a impugnante protocolou Pedido de Restituição de valores supostamente recolhidos a maior em função da majoração das alíquotas do Finsocial, nos períodos de 01/88 a 03/92, autuado no processo administrativo nº 13671.000009/98-65.

2- Concomitantemente ao pedido de restituição ou protocoladas em data posterior, foram juntadas ao processo diversos Pedidos de Compensação contendo, entre outros, os débitos exigidos no presente Auto de Infração.

3- Antes de qualquer decisão administrativa relativa ao pleito a autuada efetivou as compensações, informando-as nas DCTF do 1º ao 4º trimestre de 1998, vinculadas ao processo administrativo 13671.000009/98-65.

4- Em 15/06/98, a antiga Seção de Arrecadação — SASAR, analisou o pedido de compensação, relativa aos débitos de Cofins, sob a ótica da IN 032/97, concluindo que o pedido não preenchia os requisitos necessários para convalidação. Desta decisão foi dado ciência à autuada em 15/07/98.

5- Em 16/10/2000, a antiga Seção de Tributação da DRF/Divinópolis concluiu pelo não reconhecimento do direito creditório pleiteado.

6- Em 17/12/98, antes, portanto, da decisão administrativa, a autuada ajuizou ação ordinária em face da União com o mesmo objeto do pedido administrativo, cuja identidade de causa de pedir pode ser demonstrada pelos documentos de fls. 104/116 (cópias do pedido administrativo e da sentença de primeira instância).

7- Assim, tem-se que ao intentar medida judicial discutindo o mesmo objeto daquele debatido no processo administrativo, a autuada renunciou à esfera administrativa o deslinde de seu pleito. Portanto, a decisão administrativa proferida em 16/10/2000 não tem valor jurídico posto que, além de já caracterizada a renúncia, foi proferida após a decisão judicial de primeira instância.

8- Isso posto, a análise se restringe ao que foi decidido nos autos da ação nº 1998.38.00.046182-6, o que se passa a fazer a seguir.

9- A ação, de rito ordinário, foi ajuizada em 17/12/98, com pedido de tutela antecipada indeferido em 01/06/99 (fls. 114- consulta processual).

10. Em 13/12/99 a decisão de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido para declarar compensáveis os valores efetivamente recolhidos acima da alíquota de 0,5%, nos dez anos imediatamente anteriores ao ajuizamento da ação, com correção monetária pelo IPC e seus sucedâneos, no período anterior à UFIR, e juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado; a partir de janeiro/96, com correção monetária e juros pela Selic. (fls. 111). A publicação da sentença se deu em 17/01/00 (fls. 113-consulta processual).

11. Em 11/09/02, o TRF da 1ª Região, negou provimento as apelações e deu parcial provimento à remessa para ajustar os critérios de correção do indébito, determinando que a correção monetária seja feita até 31/12/95 com a aplicação dos expurgos inflacionários, nos termos da Súmula 252 — STJ, e a partir de janeiro de 1996, pela taxa SELIC, afastada qualquer outra forma de correção ou remuneração.

12. O Acórdão transitou em julgado em 19/11/2002.

13. Considerando que o pedido de antecipação de tutela foi indeferido e que o recurso da Fazenda Nacional (Unido) foi recebido no efeito suspensivo (fls. 113-consulta processual), tem-se que a autuada somente teria direito à utilização do crédito para efetuar compensações após 19/11/2002, data em que houve o trânsito em julgado do acórdão. É de relevância observar que nesta data já se encontrava em vigor a "Declaração de Compensação", instituída pelo artigo 74 da lei 9.430/96, dada pelo art. 49 da MP nº 66/02, e IN SRF nº 210/2002. Contudo, não há registro nos sistemas da RFB da entrada de Declaração de Compensação da autuada para utilização do referido crédito, e tampouco houve retificações das DCTF que vincularam as compensações ao PAF 13671.000009/98-65.

14. Por tudo que foi exposto, responde-se o que foi solicitado no pedido de diligência da seguinte forma:

14.1- as compensações efetuadas unilateralmente pela autuada e informadas nas DCTF do 1º ao 4º trimestre de 1998, não têm amparo na decisão judicial nº 2000.01.00.069521-9 (Apelação Cível), posto que efetuadas no período de fevereiro/98 a junho/98, enquanto que a ação somente foi ajuizada em 17/12/98”

14.2- no mesmo sentido, o processo administrativo nº 13671.000009/98-65 ao qual foram vinculadas as compensações nas DCTF não lhes dá respaldo posto que a

autuada renunciou o seu deslinde no âmbito administrativo com a propositura da ação judicial sobre a mesma matéria.”

Vê-se, portanto, que à época do lançamento, julho de 2003, o tal processo administrativo nº 13671.000009/98-65 não mais existia mesmo nos sistemas de controle da Receita Federal e isso por uma razão muito singela: a de que a interessada deixara de apresentar Manifestação de Inconformidade contra a decisão administrativa de outubro de 2010 indeferindo os pedidos de restituição e de compensação lá contidos, o que provocou a sua extinção [arquivamento].

Poder-se-ia dizer, então, que a motivação utilizada pela Fazenda para lavrar o presente auto de infração: “Processo inexistente no Profisc” estaria adequada aos fatos.

Penso que não.

Desde que apertei como Conselheiro do CARF eu venho defendendo a manutenção de lançamentos semelhantes ao do presente processo, como, por exemplo, naqueles cuja fundamentação utilizada seja “Proc. Jud. não comprovad.” e em que, não obstante tal imputação não se confirme (como ocorre neste processo), o contribuinte comprehende a acusação que lhe está sendo feita e se defende quanto ao seu mérito, isto é, apresenta argumentação na linha de mostrar o seu direito ao crédito vergastado pelo Fisco. Assim, aparentemente, sua defesa não estaria sendo cerceada.

Via de regra, nesses casos ocorre que, na verdade, o que não se confirma é a existência do crédito utilizado para a quitação (mediante compensação) dos débitos indicados em compensação mediante a indicação na DCTF de números de processos, administrativos ou judiciais, débitos esses que acabam sendo lançados de ofício por meio desses autos eletrônicos.

E ao “conseguir” se defender (porque ela sabe que, na verdade, a causa da autuação foi o indeferimento de um pedido de reconhecimento de crédito) a autuada fornece munição para que a primeira instância de julgamento possa, aproveitando os argumentos postos na impugnação, “consertar”, “aperfeiçoar” os fundamentos do auto de infração eletrônico, motivando o seu indeferimento, agora sim, na falta da comprovação daquele crédito indicado na DCTF.

É nesse ponto, portanto, que se constata uma nova motivação para o lançamento, ou seja, deixa ele de estar fundamentado, digamos, no “processo inexistente” ou no “processo não comprovado”, para ser fundamentado na “falta de crédito” capaz de suportar as compensações declaradas em DCTF.

Mas, isso, agora admito, após reflexão sobre o tema, mostra-se, à evidência, uma ilegalidade, visto que não é tarefa da DRJ aperfeiçoar ou modificar fundamentos da autuação, sob pena de incorrer em cerceamento de defesa do contribuinte.

Nessa linha, reproduzo ementa do Acórdão nº 9303-01.508, de 31/05/2011, votação unânime, de Relatoria do Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, proferido pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF quando do julgamento do Recurso Especial do Procurador da Fazenda Nacional:

“AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO - NULIDADE – ALTERAÇÃO
DOS FUNDAMENTOS DE FATO NO JULGAMENTO DE SEGUNDA

processo judicial em nome do contribuinte, limitando-se a indicar como dado concreto "PROC JUD DE OUTRO CNPJ", ou "PROC JUD NÃO COMPROVAD" 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 fálico. Não há como manter a exigência fiscal por outros fatos e fundamentos, senão aqueles constantes no ato do lançamento. Teoria dos motivos determinantes."

Igualmente, o voto vencedor do acórdão nº 3403-00249, da lavra do conselheiro Ivan Allegretti, *verbis*:

"Se a autuação tomou como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial em nome do contribuinte, e o contribuinte demonstrou a existência da ação em seu nome, resta patente que o lançamento não tem suporte, 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 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 como fundamento no momento da lavratura do auto de infração. Deve-se, pois, reconhecer a nulidade do lançamento por erro e falta de amparo fálico."

No presente caso, temos que, na época em que a autuada entregou sua DCTF indicando as compensações, fez referência ao processo nº 13671.000009/98-65, no qual existiria o crédito que as lastreavam (Pedido de Restituição de Finsocial entregue em janeiro de 1998), de modo que, ainda que sem decisão quanto à procedência ou não do referido crédito, o fato é que o tal processo existia, sim, no Profisc, de lá tendo saído para o arquivo alguns anos depois.

Então, à época do auto de infração, em que a Administração Tributária não logrou encontrar o tal processo nos seus controles, a motivação do lançamento deveria ter sido "Falta de comprovação de crédito utilizado para compensar débitos" e não a utilizada, porque, repita-se, quando a autuada preencheu a DCTF (em 1998) o processo nela indicado ainda existia no Profisc.

Em face do exposto, reconheço, de ofício, a nulidade da autuação, por falta de motivação, deixando consignado esse meu novo posicionamento se deveu a uma melhor reflexão sobre o tema.

É como voto.

Odassi Guerzoni Filho - Relator

CÓPIA