



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

Processo n° 13855.000333/98-06
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-002.961 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de maio de 2014
Matéria COFINS
Recorrente MAGAZINE LUÍZA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/06/1993 a 31/10/1993

RECURSOS. DESISTÊNCIA TÁCITA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO.

A extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, importa a desistência tácita do recurso em relação à parcela do débito extinta.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL.

Comprovada a existência de depósito judicial anterior à lavratura do auto de infração, exclui-se do lançamento os juros de mora e a multa de ofício até o montante garantido pelos depósitos.

COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL COM COFINS. CONVALIDAÇÃO.

A convalidação das compensações entre o FINSOCIAL e a COFINS por meio da IN 32/97 só alcança as compensações comprovadamente efetuadas no âmbito do lançamento por homologação. Não tendo o contribuinte apresentado os livros demonstrando o reconhecimento contábil da compensação, não há o que convalidar.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em relação à parcela do débito extinta por compensação e, na parte conhecida, em dar provimento parcial para excluir os consectários do lançamento de ofício em relação ao crédito tributário coberto por depósitos judiciais.

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de auto de infração com ciência pessoal do contribuinte em 30/06/1998, lavrado para exigir o crédito tributário relativo à COFINS, multa de ofício e juros de mora, em razão da falta de recolhimento da contribuição nos períodos de apuração compreendidos entre junho e outubro de 1993, detectada após a conferência de depósitos judiciais.

Segundo a descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 08/09, os depósitos judiciais efetuados pelo contribuinte nos autos da medida cautelar nº 92.0304579-1, foram convertidos em renda em 03/11/94. A fiscalização analisou as bases de cálculo declaradas pelo contribuinte em DIPJ e constatou insuficiência nos valores depositados. O contribuinte foi intimado em 17/10/94 a recolher as diferenças apuradas. O contribuinte não se submeteu à intimação e ajuizou a medida cautelar nº 95.03004575-6, 2ª Vara Federal de Ribeirão Preto, efetuando o depósito judicial das diferenças apuradas. Posteriormente, a fiscalização analisou os livros diário e razão, constatando que as bases de cálculo efetivas eram superiores às anteriormente consideradas, tanto para os depósitos originais (já convertidos em renda), quanto para os depósitos complementares (decorrente da intimação de 17/10/94). Assim, a soma dos depósitos efetuados, foi insuficiente para garantir o crédito tributário efetivamente devido. O auto de infração foi lavrado sem suspensão da exigibilidade porque os depósitos não foram efetuados pelo montante integral. Na elaboração do auto de infração foram excluídos os valores quitados pela conversão em renda ocorrida em 03/11/94.

Em sede de impugnação o contribuinte alegou o seguinte: 1) efetuou a compensação das parcelas devidas a título da COFINS, relativas aos meses de junho a outubro de 1993, com o montante do crédito apurado pelo recolhimento a maior das parcelas do FINSOCIAL, pagas com alíquotas superiores a 0,5%; 2) no entanto, a Fazenda Nacional, apoiando-se no disposto no artigo 4º da Instrução Normativa nº 67, de 26 de maio de 1992, entendeu ser incabível a compensação na forma como realizada pela empresa, lavrando o auto de infração; 3) em 17 de outubro de 1994 a Impugnante recebeu a intimação nº 13855/FCA-247/94 para: *"recolher no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento desta, as diferenças apuradas referentes ao cofins de 06/93, 07/93 e 08/93, e os meses 09/93 e 10/93, conforme demonstrativo anexo"*; 4) essa intimação foi impugnada em 14/11/94, pleiteando-se a insubsistência da exigência fiscal e, em consequência, o cancelamento da intimação e arquivamento do processo administrativo; 5) naquela oportunidade, a Impugnante informou que havia impetrado mandado de segurança com o objetivo de obter o reconhecimento da inconstitucionalidade do FINSOCIAL à alíquotas superiores a 0,5% e, a partir desse reconhecimento, a declaração da possibilidade de proceder à autônoma compensação de parcelas já recolhidas, devidamente corrigidas, com as parcelas que se vencerem a título da COFINS e outras da mesma espécie (Processo nº 93.0305602-7 – 2ª Vara Federal de Ribeirão Preto) — cópia integral anexa; 6) em razão da intimação recebida em 17 de outubro de 1994, onde a Fazenda Nacional acenava que o não atendimento acarretaria a inscrição em dívida ativa, a impugnante ajuizou a ação cautelar de depósito nº 95.0300475-6, seguida da ação ordinária nº 95.0301017-9, efetuando o depósito dos valores reclamados e pleiteando a desconstituição do auto de infração (sic); 7) no dia 09 de dezembro de 1997 transitou em julgado o Acórdão do TRF da 3ª Região no mandado de segurança 93.0305602-7 no qual fora

reconhecida a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL e o direito de compensar o indébito devidamente corrigido com a COFINS e a CSL (fls. 373/375); 8) em flagrante violação à coisa julgada, a DRF – Franca, confeccionou novo auto de infração, ora impugnado, onde pleiteia o pagamento do valor da COFINS dos períodos de 06/93 a 10/93; 9) o crédito tributário ora exigido estaria extinto por força de decisão judicial transitada em julgado (art. 156, X, do CTN); 10) não houve a falta de recolhimento nos meses de junho a outubro de 1993, uma vez que a extinção da obrigação tributária nesses períodos se deu pela compensação tida como legal e válida pelo Poder Judiciário; 11) impugnou os consectários do lançamento de ofício.

Por meio do despacho de fl. 589 a DRJ – Ribeirão Preto determinou o retorno do processo ao Auditor-Fiscal incumbido do procedimento, a fim de que se manifestasse acerca do fato de não ter considerado a compensação efetuada e para que o contribuinte fosse intimado a comprovar a existência de créditos relativos ao FINSOCIAL.

Os autos retornaram à DRJ com a informação fiscal de fl. 403, dando conta de que: 1) o contribuinte formalizara em 27/08/1999 processo com pedido de compensação nº 13855.001197/99-16 requerendo a compensação do mesmo FINSOCIAL pago a maior com débitos do próprio FINSOCIAL e da COFINS do período abarcado pelo auto de infração, ou seja, COFINS do período de 06/93 a 10/93; 2) os DARF de recolhimento do FINSOCIAL estão anexados às fls. 04 a 24 do referido processo de compensação; 3) intimado a apresentar outros recolhimentos a serem considerados, o contribuinte manifestou-se pela consideração do depósito judicial autorizado em despacho liminar no processo cautelar nº 95.0300475-6, por meio do qual tentou impedir a inscrição em dívida ativa das diferenças apuradas; e 4) a fiscalização solicitou a juntada do processo nº 13855.001197/99-16 a este processo por apensação.

Por meio despacho de fl. 404 a DRJ – Ribeirão Preto entendeu que, mesmo tendo sido protocolado posteriormente ao auto de infração, a DRF – Franca deveria apreciar o mérito do pedido de compensação objeto do processo nº 13855.001197/99-16, por versar questão prejudicial ao lançamento de ofício. O processo foi então devolvido mais uma vez para a DRF-Franca, a fim de que a autoridade competente se manifestasse sobre o pedido de compensação.

Às fls. 405/423 consta o despacho decisório da DRF-Franca, proferido no processo de compensação nº 13855.001197/99-16. A leitura desse despacho revela que a autoridade administrativa não conseguiu identificar exatamente o que o contribuinte pretendeu compensar. Em razão disso, considerou que o pedido de compensação não poderia constituir confissão de dívida. Houve mera informação dos números de processos relativos aos autos de infração de FINSOCIAL e COFINS. Em relação ao processo de COFINS, a autoridade administrativa entendeu ser mais prudente efetuar a compensação apenas das diferenças não cobertas pelo depósito judicial (fl. 26), uma vez que a impugnação ao auto de infração ainda estava pendente de julgamento pela DRJ.

Nessa situação os autos retornaram à DRJ – Ribeirão Preto, que por meio do Acórdão nº 6.457, de 27 de outubro de 2004 (fls. 435/436), não tomou conhecimento da impugnação, em face da desistência tácita do recurso, caracterizada pelo pedido de compensação formulado no processo nº 13855.001197/99-16.

Regularmente notificado em 25/11/2004 (AR de fl. 450), o contribuinte apresentou recurso voluntário de fls. 454 a 464 em 24/12/2004, por meio do qual argüiu a

nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa. Alegou ser inverídica a afirmação do relator de primeira instância no sentido de que pleiteara a compensação dos valores totais constituídos neste auto de infração. Ademais, ainda que existisse o pedido de compensação em outro processo, é imperativo que se aguarde o desfecho daquele pedido e que a DRJ respeite o conteúdo da decisão tomada no processo de compensação. Todavia, não foi essa a conduta da DRJ, que, num primeiro momento, baixou o processo em diligência para aguardar o julgamento do processo de compensação (despacho de fl. 404), mas posteriormente, após o conhecimento da decisão proferida naquele processo (fls. 405 a 424), marchou em sentido contrário ao seu próprio despacho, desrespeitando a decisão da DRF-Franca que, por mais de uma vez, chamou a atenção para o alcance e limites da questionada compensação nos seguintes termos:

“(…) No que tange a compensação do processo 13855.000333/98-06, que abarca o Auto de Infração da COFINS, há de se considerar a Impugnação de lançamento, em 30/07/98, ainda não julgada, e dependente do desenlace deste processo. Aqui, algumas observações são importantes. O pedido de compensação protocolado em 27/08/1999, não constitui confissão de dívida. Não há indicação neste documento sobre exatamente aquilo que se pretende compensar. Houve mera informação dos números de processos relativos aos autos de infração acima citados.”

A DRJ desrespeitou essa advertência de que o pedido de compensação não constituía confissão de dívida, até mesmo porque não existia indicação precisa do que compensar, e deliberou por ignorar aquela advertência, presumindo não só a confissão de dívida, mas em abusiva extensão que abrangia “*os valores totais constituídos no presente processo.*” Com esse exagerado comando o julgador de primeira instância contrariou a decisão da DRF-Franca, que ao examinar o contexto da compensação naquele processo, havia concluído no despacho decisório, cuja cópia se encontra na fl. 415, o seguinte:

“(…) Acolho as razões do Parecer DRF/FCASORAT/ nº 049/2004 de fls. 507/516, para:

- Reconhecer o direito creditório consoante tabela demonstrativa dos pagamentos efetuados a maior presente no parecer citado;
- Determinar a execução dos procedimentos de compensação dos créditos com o processo nº 13855.000485/94-12 e 13855.000333/98-06, neste último, **considerando-se o demonstrativo de fl. 26 daquele processo.**” (grifos como estão no original, na fl. 415)”

Essa decisão, negritada e sublinhada pelo seu elaborador, chamava a atenção dos julgadores para o restrito alcance atribuído àquela compensação, que só poderia se referir aos débitos relacionados pelo Auditor-Fiscal à fl. 26, quais sejam, aqueles resultantes da acusação de pequenas diferenças não abrangidas pelo depósito de fl. 20. Essa conclusão é mais do que óbvia, por ser inimaginável pedido de compensação para valores objeto de depósito em dinheiro.

Alegou que foram cometidos dois erros na lavratura do auto de infração, que podem ser revistos de ofício pela DRF-Franca, a teor do art. 149 do CTN. O primeiro diz respeito à inclusão de valores que já eram objeto de cobrança pela intimação 13855/FCA-247/94, de 17/10/94 (fls. 98/101), por estarem incluídos em DCTF. E o segundo erro diz respeito à lavratura do auto de infração com multa de ofício e juros de mora para englobar débitos que estavam com a exigibilidade suspensa por ordem judicial e pelo depósito judicial, que incluiu o principal e os encargos da mora, realizado há mais de 3 anos da autuação.

Diante dos graves erros demonstrados, requereu a defesa que, superando-se a invocada nulidade por cerceamento de defesa, seja decretado o cancelamento do auto de infração com base no art. 59, § 3º do Decreto nº 70.235/72.

No mérito, alegou que o fisco não demonstrou e nem comprovou as diferenças apontadas na fl. 26 deste processo. Essa falha na autuação se justificaria pelo fato do termo de início de fiscalização ter sido recepcionado no dia 30/06/98 às 13h (fl. 01 e 74), solicitando uma série de esclarecimentos, e duas horas depois ter sido recepcionado o auto de infração, ou seja, no mesmo dia 30/06/98, às 15h. O Auditor-Fiscal já estava convencido sobre a existência de diferenças e já havia elaborado o auto de infração antes de ter apresentado o termo de início.

Além das falhas já apontadas, o Auditor-Fiscal não concedeu ao contribuinte a faculdade prevista no art. 47 da Lei nº 9.430/96, que assegura o recolhimento com os consectários do procedimento espontâneo no prazo de 20 dias, o que implica nova nulidade passível de cancelamento da autuação.

Acrescentou que é incabível a exigência da multa de ofício porque os débitos já eram objeto de cobrança anterior, visto que declarados em DCTF, e não poderiam ter sido lançados de ofício com multa de 75%. Ademais, não é possível a exigência da multa de ofício e dos juros de mora, pois o lançamento foi feito na vigência de cláusula suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. Existindo depósito judicial integral prévio à autuação, a jurisprudência administrativa é firme no sentido da exclusão dos consectários, mesmo antes do advento do art. 63 da Lei nº 9.430/96, que também não foi respeitado pela fiscalização.

Como se tudo isso não bastasse, a compensação de tributos da mesma espécie (no caso FINSOCIAL com COFINS) não dependia de pedido prévio à Receita Federal, como se vê no art. 14 da IN SRF nº 21/97. A inclusão das parcelas compensadas no auto de infração atenta contra as disposições da IN SRF nº 32/97, por meio da qual a administração convalidou as compensações do FINSOCIAL com a COFINS efetuadas pelos contribuintes.

Por meio do Acórdão nº 204-00.118 a Quarta Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes anulou a decisão de primeira instância por ter entendido que houve o cerceamento do direito de defesa, pela falta de apreciação das razões de impugnação (fls. 491 a 494).

A DRJ – Ribeirão Preto efetuou novo julgamento e por meio do Acórdão nº 10.420, de 13/01/2006, julgou procedente o lançamento. No voto condutor do referido Acórdão o mesmo Relator da decisão anulada reafirmou que a solução deste processo não depende da solução do processo de compensação, sendo equivocado o despacho de fl. 404 da DRJ. O Acórdão reafirmou que o pedido de compensação significou a concordância tácita do contribuinte com o lançamento. Contudo, o Relator verificou que essa concordância se referiu apenas ao principal e aos juros de mora, pois a multa de ofício não teria sido incluída no demonstrativo que se seguiu à folha 1 do processo nº 13855.001197/99-16. Entendeu a DRJ que o contribuinte não fez a compensação no âmbito do lançamento por homologação, com base na decisão judicial transitada em julgado, pois além de não ter sido apresentada nenhuma prova desse fato, o pedido de compensação só foi apresentado em 27/08/1999, após a primeira intimação da DRF – Franca, feita em 23/07/1999, para que o contribuinte fizesse a comprovação dos indébitos de FINSOCIAL. Foi decidido, ainda, que não cabe a aplicação do art. 63 da Lei nº 9.430/96, seja em razão de depósito judicial, seja em razão de decisão judicial. **Por depósito, não ocorreu a suspensão da exigibilidade porque não foi feito no montante**

integral. E por decisão judicial, encarregou-se de demonstrar a própria defesa a inexistência de cláusula suspensiva, ao pleitear administrativamente uma compensação que não fizera antes do procedimento fiscal. Assim, a decisão judicial autorizando a compensação, e não homologando uma compensação já efetuada (posto que não comprovada), não é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. A DRJ julgou válido o auto de infração por não ter violado a coisa julgada e manteve a multa de 75% , em face da inexistência de cláusula suspensiva da exigibilidade do crédito tributário anterior ao lançamento.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância em 14/02/2006, o contribuinte apresentou recurso voluntário de fls. 518 a 533 em 09 de março de 2006, no qual alegou que mais uma vez que a DRJ – Ribeirão Preto incidiu em nulidade por cerceamento de defesa, pois desobedeceu ao comando do Acórdão 204-00.118, uma vez que no segundo julgamento decidiu por não tomar conhecimento da impugnação quanto ao principal e aos juros de mora. No mérito, reprisou as alegações oferecidas no primeiro recurso, inclusive o pedido de aplicação do art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72 a fim de que o Conselho de Contribuintes se abstivesse de pronunciar a nulidade da decisão de primeira instância para decidir o mérito de forma favorável ao contribuinte.

Por meio do Acórdão nº 204-02.272 (fl. 543/546) a Quarta Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso voluntário. Entendeu aquele Colegiado que estando os débitos declarados em DCTF, não era cabível o lançamento de ofício. Relativamente às diferenças não cobertas pelo depósito judicial, houve concordância do contribuinte ao pedir compensação, tanto que essas diferenças foram quitadas pelo saldo remanescente do indébito de FINSOCIAL.

Houve interposição de embargos de declaração por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, que foram liminarmente rejeitados pelo Presidente da Câmara (fls. 550 a 559).

Regularmente notificada da rejeição dos embargos, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou recurso especial de divergência (fls. 560 a 610), que foi admitido por meio do despacho de fls. 612 a 614.

O contribuinte apresentou contrarrazões de fls. 618 a 635.

Por meio do Acórdão nº 9303-01.197 (fls. 638/645), a Câmara Superior de Recursos Fiscais deu provimento ao recurso de divergência, fixando entendimento no sentido de que não existia obstáculo ao lançamento de ofício em relação a débitos declarados pelo contribuinte. Ficou decidido que as questões relativas aos valores lançados que já haviam sido declarados em DCTF, bem como a alegada compensação de valores, deveriam ser tratadas apropriadamente pela instância julgadora *a quo*, notadamente para se saber se os créditos na compensação seriam suficientes para liquidação dos débitos ora exigidos.

Nessas condições, o processo foi sorteado a este Relator na reunião do mês de abril de 2012.

Por meio da Resolução 3403-000.380, de 26 de setembro de 2012, o julgamento foi convertido em diligência à DRF-Franca a fim de que a autoridade administrativa adotasse as seguintes providências:

"(...)

1) sejam anexados ao e-processo os arquivos PDF com a imagem do processo de compensação nº 13855.001197/99-16, a fim de que este Colegiado tenha **acesso**

ao seu conteúdo integral. Este colegiado precisa conhecer a íntegra desse processo, para saber o que o contribuinte pretendeu compensar e estabelecer o alcance do despacho decisório;

2) sejam anexadas aos autos as cópias das DCTF onde foram declarados os débitos que originaram a intimação 13855/FCA-247/94, de 17/10/94 (fls. 98/101). Na hipótese de inexistência das DCTF ou dos débitos não terem sido declarados, solicita-se à autoridade administrativa que informe a origem dos valores consignados na referida intimação;

3) seja o contribuinte intimado a comprovar o reconhecimento contábil da compensação de FINSOCIAL com a COFINS, que teria sido efetuada nos meses de 06/93 a 10/93, com base na decisão judicial transitada em julgado no mandado de segurança nº 93.0305602-7. A comprovação deverá ser feita por meio da apresentação de cópias dos livros diário e razão com os lançamentos contábeis referentes à compensação referida. As cópias dos livros deverão vir acompanhadas dos respectivos termos de abertura e de encerramento, de uma cópia do plano de contas vigente à época e de uma explicação escrita do contribuinte sobre como foi feita a contabilização, ou seja, o nome das contas debitadas e creditadas, as datas dos lançamentos e as páginas do livro em que podem ser verificados. Todas as cópias deverão ser legíveis;

4) seja o contribuinte intimado a apresentar certidão de objeto e pé relativa à ação cautelar nº 95.0300475-6, que indique a situação do valor depositado (se ainda está depositado, se foi levantado, ou se foi convertido em renda);

5) seja o contribuinte intimado do inteiro teor desta resolução e a apresentar certidão de objeto e pé relativa à ação ordinária nº 95.0301017-9, que, segundo a impugnação, teria sido ajuizada para desconstituir a exigência contida na intimação 13855/FCA-247/94, de 17/10/94, da antiga Agência da Receita Federal em Franca-SP. (...)"

Os autos retornaram com os documentos de fls. 654 a 702, contendo certidões de objeto e pé das duas ações judiciais, extrato das DCTF do período autuado, informações prestadas pelo contribuinte e informação da autoridade administrativa onde consta que o processo de compensação 13855.001197/99-16 está pensado a este processo no e-processo e os autos em papel foram encaminhados ao CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Com a anulação do acórdão 204-02.272 pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, o processo retornou à fase de julgamento do recurso voluntário.

Conforme relatado, os valores apurados e lançados pela fiscalização à fl. 06 se referem às diferenças devidas em relação ao valor convertido em renda da União e que se

encontrava depositado na Caixa Econômica Federal na conta 2014-005-1068-0 (Medida Cautelar nº 92.0304579-1).

Essas diferenças foram apuradas a partir das bases de cálculo extraídas dos livros do contribuinte e, segundo relato da fiscalização, englobam os valores anteriormente exigidos por meio da carta de cobrança 13855/FCA-247/94.

Observe-se que os valores das bases de cálculo utilizadas pela fiscalização na feitura do lançamento (fl. 09) coincidem com os valores informados pelo contribuinte na fl. 11. O demonstrativo de fl. 11 foi elaborado e assinado pelo contabilista do Magazine Luiza. Portanto, ao contrário do que alegou a defesa, a fiscalização não tinha que ter demonstrado no que consistiam as diferenças, pois os valores retirados dos livros coincidem com os informados pelo Magazine Luiza.

O contribuinte contestou a carta de cobrança 13855/FCA-247/94 em juízo, efetuando depósito da quantia exigida nos autos da medida cautelar nº 95.0300475-6, ingressando posteriormente com a ação ordinária pleiteando a desconstituição da cobrança.

Assim, é inequívoco que uma parcela dos valores lançados no auto de infração está *sub judice* e amparada por depósitos judiciais (a parcela objeto na carta de cobrança), enquanto que outra parcela, aquela apurada na fl. 26, não está amparada por depósito judicial.

O primeiro óbice oposto pelo contribuinte em seu recurso voluntário, foi a nulidade da decisão de primeira instância. Não vislumbro a nulidade alegada. Embora o relator da DRJ tenha permanecido irredutível quanto à independência entre os processos do auto de infração e de compensação, ele reviu o seu entendimento em relação ao acórdão anterior e julgou a impugnação do contribuinte, enfrentando e decidindo várias questões colocadas pela defesa. A defesa pode não concordar com que ali restou decidido, mas não tem como alegar nulidade em razão da DRJ não ter tomado conhecimento da impugnação.

Em que pese o fato de não haver nulidade na decisão da DRJ, não há como se concordar com a tese lá sustentada, no sentido de que o julgamento deste processo independe do resultado do processo de compensação. A tese chega a ser contraditória, pois ao mesmo tempo em que afirma a independência dos dois processos, afirma que houve renúncia tácita ao direito de recorrer do auto de infração em função do pedido de compensação que considera independente.

A grande questão neste processo era estabelecer o alcance da compensação pleiteada pelo contribuinte. E o acesso ao inteiro teor do processo 13855.001197/99-16 confirma as alegações do contribuinte em sede de recurso voluntário, no sentido de que não pleiteou a compensação da parcela do crédito tributário depositada em juízo. Vejamos.

Em relação às diferenças apontadas na fl. 26, verifica-se que foram compensadas pela autoridade administrativa da DRF - Franca a pedido do contribuinte, conforme se pode constatar no processo apenso (13855.001197/99-16).

Nas fls. 507 a 516 do processo de compensação, se pode constatar que a autoridade administrativa, diante do pedido genérico do contribuinte, entendeu por bem compensar apenas as diferenças de fl. 26, as quais constituem valores residuais após descontados todos os depósitos em juízo. Em outras palavras: a autoridade administrativa teve o bom senso de compensar apenas a parte não controvertida em juízo, pois, afinal de contas, o contribuinte estava pedindo a desconstituição do débito objeto dos depósitos judiciais.

A extinção do débito de fl. 26 por compensação, sem nenhuma ressalva do contribuinte, uma vez que o processo 13855.001197/99-16 está findo administrativamente, constitui desistência tácita e parcial do recurso, a teor do disposto no art. 78, § 2º do Regimento Interno do CARF.

Sendo assim, voto no sentido de não conhecer do recurso nesta parte.

A extinção dos débitos de fl. 26 por compensação fez com que restasse em discussão apenas o débito depositado em juízo, que já havia sido exigido por meio da intimação 13855/FCA-247/94.

No que concerne a esse débito, a defesa contesta os seguintes pontos: 1) os consectários do lançamento de ofício devem ser excluídos porque os débitos estavam com exigibilidade suspensa antes da lavratura do auto de infração, além de terem sido declarados em DCTF; 2) não foi concedido o prazo de 20 dias do art. 47 da Lei nº 9.430/96 e 3) a compensação de tributos da mesma espécie FINSOCIAL com COFINS não dependia de pedido prévio ao fisco e a IN 32/97 convalidou essas compensações.

É incontroverso que os mesmos valores exigidos por meio da intimação 13855/FCA-247/94 da antiga Agência da Receita Federal em Franca-SP foram incluídos no auto de infração **após o contribuinte ter ajuizado a ação** para desconstituir o débito.

Assim, trata-se do mesmo débito que está sendo exigido por meio de instrumentos diferentes.

A questão dos valores ora exigidos estarem declarados em DCTF não pode ser aferida nos autos, pois a repartição juntou extrato das DCTF retificadoras e não as originais. De qualquer forma, como a alegação nesse sentido foi do contribuinte, cabia a ele o ônus de prová-la, juntando as DCTF originais, o que não foi feito.

A existência da intimação 13855/FCA-247/94 faz presumir que os débitos estavam declarados nas DCTF originais, mas não prova esse fato.

Mas essa questão da declaração em DCTF está superada, pois o Acórdão da Câmara Superior, que anulou o julgamento do Conselho de Contribuintes fixou entendimento no sentido de que não havia obstáculo ao lançamento de ofício de valores confessados ao fisco.

No que concerne à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, verifica-se que o contribuinte está com a razão. A certidão de objeto e pé de fl. 2824, referente à medida cautelar de depósito nº 95.0300475-6 revela que o crédito tributário estava com sua exigibilidade suspensa antes da lavratura do auto de infração.

A medida cautelar foi proposta em 18/01/1995 e o depósito de fl. 20 foi efetuado em 19/01/1995, enquanto que o auto de infração foi notificado ao contribuinte três anos depois, em 30/06/1998.

Portanto, tratando-se de depósito integral que ainda permanece à disposição do juízo, conforme atesta a certidão de fl. 2824, deve ser excluída a exigência dos juros de mora e da multa de ofício sobre os valores depositados e mantida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até que sobrevenha a conversão em renda da União, pois segundo o teor da

certidão de objeto e pé relativa à ação ordinária 95.0301017-9 (fls 2825/2826), houve sucumbência da recorrente.

A defesa reclama quanto ao fato da fiscalização ter lavrado o auto de infração e não ter concedido o prazo de 20 dias para recolhimento com os acréscimos do pagamento espontâneo. O contribuinte não tem do que reclamar, pois na data do auto de infração já estava contestando a cobrança em juízo. Então, ainda que a fiscalização tivesse concedido o prazo de 20 dias, o recolhimento não seria efetuado, como de fato não foi até hoje.

Outro ponto questionado pela defesa, foi o fato das diferenças objeto da carta de cobrança serem originárias de uma compensação de crédito de FINSOCIAL com a COFINS, efetuada no âmbito do lançamento por homologação, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91. Segundo a defesa, essa compensação entre tributos da mesma espécie podia ser feita independentemente de pedido prévio à Receita Federal e foi convalidada pela IN SRF nº 32/97.

No que concerne à interpretação das normas, a defesa está correta. Quando a compensação tributária foi instituída pelo art. 66 da Lei nº 8.383/91 a Receita Federal baixou a IN nº 67/92 considerando tributos da mesma espécie aqueles que possuíam o mesmo código de arrecadação. Ou seja, a administração só considerava da mesma espécie tributos idênticos. Após uma enxurrada de decisões do Poder Judiciário que consideraram o FINSOCIAL e a COFINS tributos da mesma espécie, a Receita Federal baixou a IN 32/97 convalidando as compensações entre o FINSOCIAL e COFINS.

Acontece que só se pode convalidar algo que já tenha sido feito. Uma das solicitações da diligência era que o contribuinte fosse intimado a comprovar o reconhecimento contábil da compensação entre o FINSOCIAL e a COFINS nos meses de junho a outubro de 1997. E no caso, o próprio contribuinte informou às fls. 2806/2087 que não localizou os livros contendo o reconhecimento contábil da compensação que alegou ter efetuado.

O ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão fazendária cabe ao contribuinte, a teor do art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72. Não tendo se desincumbido do ônus de provar a existência da compensação, fato impeditivo da pretensão fazendária, há que se manter a exigência das diferenças apuradas pela fiscalização.

Sendo assim, ainda que o contribuinte tenha algum saldo residual de FINSOCIAL suficiente para quitar os débitos de COFINS mantidos por esta decisão, o CARF não acolhe pedido de compensação como matéria de defesa. Ao contribuinte resta transmitir uma declaração de compensação vinculando o crédito remanescente de FINSOCIAL aos débitos ora mantidos e, posteriormente, pleitear o levantamento do depósito judicial. Ou então pleitear conversão renda daqueles depósitos e utilizar o crédito de FINSOCIAL para outro fim.

Por fim, cabe frisar mais uma vez que, a teor da narrativa fiscal, os débitos da intimação 13855/FCA-247/94, da antiga Agência da Receita Federal em Franca, são os mesmos que remanesceram neste auto de infração após a compensação dos débitos de fl. 26 nos autos do processo 13855.001197/99-16. Assim, a eventual conversão em renda dos depósitos judiciais liquidará tanto a carta de cobrança, quanto os débitos remanescentes neste auto de infração, pois se trata do mesmo débito que foi objeto de dois instrumentos de cobrança.

Com esses fundamentos, voto no sentido de não conhecer do recurso em relação aos débitos aqui lançados e compensados no processo em apenso e, na parte conhecida, por dar provimento parcial para excluir os consectários do lançamento de ofício em relação à parcela do crédito tributário coberta pelos depósitos judiciais.

Processo nº 13855.000333/98-06
Acórdão n.º **3403-002.961**

S3-C4T3
Fl. 11

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA