



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

Processo nº 13863.000134/2002-92
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-000.692 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de março de 2013
Matéria Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -COFINS
Recorrente AUTO POSTO E RESTAURANTE PETROPEN LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

COFINS. GLOSA DE COMPENSAÇÃO. MUDANÇA DA MOTIVAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO PELA DRJ.

Se a autuação torna 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. Precedente do CARF (3ª Seção/3a. Turma da 4a. Câmara / Acórdão 3403-00.565, em 29/09/2010).

COFINS. COMPENSAÇÃO COM INDÉBITO DE FINSOCIAL.

É assente na jurisprudência da 1ª Seção do STJ que o FINSOCIAL e a COFINS são tributos da mesma espécie, autorizando assim a compensação na forma do art. 66 da Lei nº 8.383/91 (REsp 1082533/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 05/03/2009).

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso voluntário. A Conselheira Irene Souza da Trindade Torres votou pelas conclusões.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/04/2013 por THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES, Assinado digitalmente

em 25/04/2013 por THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES, Assinado digitalmente em 08/05/2013 por IRENE S

OUZA DA TRINDADE TORRES

Impresso em 15/05/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(assinado digitalmente)

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

(assinado digitalmente)

Thiago Moura de Albuquerque Alves – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza, Octávio Carneiro Silva Corrêa e Thiago Moura de Albuquerque Alves .

Relatório

O processo em exame versa sobre lançamento eletrônico originado de auditoria interna realizada pela DRF/Santos nas DCTF da contribuinte relativas ao terceiro e ao quarto trimestre de 1997, nas quais se apurou falta de recolhimento dos débitos de Cofins, referentes aos meses de julho a dezembro desse ano, conforme registra o auto de infração, anexo às fls. 7/11.

Examinando-se o auto de infração, verifica-se que a falta de recolhimento apurada decorre da glosa das compensações declaradas pela contribuinte nos meses de julho a dezembro de 1997 (fls. 9/10). Os demonstrativos reproduzidos nessas folhas, além de indicarem o número do processo judicial informado como justificativa das compensações (92.109.69-1), exibem a seguinte mensagem: "Processo judicial não comprovado".

O crédito tributário lançado, composto do principal, multa de ofício e de juros de mora calculados até 31/05/2002, perfaz o montante de R\$ 52.660,46.

Cientificada da autuação, a ora Recorrente apresentou impugnação, defendendo que o auto de infração era improcedente (fls. 138 e ss.).

Porém, no julgamento da impugnação, a DRJ julgou **procedente em parte** o lançamento realizado (fls. 230 e ss.).

Efetivamente, a DRJ refutou o argumento da autuada, de que seria possível a compensação do indébito alusivo ao FINSOCIAL, com o débito da COFINS objeto do lançamento, nos seguintes termos:

10. Cumpre, portanto, averiguar não só a natureza e os desdobramentos dessa ação judicial, mas também o alcance do decisum invocado, a fim de ajuizar da procedência ou não do lançamento em exame.

11. O relato a seguir baseia-se na documentação existente nos autos (fls. 32/58) e em pesquisa efetuada no sítio do TRF da a Região (fls. 72/74).

12. O aludido processo judicial constitui ação de repetição de indébito proposta pelo procedimento ordinário com o intuito de discutir a legifimidade do Finsocial e obter a restituição dos valores dessa contribuição recolhidos pela impugnante (fls. 32/38). O juízo de primeiro grau, em sentença proferida em 23/03/1994 (fls. 51/53), julgou a ação parcialmente procedente, condenando a União Federal a restituir os valores indevidamente recolhidos. Subindo os autos ao TRF da 3ª Região, o relator do processo, em despacho exarado em 23/10/1996 (fl. 54), apoiando-se no art. 557 do Código de Processo Civil e invocando o princípio da economia processual, negou seguimento à remessa oficial, assim como ao recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública. Publicado o despacho, deu-se a baixa definitiva dos autos à seção judiciária de origem em 11/03/1997 (fl. 73).

Posteriormente, afirmando já haver compensado o crédito na via administrativa, conforme lhe assegurava o art. 66 da lei 8.383/91, a autora manifestou desistência da execução contra a Fazenda Nacional (fl. 57), a qual foi homologada pelo juízo monocrático (fl. 58).

13. Como se pode ver, ao tempo dos fatos geradores objeto de lançamento, a impugnante possuía provimento judicial condenando a União a restituir-lhe os valores recolhidos indevidamente a título de Finsocial. Trata-se naturalmente de sentença ilíquida, cuja liquidação deveria dar-se quer na esfera judicial (antes da fase de execução), quer na própria esfera administrativa, a qual foi eleita pela contribuinte ao manifestar desistência da execução contra a Fazenda Pública. No âmbito administrativo existiam à época dois regimens de compensação: a autocompensação, regida pelo art. 66 da lei n.º 8.383/1991, limitada a tributos da mesma espécie e destinação constitucional e a compensação mediante requerimento, introduzida pela lei n.º 9.430/96 (arts. 73 e 74), que permitia a realização desse procedimento entre tributos ou contribuições de espécies distintas.

15. Ora, a sentença judicial em que se fundam os pretensos créditos de Finsocial, como ficou visto nos parágrafos precedentes, limita-se a determinar a restituição dos valores que tenham sido recolhidos em excesso, sem entrar nos pormenores relativos aos procedimentos de compensação ou afastar a limitação imposta pelo art. 66 da lei n.º 8.383/91. **Dessa forma, como desejasse realizar compensações entre o Finsocial e a Cofins — contribuições inegavelmente distintas — não restava à contribuinte outra opção senão adotar o regimen da lei n.º 9.430/96. No entanto, alega havê-las realizado nos moldes da lei n.º 8.383/91, que as proibia expressamente.**

16. **É indiscutível portanto, no que toca ao principal, a procedência do lançamento em análise, visto que as compensações declaradas, tal como as alega haver efetuado a impugnante, ferem frontalmente a legislação em vigor à época. Observe-se, além disso, que o benefício instituído pela IN SRF**

nº 32/1997, mencionada nos documentos anexos às fls. 3/4, não se aplica aos períodos de apuração autuados. Isso porque, embora tenha convalidado as compensações realizadas antes de sua entrada no mundo jurídico — a qual se deu em 10/04/1997 —, essa norma infralegal não autorizou a realização de novas compensações.

17. Por outro lado, não bastasse a manifesta ilegalidade do procedimento que afirma haver adotado, a impugnante não exhibe nenhuma prova documental das compensações declaradas, as quais deveriam estar consignadas em seus livros contábeis a fim de permitir seu controle pela RFB e evitar que se utilizassem mais de uma vez os mesmos créditos. As anotações reproduzidas nas fls. 34, realizadas em formulários de DARF, naturalmente não se prestam a esse fim.

18. Perante os fatos expostos acima, é imperioso manter a exigência no que respeita aos débitos lançados. No tocante à multa de ofício, entretanto, impõemse algumas observações.

No que diz respeito à cominação de multa de ofício, a DRJ entendeu por julgar **improcedente** o lançamento nessa parte, como se deduz do trecho abaixo:

18. Perante os fatos expostos acima, é imperioso manter a exigência no que respeita aos débitos lançados. No tocante à multa de ofício, entretanto, impõemse algumas observações.

19. A exigência da penalidade pecuniária repousa no art. 44, inciso I, da lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, vigente ao tempo do lançamento, que a previa expressamente nos seguintes termos:

[...]

20. Tal exigência, todavia, deve ser revista devido à alteração introduzida pelo art. 18 da lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, no art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, ambos transcritos abaixo:

[...]

21. O art. 18 da lei nº 10.833/2003, acima reproduzido, foi posteriormente modificado pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007:

[...]

22. Assim, em homenagem ao princípio da retroatividade benigna, expressamente consagrado no art. 106, II, c, da Lei nº 5.172/66 (CTN), cumpra exonerar integralmente a multa de ofício lançada.

23. Diante do exposto, voto no sentido de julgar procedente em parte o lançamento em exame, conforme o quadro demonstrativo abaixo.

Cientificada do acórdão da DRJ, a empresa apresentou recurso voluntário, defendendo a improcedência do auto de infração (fls. 242 e ss.).

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator para apreciação do recurso na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Moura de Albuquerque Alves, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Debate-se, nos autos, se foi corretamente glosada a compensação efetuada pelo contribuinte, em sua DCTF, utilizando **indébito** de FINSOCIAL, reconhecido em Ação judicial nº 92.109.69-1, transitada em julgado, com o **débito** de COFINS objeto do auto de infração impugnado.

Para o acórdão recorrido, a compensação seria possível, na forma do art. 74 da Lei nº 9.430/1996. Todavia, pelo simples fato de o contribuinte ter dito que fazia a compensação, na forma do art. 66 da Lei nº 8.383/91 (que só autoriza compensação de tributo da mesma espécie), a DRJ entendeu que foi correto o despacho eletrônico, o qual, por sua vez, lançou a COFINS, sob a justificativa de que a compensação baseava-se em "Processo judicial não comprovado". Eis o trecho essencial do acórdão recorrido:

*15. Ora, a sentença judicial em que se fundam os pretensos créditos de Finsocial, como ficou visto nos parágrafos precedentes, limita-se a determinar a restituição dos valores que tenham sido recolhidos em excesso, sem entrar nos pormenores relativos aos procedimentos de compensação ou afastar a limitação imposta pelo art. 66 da lei n.º 8.383/91. **Dessa forma, como desejasse realizar compensações entre o Finsocial e a Cofins — contribuições inegavelmente distintas — não restava à contribuinte outra opção senão adotar o regime da lei n.º 9.430/96. No entanto, alega havê-las realizado nos moldes da lei n.º 8.383/91, que as proibia expressamente.***

16. É indiscutível portanto, no que toca ao principal, a procedência do lançamento em análise...

Como se vê, a DRJ constatou que, ao contrário do que disse o despacho de indeferimento da compensação, o encontro de contas baseava-se, sim, em processo judicial **devidamente comprovado**, que reconheceu o **indébito** em favor da contribuinte, sem, no entanto, especificar o tipo de compensação a ser efetuada, o que permitiria a empresa optar entre os regimes disponíveis da Lei nº 8.383/1991 e o da Lei nº 9.430/1996.

Apesar disso, conforme o acórdão, o Despacho eletrônico deveria ser mantido, pois o contribuinte afirmou que sua compensação entre o FINSOCIAL e a COFINS baseava-se na Lei nº 8.383/1991, onde, na ótica da DRJ, haveria expressa proibição a esse tipo de compensação.

Entendo, porém, que não assiste razão ao acórdão recorrido.

Primeiramente, porque a motivação do auto de infração foi alterada pela DRJ. O motivo do auto de infração foi de que a compensação baseava-se em processo judicial, supostamente, *não comprovado*. Enquanto que o aresto da DRJ mantém o auto de infração, porquanto a compensação entre o FINSOCIAL e a COFINS não poderia ser realizada à luz do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

Todavia, a DRJ não pode alterar a motivação nem o pressuposto de fato do auto de infração, consoante já teve oportunidade de decidir, **à unanimidade**, a 3a. Seção/3a. Turma da 4a. Câmara do CARF, em voto da lavra do Ilmo Conselheiro IVAN ALLEGRETTI, em caso de todo semelhante ao presente:

CARF 3a. Seção / 3a. Turma da 4a. Câmara / ACÓRDÃO 3403-00.565 em 29/09/2010 PIS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1997

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

Se a autuação torna 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 unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos integram o presente julgado. O Conselheiro Robson José Bayerl votou pela conclusão.

Publicado no DOU em: 16.02.2011 Recorrente: PAPAIZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Recorrida: FAZENDA NACIONAL

No meu entender, a comprovação da existência da ação judicial para fundamentar as compensações empreendidas já é razão suficiente para a improcedência do auto de infração.

Contudo, ainda que não se reconheça que a DRJ alterou a motivação do auto de infração, mesmo assim seu argumento de que o FINSOCIAL e a COFINS não são da mesma espécie não encontra eco na jurisprudência dominante do STJ sobre o assunto.

De fato, é assente na jurisprudência do STJ que o FINSOCIAL e a COFINS são tributos da mesma espécie, autorizando assim a compensação na forma do art. 66 da Lei nº 8.383/91. Confira-se:

PROCESSO CIVIL – TRIBUTÁRIO – ART. 74 DA LEI N. 9.430/96 – COMPENSAÇÃO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF – EXAÇÕES COM IDÊNTICA NATUREZA – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE – EFEITOS INFRINGENTES.

1. A quaestio iuris restringe-se à identidade dos fatos jurídico-tributários, na hipótese de restituição de exações indevidamente recolhidas.

2. Embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente na decisão (art. 535, CPC).

3. O STJ entende pela identidade entre FINSOCIAL e COFINS, para fins de repetição de indébito. Pois bem, merece reparo o acórdão embargado, porque o voto condutor corrobora o entendimento da identidade entre as aludidas contribuições sociais, contudo, não permitiu, por erro material, a compensação tributária. Logo, a compensação do FINSOCIAL, in casu, ocorrerá com parcelas da própria exação e da COFINS (art. 74 da Lei n. 9.430/96).

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, exclusivamente para determinar a compensação do FINSOCIAL com o mesmo tributo e também com parcelas da COFINS.

(EDcl no REsp 850.086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 31/03/2009)

A jurisprudência das Turmas da Primeira Seção desta Corte tem manifestado o entendimento de que o Finsocial só pode ser compensado com o próprio Finsocial ou a Cofins, em razão de possuírem a mesma natureza jurídica tributária e destinarem-se ao custeio da Seguridade Social.

(REsp 1082533/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 05/03/2009)

De todo modo, abstraindo a identidade entre o FINSOCIAL e a COFINS, é oportuno afirmar, ainda, que eventual erro do contribuinte em fundamentar a compensação de espécies tributárias pretensamente diferentes, em norma que a proíbe, não constitui, por si só, justa causa para glosar a compensação efetuada, tendo em vista que o contribuinte pode errar o direito aplicável aos seus procedimentos, cabendo ao Fisco o correto enquadramento legal dos fatos.

In casu, é incontroverso, e a própria DRJ reconhece, que o contribuinte poderia optar, na repetição do indébito judicial, tanto pela Lei nº 8.383/91 quanto pela Lei nº 9.430/96, sendo, por isso mesmo, correto seu proceder de compensar o FINSOCIAL com a COFINS, independentemente do seu equívoco em dizer que o fazia com base na Lei nº 8.383/91.

Finalmente, é improcedente, também, o acórdão recorrido, quando afirma que a ausência do registro contábil das compensações, declaradas em DCTF, constituiria outra razão para glosa da compensação, visto que, ao assim julgar, a DRJ altera o pressuposto de fato da autuação e erige irregularidade contábil como causa de glosa de compensação, quando, na verdade, em termos de prova, a procedência da compensação exige a constatação do indébito (por reconhecimento judicial ou administrativo) e a prova do pagamento indevido, via DARF, tendo sido comprovado ambos os requisitos no caso dos autos.

Ante o exposto, voto para DAR provimento ao Recurso Voluntário, julgando improcedente o lançamento.

É como voto.

Thiago Moura de Albuquerque Alves