



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 13987.000189/2002-04
Recurso nº 151.268 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão nº 292-00.055
Sessão de 09 de fevereiro de 2009
Recorrente SEMENTES E CEREALIS BORTOLUZZI LTDA.
Recorrida DRJ em Florianópolis - SC

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 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 judicial em nome do contribuinte, limitando-se a indicar como dado concreto "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 fático. Não há como manter a exigência fiscal por outros fatos e fundamentos, senão aqueles constantes no ato do lançamento. Teoria dos motivos determinantes.

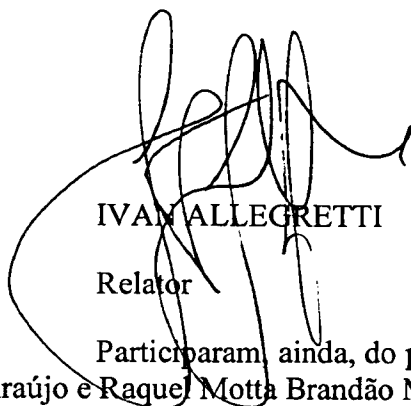
Processo anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEGUNDA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em anular o processo *ab initio*, por vício na motivação.

ANTONIO CARLOS ATUEIM

Presidente


IVAN ALLEGRETTI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Evandro Francisco Silva Araújo e Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente).

Relatório

Trata-se de auto de infração eletrônico (fls. 37/44) que promoveu a constituição de crédito tributário de Contribuição ao PIS em relação aos fatos geradores de 07 a 12/1997.

Por bem descrever os fatos, transcrevo o seguinte trecho do relatório do acórdão recorrido:

"Irresignada, a contribuinte interpôs, em 29 de julho de 2002, a impugnação de fls. 1 a 34, em que contesta a exigência fiscal pelos argumentos que serão, mais abaixo, relatados.

Em 9 de fevereiro de 2004, a Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – Sacat da Delegacia da Receita Federal em Joaçaba –SC, emitiu a seguinte Informação Fiscal (destaques acrescidos):

Trata o presente processo administrativo de acompanhamento ao pedido de impugnação do Auto de Infração nº 0000724, que trata dos débitos da PIS, referentes aos períodos de apuração de 07/1997 a 12/1997 (fls. 36 a 45).

O contribuinte contesta a cobrança, alegando que os débitos foram compensados com créditos oriundos da ação judicial 97.60.02789-5 (fls. 01 a 35).

Visto que a ação está em trânsito no Judiciário (fls. 61 a 63), não podemos efetuar a compensação; uma vez que a compensação somente pode ser efetivada quando houver pronunciamento judicial definitivo, transitado em julgado, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001:

'Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.'

Em relação à exigibilidade dos créditos tributários, por não encontrarmos nenhum provimento judicial que seja eficaz para suspendê-la, tal como uma liminar em mandado de

segurança ou uma antecipação de tutela, não vemos razões para que haja a sua suspensão.

Diante o exposto, propomos o encaminhamento do presente processo à DRJ/Florianópolis, conforme orientação da Nota Técnica Conjunta Corat/Cofis/Cosit nº 32.

De volta à impugnação, argumenta a contribuinte, em apertada síntese:

- que efetuou, com arrimo na disciplina do art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991 – sem qualquer autorização tanto da Receita Federal quando do Poder Judiciário (fl. 6) -, a compensação de valores devidos a título de PIS/Pasep com créditos a que entendia fazer jus da mesma contribuição, mediante o recálculo dos pagamentos já efetuados durante a vigência dos Decretos-lei nº 2.445 e 2.449, de 1988, com base no critério da semestralidade (art. 6º e seu parágrafo único da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970); em relação à atualização monetária, assim diz a impugnante à fl. 5:

Saliente-se, de pronto, que os índices utilizados pela Impugnante para correção monetária do indébito, foram os índices da OTN/BTN até 02/91, INPC de 03/91 a 12/91, UFIR de 01/92 até 12/95, sem prejuízo do IPC nos períodos de janeiro de 1989, março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991, tudo consoante as súmulas 32 e 37 do TRF da 4ª Região.

Assim, a compensação foi ultimada nos moldes da jurisprudência dominante e pacífica e de acordo com a legislação vigente.

- sobre o Auto de Infração levado a efeito sem prévia auditoria contábil da compensação feita pela contribuinte, assim se expressa, à fl. 6:

Os valores pagos indevidamente a título de PIS foram compensados pelo próprio contribuinte, com parcelas vincendas do PIS, no âmbito do lançamento por homologação (§ 4º do art. 150 do CTN).

Desta forma, não poderia o Fisco simplesmente IGNORAR os valores compensados, mas tão-somente, glosar os valores que eventualmente teriam sido compensados a maior, o que, realmente, não é o caso.

Ou seja, o Fisco pode e deve fiscalizar, desde que observe o devido processo legal e caso efetivamente identifique valores a maior, procedendo a glosas unicamente destes, mas não, por conforto, ignorar a compensação em sua integralidade – o que acontece no presente caso.

- em item intitulado '2.3 – Da inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic' (fls. 12 a 19), argúi o que, a seu ver, seria inconstitucional em relação à exigência de juros de mora baseados na taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic. Tendo em vista a limitação de competência desta instância administrativa de julgamento – como se

verá no subsequente voto -, reconhece-se despendendo aprofundar o relatório desta arguição;

- ao tratar da multa de ofício que lhe é exigida no impugnado Auto de Infração, inicialmente afirma que esta, como nenhum dos demais valores nele constantes tem qualquer procedência, nos seguintes termos (fl. 19):

Primeiramente, dispensado seria comentar a multa, pois, como averbado alhures, esta não pode ser imposta à Autuada simplesmente porque o objeto do Auto de Infração (valores a título de PIS), não tem relação alguma com a Impugnante, pois todos os valores lançados no auto de infração foram objeto de compensação, sendo assim, não lhe deve ser imputada nem o principal, nem multa ou juros de mora.

Ao prosseguir, aduz que a multa, principalmente no porcentual lançado, constitui 'confisco tributário', vedado pela Constituição Federal; ainda assim sugere, alternativamente, que não pode ultrapassar a barreira dos trinta por cento (fl. 22);

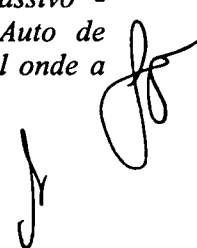
- em 'III – Outros Fatores que Levam à Nulidade do Auto de Infração' (fls. 22 a 34), alega:

3.1 – Da Falta de Habilitação Técnica do Fiscal [...] Salta aos olhos o fato de que o fiscal que procedeu ao exame de documentos, verdadeira atividade de auditoria, e que ao final subscreveu o Auto de Infração, não possui a qualidade técnica de Bacharel em Contabilidade, nem tampouco está inscrito junto ao Conselho Regional de Contabilidade, o que é imprescindível ao exercício de atividades de auditor e afins, o que também é causa de nulidade do auto ora impugnado.

[...] 3.2 – Falta de Demonstração do Enquadramento Legal – Cerceamento de Defesa [...] O ato fiscal que deu origem ao Auto de Infração em exame não atendeu aos pressupostos enunciados no art. 142 do CTN. Obviamente nem o da garantia insculpida no art. 153 § 2º CF/69 e no art. 5º, inciso II, da CF/88. O Auto de Infração não cita os dispositivos legais e/ou regulamentares específicos que teriam sido infringidos. No entanto, alguns dispositivos foram citados sem que tivessem qualquer aplicabilidade para os cálculos realizados, configurando-se verdadeiro cerceamento de defesa, uma vez que cria embaraços para um perfeito exercício desse direito.

Ora, ao deixar de apontar dispositivos infringidos ou apontar como infringidos dispositivos legais inaplicáveis ao caso descrito no Auto de Infração, a autoridade autuante distorceu a acusação imputada à Autuada, o que por si só nulifica o ato fiscal.

[...] 3.3 – Nulidade Consubstanciada pela Lavratura do Ato Fiscal fora do Local do Domicílio do Sujeito Passivo - Princípio da Legalidade Violado. (fls. 33/34) O Auto de Infração deve ser lavrado, obrigatoriamente, no local onde a



falta foi verificada, sob pena de não ter validade. É a regra contida no artigo 10, do Decreto 70.235, de 06/03/72.

[...]Não houve qualquer solicitação de informações ou esclarecimentos à Autuada. A solicitação de informações/realização de diligências tem importância jurídica para prova da realidade e regularidade dos dados, mas sobretudo como forma de garantia à ampla defesa e contraditório pleno.

[...]Vê-se que o ato encontra-se com a eiva de ilegalidade, bem como prejuízo para a Autuada houve. Por isso, o pedido de cancelamento do ato fiscal.

No Requerimento Final, à fl. 34, a impugnante solicita '[...] SEJA PROFERIDA DECISÃO DETERMINANDO A IMPROCEDÊNCIA DOS LANÇAMENTOS EM QUESTÃO, posto que, conforme sobejamente exposto, são flagrantemente ilegais/inconstitucionais e não podem embasar qualquer exigência tributária como a que ora se apresenta [...]']'.

A DRJ em Florianópolis - SC, por meio do Acórdão nº 07-10.925, de 05 de outubro de 2007 (fls. 73/80), manteve integralmente a exigência.

Este Acórdão decidiu que: (a) “o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil não carece de inscrição no Conselho Regional de Contabilidade para exercer suas funções, e tendo-se limitado às atividades a ele atribuídas por lei, é descabido falar-se em ofensa ao princípio constitucional da legalidade ou, ainda, ao CTN, art. 142”; (b) “apesar da abundância de dispositivos legais e regulamentares mencionados, que representa apenas imperfeição no enquadramento legal, a descrição de fatos constante no Auto de Infração, não deixa dúvidas acerca da imputação”; (c) “local da verificação da falta não significa local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada, máxime em Auditoria Interna, que é o caso dos autos”; (d) “No que concerne à exigência dos juros de mora, cabe ressaltar que compete à autoridade administrativa cumprir a determinação legal, aplicando o ordenamento vigente às infrações concretamente constatadas, não sendo de sua competência discutir a constitucionalidade da taxa Selic, se esta fere ou não os princípios da isonomia, estrita legalidade, anterioridade, capacidade contributiva e a limitação de doze por cento ao ano estatuída na Carta Magna, art. 192, § 3º, como também se tem ou não natureza de correção monetária, ou se pode ou não ser aplicada na área tributária”; (e) não há qualquer inconstitucionalidade na aplicação da multa de ofício; e (f) no mérito, entendeu por bem aplicar o disposto no art. 170-A do CTN, entendendo que seria inviável a compensação pretendida pela contribuinte antes do trânsito em julgado da ação judicial.

A contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 89/121), no qual passou a sustentar o seu direito à compensação, explicando que o processo judicial já recebeu decisão final com trânsito em julgado e que não se pode aplicar ao caso o art. 170-A do CTN, pois foi inserido no ordenamento jurídico apenas depois das compensações realizadas. Sustenta que o suporte legal da compensação procedida é o art. 66 da Lei nº 8383, de 1991, e a ilegalidade da aplicação da taxa Selic.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro IVAN ALLEGRETTI, Relator

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

No auto de infração, a descrição dos fatos é feita de forma genérica, indicando apenas e exclusivamente a ocorrência de “**Proc jud não comprovad**”.

Presume-se, com isso, que o auto de infração foi lavrado em virtude de acreditar a fiscalização que a referida ação judicial não existia.

Ocorre que a própria autoridade preparadora juntou aos autos, depois da impugnação, o andamento da Ação Judicial nº 97.60.02789-5, revelando que o processo judicial existia, sendo o mesmo indicado nas compensações declaradas em DCTF.

Se a ação existia, o pressuposto de fato que dá suporte ao auto de infração é falso.

A respeito do tema, vale a pena transcrever as seguintes considerações, extraídas de voto vencido no Acórdão nº 7.386, de 17 de novembro de 2004, da DRJ em Curitiba - PR, proferido em situação parecida:

“3. Respeitosamente, considero que fazer agora tais considerações, no âmbito do processo, e manter o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram, ou puderam ser, cogitados pela autoridade autuante corresponde à verdadeira inovação no que pertine à valoração jurídica dos fatos, em época em que descabe à autoridade julgadora proceder ao agravamento da exigência, por força do que determina o § 3º do art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993, in verbis:”

‘§ 3º. Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizadas no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.’

4. Em sintonia com o que determina a disposição legal supra, também a doutrina jurídica, na exegese de MARCOS VINICIUS NEDER e MARIA TERESA MARTINEZ LOPES (in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Dialética, 2002, p.184), recomenda o seguinte:

‘Assim, constatadas pela autoridade julgadora inexatidões na verificação do fato gerador, relacionadas com o mesmo ilícito descrito no lançamento original, o saneamento do processo fiscal será promovido pela feitura de Auto de Infração Complementar. Esta peça, sob pena de nulidade, deverá descrever os motivos que fundamentam a alteração do lançamento original, indicando o fato ou circunstância

que ele pretende aditar ou retificar, demonstrando o crédito tributário unificado, de modo a permitir ao contribuinte o pleno conhecimento da alteração'.

5. No caso em pauta, sabemos todos que o auto de infração é lavrado mediante simples cruzamento de dados entre o que é informado pelo contribuinte e os demais registros contidos no sistema informatizado da Receita Federal. O procedimento in casu é totalmente eletrônico e não obstante a sua validade, visto que autorizado por autoridade competente, fundamenta-se apenas no estreito limite desse cruzamento de informações. A descrição do fato, requisito de validade do auto de infração e elemento essencial ao exercício do direito à ampla defesa do sujeito passivo, encontra-se no âmbito de competência da autoridade lançadora, descabendo à autoridade julgadora supri-lo, ao argumento de que a exigência seria válida sob o prisma da 'falta de recolhimento'. Ora, a falta de recolhimento é, em sentido amplo e via de regra, a razão de qualquer lançamento de ofício efetuado de modo a constituir o crédito tributário. Vale dizer, em linguagem mais simples, que o Fisco não pode, durante o procedimento, atirar no que vê e, então, a autoridade julgadora, já no curso do processo, fazê-lo acertar no que não viu, subtraindo ao impugnante o direito de opor contra-razões, quaisquer que sejam, sem que isto, pelo menos a meu juízo, resulte na preterição do direito de defesa do contribuinte autuado.

6. Em apertada síntese, estas são as razões pelas quais, não promovido o aludido saneamento processual e ante a insubsistência do fato que ensejou a lavratura do auto de infração em exame, visto que agora são outros os pressupostos que o ensejariam, divirjo, respeitosamente, da relatora e dos demais colegas julgadores que votaram pela procedência do feito, eis que, a meu juízo, sem que o processo seja saneado, impõe-se o cancelamento do auto de infração, cabendo ao Fisco efetuar o lançamento que achar devido, então já sob o pálio de novos pressupostos, e desde que dentro de prazo decadencial.

7. Isto posto, VOTO PELA IMPROCEDÊNCIA do lançamento, bem assim respectiva multa lançada de ofício e juros moratórios."

Concordo com este entendimento.

Irrita perceber, neste caso, que o auto de infração singelamente se arrima na inexistência da ação judicial e que, depois de demonstrada a existência da ação judicial e apresentada a impugnação, com todos os elementos de defesa, a Autoridade Fiscal se arvorou em apresentar novos elementos de fato e de direito para sustentar o auto de infração, melhor adequados à situação concreta da contribuinte.

Se a autuação tomou como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial, e a contribuinte demonstrou a existência da ação em seu nome, resta patente que o lançamento não tem suporte fático válido, pois o motivo que lhe deu causa na verdade não existe.

De acordo com a teoria dos motivos determinantes, o ato administrativo está forçosamente vinculado aos fatos concretos apurados e aos fundamentos legais que lhe dão suporte.

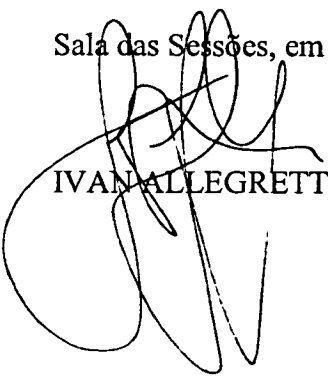


A fiscalização preferiu tomar um suporte fático genérico e impreciso para dar suporte à autuação, ao invés de promover a apuração concreta da realidade do caso. E errou de fundamento, sendo então incabível que as instâncias julgadoras promovam a atividade de fiscalização que a autoridade lançadora devia ter executado, decantando o suporte concreto que deveria ter sido apurado e indicado pela autoridade lançadora para a lavratura do auto de infração.

Deve-se, pois, reconhecer a nulidade do lançamento por erro e falta de amparo fático.

Diante do exposto, voto no sentido de acolher a solicitação contida no recurso para anular o auto de infração.

Sala das Sessões, em 09 de fevereiro de 2009.


IVAN ALLEGRETTI