



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16327.000529/2010-61
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-005.145 – 3ª Turma
Sessão de 18 de maio de 2017
Matéria COFINS
Recorrente BANCO INBURSA INVESTIMENTOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/01/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. SITUAÇÕES FÁTICAS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

A divergência jurisprudencial que autoriza a interposição de recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF caracteriza-se quando, em situações semelhantes, são adotadas soluções divergentes por colegiados diferentes, em face do mesmo arcabouço normativo. Não cabe o recurso especial quando o que se pretende é a reapreciação de fatos ou provas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO FÁTICO. NÃO CONHECIMENTO.

Não configurada mudança de critério jurídico na decisão recorrida, pressuposto fático para que se caracterize divergência jurisprudencial em relação a decisão que tenha se fundado na existência desta mudança, não se conhece o Recurso Especial em relação a esta matéria.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não cabe recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF em relação à matéria que não tenha sido apreciada na decisão contra a qual se pretende recorrer.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, devendo os autos retornarem à DRJ para apreciação das demais questões de mérito que não foram apreciadas em razão da nulidade declarada, vencidas as conselheiras

Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello, que conheceram parcialmente do recurso, quanto à nulidade do lançamento fiscal, por erro no enquadramento legal.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio Cesar Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (suplente convocado), Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Contribuinte contra a decisão formalizada nos Acórdãos n.ºs. 3402-001.920 (de Recurso de Ofício), de 23/10/2012, e-fls. 639/650, e 3402-002.555 (de Embargos), de 12/11/2014, e-fls. 711/715.

A ementa do **Acórdão n.º 3402-001.920** está assim redigida:

Assunto: Contribuição para o PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005, 2006,2007

AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO NA INDICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INEXISTÊNCIA.

A mera invocação de dispositivo legal não aplicável aos fatos, no Termo de Verificação Fiscal, não acarreta a nulidade do lançamento em que estão corretamente indicados os dispositivos legais que suportam o auto de infração.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2005, 2006,2007

AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO NA INDICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INEXISTÊNCIA.

A mera invocação de dispositivo legal não aplicável aos fatos, no Termo de Verificação Fiscal, não acarreta a nulidade do

lançamento em que estão corretamente indicados os dispositivos legais que suportam o auto de infração.

Os Embargos interpostos pelo contribuinte foram rejeitados porque não se vislumbrou obscuridade ou contradição a sanar.

No recurso especial, o contribuinte suscitou divergência em relação às seguintes matérias: i) Nulidade do lançamento fiscal, por erro no enquadramento legal; ii) Impossibilidade de inovação do critério jurídico pela autoridade julgadora; iii) Existência de permissão legal para dedução das receitas decorrentes da prestação de serviços ao exterior (art. 45 do Decreto nº 4.524, de 2002).

O recurso foi admitido para seguimento a esta Câmara Superior, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 852/856.

A Fazenda Nacional foi intimada para conhecimento do despacho de admissibilidade, e-fl. 859, e apresentou as contrarrazões de e-fls 860/865, defendendo que o recurso especial do contribuinte não seja conhecido e, caso conhecido, que lhe seja negado provimento, mantendo-se o acórdão atacado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, Relator.

O contribuinte teve ciência do acórdão recorrido em 16/03/2015, conforme Termo de Ciência por Abertura de Mensagem, e-fl. 721, e apresentou o Recurso Especial de e-fls. 723/756, em 30/03/2015, e-fl. 723. Logo, o recurso é tempestivo.

Há questões preliminares suscitadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

1. Conhecimento do Recurso Especial

1.1 Nulidade do lançamento fiscal, por erro no enquadramento legal

Em suas contrarrazões, a Procuradoria da Fazenda Nacional alega que a demonstração desta divergência suscitada depende de que a decisão recorrida tenha considerado que houve enquadramento incorreto no lançamento fiscal e que, apesar disto, não se poderia declarar sua nulidade.

Uma vez que o Colegiado teria expressamente afirmado que não houve erro no enquadramento legal, a divergência não teria sido configurada.

Além disso, afirma a PFN que o acórdão recorrido invocou mais de um fundamento para prover o recuso de ofício e que no recurso especial o contribuinte não abordou todos eles.

Decorre do art. 67, *caput*, do Anexo II do RICARF, que a divergência jurisprudencial, cuja comprovação e demonstração incumbe à recorrente, caracteriza-se quando, em situações semelhantes, são adotadas soluções divergentes por Colegiados diferentes, em face do mesmo arcabouço normativo.

A divergência não se estabelece em matéria de prova, mas, sim, na interpretação das normas, logo, não se pode falar em divergência jurisprudencial, quando estão em confronto decisões que tratam de situações fáticas diferentes ou quando o que a recorrente pretende é a reapreciação de fatos ou provas.

Vejamos os seguintes excertos do voto condutor do acórdão recorrido, e-fls. 649/650, que constituem quase que a totalidade do voto:

Inicialmente, cabe registrar que este processo foi pautado para julgamento em sessão realizada no mês de setembro de 2012, ocasião em que, motivada pela possibilidade de estar-se tratando de mero equívoco na indicação dos dispositivos legais infringidos, com perfeita descrição dos fatos, solicitei vista dos autos e, ao compulsá-los, firmei entendimento divergente do exposto pelo Conselheiro Relator e passarei a expor os fundamentos da minha divergência.

(...)

Entendo, todavia, que não é nula a peça fiscal, **pois o enquadramento legal do Auto de Infração são dispositivos do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, cuja matriz legal é a Lei nº 9.718, de 27 de janeiro de 1998, e o crédito tributário foi apurado com aplicação das alíquotas previstas na referida lei.**

Os arts. 5º e 6º das leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, apenas foram referenciados no Termo de Verificação Fiscal (TVF) para lembrar que eles poderiam ser o amparo legal para as exclusões da base de cálculo efetuadas pela contribuinte, contudo, uma vez que, por expressa

previsão legal, os arts. 1º a 6º das mencionadas leis não são aplicáveis às pessoas jurídicas referidas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as exclusões da base de cálculo em questão são mesmo indevidas.

Portanto, a acusação fiscal, ao cabo, é de exclusão indevida das receitas recebidas pela prestação de serviços no exterior, pois, com efeito, não se está tratando de verificação de cumprimento de requisitos para reconhecimento de isenção, mas de verificação da correta apuração da base de cálculo dos tributos, à vista da legislação aplicável.

Observe-se, por fim, que não se tem configurada a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, pois a contribuinte defendeu-se adequadamente dos fatos

Em resumo: o Colegiado *a quo* constatou que os fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal-TFV se enquadravam corretamente no fundamento legal constante do Auto de Infração e, conforme consignado na ementa do acórdão, *a mera invocação de dispositivo legal não aplicável aos fatos, no Termo de Verificação Fiscal, não acarreta a nulidade do lançamento em que estão corretamente indicados os dispositivos legais que suportam o auto de infração*

A contribuinte indicou como paradigmas os Acórdãos nºs. 2202-002.761 (PAF 19515.001612/203-07) e 102-44.466 (PAF 10768.035125/93-23).

A ementa do **Acórdão nº. 2202-002.761** é a seguinte:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2006

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - NULIDADE - ERRO NA TIPIFICAÇÃO LEGAL. Se todo o procedimento fiscalizatório foi conduzido com base na omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada, a tipificação legal correta seria o artigo 42 da Lei 9.430 de 1996 e não omissão de rendimentos com base em acréscimo patrimonial a descoberto.

Se a tipificação legal for incorreta isso causa nulidade do lançamento por vício material.

Em apuração de acréscimo patrimonial a descoberto a partir de fluxo de caixa que confronta origens e aplicações de recursos, os saques ou transferências bancárias, quando não comprovada a destinação, efetividade da despesa, aplicação ou consumo, não podem lastrear lançamento fiscal. (Súmula CARF nº 67)

Do voto condutor deste acórdão, Relator o Conselheiro Pedro Anan Junior, extraio o seguinte excerto, e-fls. 792/793 destes autos:

No caso, entendo que, se existe previsão legal de presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada e se, de fato, essa origem não foi comprovada, descabe o lançamento com base na infração "Acréscimo Patrimonial a Descoberto", infração esta distinta e com enquadramento legal específico.

Portanto, necessitaria estar provada pela Autoridade Fiscal, mediante documentação hábil e idônea, a natureza da percepção dos recursos depositados nas referidas transações bancárias, para que fosse possível aferir, se, de fato, tratavam-se Acréscimo Patrimonial a Descoberto. Como essa prova não é clara, não há como prosperar o lançamento com a infração e enquadramento legal indicado.

Entendo que tal fato causa nulidade do auto de infração por vício material, conforme procuro diferenciar abaixo.

(...)

Podemos observar que no caso em questão a autoridade fiscal não efetuou o enquadramento legal correto do lançamento, elemento fundamental para a eficácia e a validade da exação, sendo que a sua ausência reveste de nulidade, o lançamento efetuado por desatender norma prevista no artigo 142 do CTN.

(...)

Além do mais devemos aplicar ao caso a Súmula CARF nº 67:

Súmula CARF nº 67: Em apuração de acréscimo patrimonial a descoberto a partir de fluxo de caixa que confronta origens e aplicações de recursos, os saques ou transferências bancárias, quando não comprovada a destinação, efetividade da despesa, aplicação ou consumo, não podem lastrear lançamento fiscal.

Em resumo: o Colegiado, no acórdão indicado como paradigma, apreciando fatos relativos ao IRPF e considerando que não havia provas a embasar o enquadramento legal efetuado, concluiu que não se poderia qualificar os fatos como passíveis de ensejar a exigência fiscal.

As situações fáticas tratadas neste e no acórdão recorrido são diferentes.

No recorrido, o Colegiado apreciou os fatos descritos no TVF e constatou que o enquadramento legal informado no auto de infração estava correto. A interpretação que se empreendeu foi a seguinte: dado que o enquadramento legal está correto, não se pode anular o auto de infração por erro de enquadramento, por isto, o Recurso de Ofício deve ser provido.

No paradigma, o Colegiado apreciou fatos descritos pela autoridade fiscal e os elementos de prova carreados aos autos e constatou que não poderia qualificá-los como os fatos típicos para a imputação da infração prevista na norma indicada como fundamento legal

para a exigência fiscal. A interpretação que se empreendeu foi: dado que o enquadramento legal está incorreto, deve-se anular o auto de infração.

Não há divergência de interpretação de norma, há divergência de situações fáticas, que, por sua vez, foram apreciadas à luz de diferentes arcabouços normativos, e divergência de convicção a respeito das provas.

Veja-se que no acórdão indicado como paradigma invocou-se súmula de jurisprudência do CARF para fundamentar a decisão, que trata de situação fática muito específica. Esta súmula jamais poderia ser aplicada aos fatos discutidos neste processo.

Conforme afirmado acima, o Recurso Especial não é cabível nesta situação.

Vejamos o segundo Acórdão indicado como paradigma em relação a esta matéria

A ementa do **Acórdão nº 102-44.466** está assim redigida:

IRF - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - O erro na tipificação e no enquadramento legal da infração cometida pelo contribuinte, acarreta a nulidade do auto de infração por preterição do direito de defesa do contribuinte.

Recurso provido.

Do voto condutor deste acórdão, Redator Designado o Conselheiro Valmir Sandri, extraio o seguinte excerto, e-fls. 803/804 destes autos:

Ao que pese o voto do ilustre Relator, tenho para mim opinião divergente, não em relação a sua posição relativa à comprovação de remessa dos recursos para o exterior, mas sim, em relação a tipificação e enquadramento legal da suposta infração fiscal.

(...)

Ora, se o Fisco entendeu que a contribuinte não conseguiu comprovar a remessa dos recursos registrados em sua contabilidade via Banco Central, conclui-se que a remessa efetivamente não se realizou, e sendo assim, os recursos no valor de Cr\$ 60.800.000,00, contabilizados à fl. 659 do Livro Diário n. 16, teve outra destinação daquela registrada na contabilidade.

Logo, o Imposto de Renda na Fonte incidente sobre esses recursos deveriam ter sido exigidos com base em outros fundamentos, e não com base em remessas de numerários ao exterior, de vez que não ficou comprovado nos autos a efetiva remessa.

(...)

Isto posto, voto no sentido de CANCELAR o lançamento de fls. 02/05.

Em resumo: o Colegiado entendeu que a exigência fiscal deveria basear-se em norma diferente da que a fundamentou, porque não havia prova de que os fatos imputados ao contribuinte ocorreram. Aqui também decidiu-se pelo cancelamento do lançamento porque foi constatado que o enquadramento legal estava incorreto.

Está-se diante, novamente, de situação fática diferente da tratada no acórdão recorrido.

Diferentes as situações fáticas, não se pode falar em divergência jurisprudencial a possibilitar a interposição de recurso especial.

Quanto à alegação da PFN de que houve mais de um fundamento para o provimento do recurso de ofício em relação a esta matéria, além de prejudicada, considero-a incorreta.

É que a razão de decidir do acórdão recorrido foi a constatação de que o enquadramento legal estava correto.

O argumento constante apenas do voto condutor, não da ementa, de que não se teria configurada a nulidade de lançamento por cerceamento do direito de defesa, pois a contribuinte defendeu-se adequadamente dos fatos, é argumento subsidiário, não decisivo.

Se o Colegiado entendeu que o enquadramento legal estava correto, a afirmação de que "*o contribuinte defendeu-se adequadamente dos fatos*" não passa de reforço argumentativo utilizado pelo relator.

Pelo exposto, o Recurso Especial do Contribuinte em relação à primeira divergência suscitada não pode ser conhecido.

1.2 Impossibilidade de inovação do critério jurídico pela autoridade julgadora.

Esta matéria não consta do acórdão recorrido.

Apesar disto, tivesse acontecido inovação do critério jurídico pelo Colegiado *a quo*, em julgamento de Recurso de Ofício, esta questão precisaria ser resolvida, pois

estariamos diante de razões trazidas posteriormente aos autos, passíveis de contraposição em obediência ao princípio do contraditório e ao art. 16, § 4º, "c", do Decreto nº 70.235, de 1972.

Mas, conforme explicamos na seção precedente, não é este o caso, pois **o Colegiado entendeu que o enquadramento legal informado no auto de infração estava correto, pois estava de acordo com os fatos apurados e descritos no TVF.**

Se a decisão manteve o auto de infração pelos seus próprios fundamentos, como de fato manteve, não se pode falar em mudança ou inovação de critério jurídico pela autoridade julgadora.

Como não houve mudança de critério jurídico na decisão recorrida, não se estabelece divergência de interpretação entre esta e qualquer outra decisão do CARF que tenha anulado decisão anterior, por constatar o fato de que esta última se baseou em enquadramento legal diferente do enquadramento legal adotado no auto de infração.

Somente seria comprovada a divergência jurisprudencial no presente caso se o recorrente indicasse um acórdão em que o Colegiado decidisse pela anulação da decisão recorrida por mudança de critério jurídico em caso em que a decisão anulada tivesse constatado que o fundamento legal informado no auto de infração estava correto.

Vejamos os acórdãos indicados como paradigmas:

O primeiro, **Acórdão nº 108-09.256**, tem a seguinte ementa:

*PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA — VIOLAÇÃO — EQUIVOCO NA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DO LANÇAMENTO — Ao contribuinte é garantida, por força da Constituição Federal, a ampla defesa do que se lhe acusa. A ampla defesa existe se for franqueada possibilidade de reagir diante de uma determinada acusação. **Se a peça acusatória não contiver o adequado motivo para aplicação da norma jurídica, impede-se o pleno exercício do direito de defesa do contribuinte.***

ERRO NA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE AJUSTE PELA AUTORIDADE JULGADORA - À autoridade julgadora (DRJ ou Conselho de Contribuintes) não é permitido ajustar o lançamento, ainda que na motivação constante na descrição dos fatos, por faltar-lhe competência para tanto e também por implicar cerceamento do direito de defesa.

Vejam-se a seguir trechos extraído do voto vencedor deste acórdão:

O brilhante voto da Presidente da 2ª Turma de Julgamento da DRJ Campinas (fls. 481 e seguintes) é exaustivo para espancar pretensão (agora da embargante) de que não se trataria de erro insanável. Vale transcrever:

47. *"Apesar de provada a infração à legislação que fundamenta a autuação, tendo em conta que não há coincidência entre o motivo legal, a previsão abstrata de uma situação tática, e o motivo do lançamento, qual seja, a situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato (lançamento), não há como subsistir a exigência. Em síntese, não há correspondência entre o fato ocorrido constituído no lançamento (fundamento tático) e o fato descrito na Lei (fundamento jurídico).*

48. ...

49. ...

50. *Nas lições do Mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo a "teoria dos motivos determinantes", os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Em assim sendo, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou **incorretamente qualificados** vicia o ato, mesmo quando a Lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. [...]*

51. *In casa, os motivos de fato invocados estão incorretamente qualificados, porque a **incidência da norma do preço de transferência sobre as operações em questão independe do registro dos contratos de mútuo no Bacen**, fundamento tático da autuação. A ausência de registro dos contratos não justifica o lançamento.*

52. *Não há adequação entre o pressuposto tático (motivo) e o lançamento, ou seja, não há vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo, ou seja, a falta de registro do contrato de mútuo no Bacen não é causa ou pressuposto lógico do lançamento."*

E desde a decisão de 1º grau já se firmou que não cabe à autoridade julgadora aperfeiçoar o lançamento, em face da especialização das funções lançadora e julgadora, com a inovação da exigência por meio de acórdão. Isto é, o art. 224, I, da Portaria ME 030/2005, que aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, confere competência às Delegacias de Julgamento para julgar os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários. E ao Conselho de Contribuintes apenas julgar recurso voluntário e de ofício de decisão de primeira instância (Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, art. 7º).

Como se disse acima, prosperaram — vez mais — os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos na Constituição Federal:

(...)

A Lei 9784/99, que regula o processo administrativo federal, repetiu de maneira vinculada à própria motivação do agente:

(...)

E ainda reservou um capítulo para o tema da motivação o que indica a relevância da demonstração da concepção do ato administrativo:

(...)

A jurisprudência é firme, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. No âmbito deste Conselho, há reconhecimento de que a violação à ampla defesa do contribuinte acarreta a nulidade do ato (grifei):

(...)

Em situações diversas do caso aqui analisado, afasta-se a alegação de cerceamento do direito de defesa quando, havendo erro na descrição ou na capitulação legal, o contribuinte teve condições de se defender (grifei):

(...)

No julgado adiante colacionado, o relator foi feliz ao afirmar o que representa o contraditório, sendo certo que no caso em exame à Embraer não foi dada a oportunidade de reagir (grifei):

(...)

O E. Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, preserva o princípio do contraditório e o da ampla defesa, como no caso em que houve deficiência na acusação gerando nulidade absoluta e insanável (grifei):

(...)

Em suma, valendo-me das palavras do eminente Ministro do STF, houve narração deficiente da acusação — por conta de indicação de motivo inadequado — e, por conseguinte, impediu-se 'o pleno exercício dos poderes de defesa da contribuinte. Por conta disso, não há como reformar a decisão da 2ª Turma da DRJ Campinas que anulou o lançamento.

O excertos transcritos deixam claro que no acórdão 108-09.256 decidiu-se pela anulação do lançamento (auto de infração) porque não houve correspondência entre o fato nele descrito (fundamento fático) e o fato descrito na lei (fundamento jurídico) e, concomitantemente, o contribuinte não teve condições de se defender.

No acórdão recorrido, ao contrário, o Colegiado constatou que os fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal-TVF se enquadravam corretamente no fundamento legal constante do Auto de Infração. Além disso, a contribuinte defendeu-se adequadamente dos fatos.

Divergentes as situações fáticas, não se configura divergência jurisprudencial hábil a ensejar a admissão do Recurso Especial.

O segundo paradigma indicado, **Acórdão nº 3102-001.690**, possui a seguinte ementa, na parte que interessa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 05/05/2000

(...)

Inovação na Fundamentação da Exigência. Impossibilidade

*Tendo em mente que ao julgador é defeso inovar na fundamentação da exigência, **constatado que a classificação fiscal a ser empregada não corresponde à indicada pelo Fisco ou à defendida pelo Sujeito Passivo, forçoso é concluir pela improcedência do lançamento.** Aplicação do § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972.*

Assunto: Classificação de Mercadorias

Data do fato gerador: 05/05/2000

**PRODUTO IDENTIFICADO COMO ÓLEO DE
POLIDIMETILSILOXANO**

O subitem 3910.00.12 destina-se tanto à classificação de misturas de óleos de óleo de polidimetilsiloxano em dispersão quanto à classificação do óleo de polidimetilsiloxano em si.

Consequentemente, revela-se incorreta a classificação no subitem 3910.00.19, própria para a classificação de outros óleos.

Recurso Voluntário Provido.

Veja-se a parte final do voto condutor do Acórdão nº 3102-001.690, com grifos meus:

Definido que a classificação indicada pelo Fisco não se revela correta e que a aplicação de terceira classificação implicaria inovação na fundamentação, não há como se promover tal ajuste em sede de julgamento, sob pena de violar-se o art. 18, § 3º do Decreto nº 70.235, de 1972.

3- Conclusão

Se não há meios para ajustar o lançamento, só saneável por meio de auto de infração ou notificação de lançamento complementar, não há outra solução senão decretar-se a improcedência da exigência.

As situações fáticas são diferente.

Neste paradigma, tratando de classificação de mercadorias, o Colegiado concluiu que o código do NCM indicado pelo Fisco estava incorreto, assim como o adotado pelo contribuinte, e que a aplicação de terceira classificação implicaria inovação na fundamentação. Por isto, a exigência fiscal foi considerada improcedente.

No recorrido, em que se constatou que os fatos descritos no TVF se enquadravam corretamente no fundamento legal constante do Auto de Infração, não há que se falar em inovação ou ajuste do lançamento.

Incabível o recurso especial quando os paradigmas indicados trataram de situações fáticas diferentes da tratada no recorrido e quando não configurado pressuposto fático para sua admissão, no caso, não tendo ocorrido mudança de critério jurídico, voto por não conhecer o recurso nesta matéria.

1.3 Existência de permissão legal para dedução das receitas decorrentes da prestação de serviços ao exterior (art. 45 do Decreto nº 4.524, de 2002).

Sob este tópico encontra-se alegação do recorrente de que não pode a autoridade julgadora furtar-se de analisar a possibilidade legal de o recorrente efetuar a exclusão das receitas decorrentes da prestação de serviços ao exterior das base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep.

Trata-se de questão de mérito que não foi enfrentada na decisão recorrida, a qual limitou-se a afastar o fundamento que levava a Turma da DRJ a anular o auto de infração.

Veja-se a conclusão do voto vencedor do acórdão recorrido:

Em face disso, entendo que é o caso de se superar a decisão recorrida, afirmando-se a validade da peça fiscal, para devolver os autos à instância de piso para apreciação do mérito, ocasião em que deverão ser analisadas as arguições relativas às retenções na fonte e aos pagamentos efetuados e, ainda, o cerceamento do direito de defesa, em relação ao lançamento das diferenças nos meses de julho de 2005 e janeiro e março de 2006.

Uma vez que restaram prejudicados todos os argumentos lançados na impugnação, em especial, todos os argumentos de mérito, não tendo sido apreciados na decisão recorrida, não é possível divergência jurisprudencial entre esta e qualquer outra decisão proferida no âmbito do CARF, em relação a qualquer matéria que não tenha sido apreciada

Processo nº 16327.000529/2010-61
Acórdão n.º **9303-005.145**

CSRF-T3
Fl. 15

pelo Colegiado *a quo*, o que impõe o não-conhecimento do recurso especial em relação a matéria de que aqui se cuida.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por não conhecer o Recurso Especial do Contribuinte, devendo os autos retornarem à DRJ para apreciar as demais questões de mérito que não foram apreciadas em razão da nulidade declarada.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal