



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

Processo nº 19679.008899/2003-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.384 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de maio de 2014
Matéria PIS
Recorrente OVETRIL ÓLEOS VEGETAIS LTDA
Recorrida DRJ SÃO PAULO (SP)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/03/1998, 01/07/1998 a 31/12/1998

Ementa:

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 administrativo em nome do contribuinte, limitando-se a indicar como dado concreto "PROC INEXIST NO PROFISC" e o contribuinte demonstra a existência do processo, 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 2ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente

Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Adriana Oliveira e Ribeiro, Fernando Luiz da Gama Lobo D Eca, Luiz Carlos Shimoyama, Fenelon Moscoso de Almeida.

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido:

Em ação fiscal levada a efeito em face do contribuinte acima identificado foi apurada falta de recolhimento da contribuição para o PIS/Pasep relativa aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de janeiro de 1998 a março de 1998 e julho de 1998 a dezembro de 1998, declarados na DCTF, pois foi constatado “Proc inexistente no Profisc”, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 9 e 10, integrado pelos termos e documentos nele mencionados, apurando-se o crédito tributário composto pela contribuição, multa proporcional e juros de mora, calculados até 30/06/2003, perfazendo o total de R\$1.176.720,02 (um milhão e cento e setenta e seis mil e setecentos e vinte reais e dois centavos), com o seguinte enquadramento legal: Art. 1º e 3º, alínea “b”, da Lei Complementar nº 07/70; art. 83 inc. III, L.8981/95; art 1º, L 9249/95; art. 2º e inc. I, par Un, 3, 5, 6 e 8 inc. I, MP 1623/9727 e reed; art. 2 e inc. I e par 1, e arts. 3, 5, 6 e 8, inc. I MP 1676/9834 e reed; art. 2 e inc. I e par 1, e arts. 3, 5, 6 e 8, inc. I L 9715/98.

2. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 11/08/03 (AR à fl. 35 e 84), o contribuinte protocolizou, em 10.09.2003, a impugnação de fls. 1 a 5, acompanhada dos documentos de fls. 634, na qual alega:

2.1. Preliminarmente, não há no presente auto de infração que se discutir qualquer questão de mérito, tendo em vista que o mesmo exige o recolhimento de tributos já liquidados pela impugnante.

2.1.1. O tributo exigido no presente auto de infração foi liquidado por via de pedidos de compensações, conforme se pode ver pelo “Anexo I – Demonstrativo dos Créditos Não Confirmados”, do presente auto de infração, onde constam todas as compensações efetuadas, informando inclusive os números dos processos que sustentam os créditos, que no presente caso, foram os processos nº 10980.015533/97-13 e 10980.013337/98-95.

2.1.2. Não pode o fisco exigir o recolhimento de tributos que já foram objeto de compensação, sendo que os processos que deram a origem aos créditos utilizados nessa compensação estão sob verificação por órgão da própria Atuante.

2.1.3. Desta forma, ante a comprovação da liquidação dos débitos exigidos no presente auto de infração, deve o mesmo ser declarado nulo de pleno direito.

2.2. Ainda que os créditos utilizados no presente auto forem considerados improcedentes, a impugnante terá o direito de compensar os débitos com outros créditos que possui, e não incidir na multa exigida.

2.2.1. Portanto, requer que no caso de serem os créditos dos processos nº 10980.015533/97-13 e 10980.013337/9895 considerados improcedentes, seja dispensada a exigência da multa e os débitos compensados com outros créditos da impugnante.

2.2.2. Caso os tributos do presente auto de infração fossem exigíveis, a multa nunca poderia ser superior a 20%. Pois é esse o limite imposto pela lei para tributos recolhidos por atraso, visto que no presente caso tratar-se-ia apenas de atraso de recolhimento. Reproduz o art. 61 da Lei nº 9.430/96.

2.2.3. Assim, é notoriamente inconstitucional a multa fixada em 75% do valor do crédito referencial do SELIC e na taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal operação, configurado-se em flagrante e ilegítimo confisco, na esteira dos julgados citados e de acordo com o Art. 150, IV da Constituição Federal.

2.3. Por fim requer:

2.3.1. Nulidade do auto de infração por exigência de recolhimento de tributos já liquidados por compensação, conforme comprovam os documentos anexos.

2.3.2. Na remota hipótese de não acolhimento da preliminar, requer a impugnante que seja dispensada a exigência da multa, tendo em vista a possibilidade da compensação com outros créditos da empresa, ou ainda, seja a multa reduzida ao percentual de 20%, nos termos da lei, e dos argumentos retro expostos.

2.3.3. Defira à reclamante, a qualquer tempo, a juntada de tantas provas quantas julgue necessárias para o seu perfeito deslinde.

3. A impugnação foi previamente analisada pela Delegacia da Receita Federal DERAT/EQAAR em São Paulo-SP que, trabalhando com a hipótese da existência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento, exarou o Despacho em 28/02/2011 (fl. 85), onde consta que:

“O contribuinte alega compensação com créditos mediante processos de nº 10980.015533/97-13, 10980.013337/98-95 e 10950.000307/98-94, em análise preliminar constata-se a compensação parcial de alguns débitos objetos do auto de infração”.

3.1. Assim, revisou de ofício o lançamento na forma do artigo 149 do Código Tributário Nacional (CTN), cancelando os débitos conforme Extrato do Processo (fls. 82-83):

(...)

3.2. Restaram em litígio os seguintes débitos:

(...)

A 9ª Turma de Julgamento da DRJ São Paulo (SP) julgou procedente em parte a impugnação, nos termos do Acórdão nº 16-34.755, de 11 de novembro de 2011, cuja ementa abaixo reproduzo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/03/1998, 01/07/1998 a 31/12/1998

AUTO DE INFRAÇÃO INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em nulidade do procedimento administrativo.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

As provas devem ser apresentadas no prazo de impugnação, não se admitindo a produção posterior de provas nos casos em que não fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, não se referir a fato ou direito superveniente ou não se destinar a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

PIS. DÉBITOS REMANESCENTES. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DÉBITOS NÃO CONFESSADOS.

Os débitos informados no Pedido de Compensação disciplinado no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 entregue anteriormente à vigência da MP nº 135/2003 publicada em 31/10/2003, não constitui confissão de dívida, portanto enseja a manutenção do lançamento no Auto de Infração.

MULTA DE OFÍCIO RETROATIVIDADE BENIGNA DO ART. 18 DA LEI Nº 10.833/2003.

Com a edição da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, não cabe mais imposição de multa excetuando-se os casos mencionados em seu art. 18. Sendo tal norma aplicável aos lançamentos ocorridos anteriormente à edição da MP nº 135/2003 em face da retroatividade benigna (art. 106, II, “c” do CTN), impõe-se o cancelamento da multa de ofício lançada.

Impugnação Procedente em Parte

Inconformado com a decisão da DRJ, apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual argumenta, em síntese, que:

- a) A Delegacia de Julgamento inovou os motivos determinantes do auto de infração causando cerceamento do direito de defesa;
- b) Ocorreu a decadência de o Fisco realizar o lançamento tributário referente aos períodos de apuração 02/1998 e 03/1998, uma vez que transcorreu 5 anos entre a data da declaração e a ciência do auto de infração.

Termina sua petição recursal pedindo a reforma do acórdão vergastado, para fins de declarar a nulidade do lançamento tributário em face da inobservância do comando legal que impõe o dever de complementação do lançamento quando modificados os seus critérios pela Autoridade Julgadora, alternativamente, que seja declarada a decadência do direito do Fisco realizar o lançamento referente aos períodos de apuração compreendidos entre 02/1998 e 03/1998.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

O recurso foi apresentado com observância do prazo previsto, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

A discussão em pauta diz respeito à possibilidade da DRJ mudar o fundamento jurídico do auto de infração. O auto de infração foi fundamentado na falta de comprovação do sujeito passivo ser parte na ação judicial informada em DCTF. A decisão da DRJ manteve o lançamento tendo como supedâneo a falta de crédito por parte do contribuinte para realização de compensação. Ou seja, afastou o motivo determinante do auto de infração e analisou o *meritum causae*.

O Acórdão nº 9303-01.060, da lavra do conselheiro Henrique Pinheiro Torres, proferido na Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão do dia 23 de agosto de 2010, o qual subscrevi, *mutatis mutandis*, retrata meu pensamento sobre esta lide, de sorte que peço vênia para reproduzi-lo:

(...)

Compulsando os autos, verifica-se que a fundamentação do lançamento de ofício foi ter o sujeito passivo informado compensação em DCTF arrimada em decisão judicial, mas que tal ação não fora comprovada. Daí a fiscalização haver utilizado como premissa para a glosa de crédito o suposto fato de que a ação judicial alegada pelo sujeito passivo não existira. No julgamento da impugnação, a DRJ reconheceu a comprovação produzida pela empresa quanto à existência do processo judicial informado e a sua vinculação à matéria alegada, todavia, justificou o lançamento sob o argumento de que se o crédito tributário existisse, a compensação somente poderia ter sido efetuada, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial que reconhecesse os créditos em favor do sujeito passivo, o que não era o caso dos autos.

Razão tem a autoridade julgadora de primeira instância quando alega a necessidade do trânsito em julgado para que se possa proceder à compensação desses créditos com débitos de origem tributária do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional. De outro lado, não se pode esquecer que o Processo Administrativo

Fiscal exige uma série de requisitos para a formalização do crédito tributário por meio de lançamento de ofício, dentre os quais destaca-se o da correta fundamentação da acusação fiscal. Isso porque, no estado democrático de direito, a todos os administrados é assegurado, diante de uma acusação, seja administrativa ou judicial, saber os fatos que lhes foram imputados e os fundamentos que justificaram tal acusação. Isso em decorrência de princípios basilares assentados nas constituições democráticas modernas.

No nosso ordenamento jurídico, os acusados defendem-se dos fatos que lhes foram imputados, inconsistentes esses, inconsistente também será a acusação.

No caso dos autos, a glosa deu-se sob a premissa de que a ação judicial informada pelo sujeito passivo, como base para a compensação por ele efetuada, não existiria.

Ora, se essa era a acusação: “proc jud não comprova”, se o sujeito passivo comprovou a existência da ação judicial informada na DCTF, a acusação fiscal tornou-se insubsistente, não sendo lícito ao órgão de julgamento modificar a fundamentação do lançamento. Se a fiscalização entender que deve, pode fazer nova acusação, desta feita retratando, corretamente, os fatos imputados ao sujeito passivo, e, de preferência, os descrevendo em Português vernacular, sem abreviações ou frases inacabadas, como a constante do auto de infração em comento (proc jud não comprova). Essa descrição dos fatos, de per si, já representaria cerceamento de defesa, posto ser ininteligível para o homem de conhecimento médio que não seja afeito às questões fazendárias, o que, se alegado pela parte, culminaria na nulidade dos auto de infração, mas como não o foi, não se pode, de ofício, pronunciá-la, posto que só a parte prejudicada é que tem legitimidade para argüir o prejuízo advindo do cerceio de defesa. É um direito personalíssimo e subjetivo do ofendido.

De outro lado, a mudança de critério jurídico realizada pela decisão de primeira instância, não tem o condão de macular o lançamento fiscal, mas sim, a própria decisão, pois quem a proferiu não detinha competência legal para agravar o lançamento fiscal, modificando os seus fundamentos. Desta feita, entendendo que o órgão julgador de primeira instância, ao modificar os fundamentos do auto de infração, extrapolou de suas competências, o que torna nula a decisão proferida. Todavia, deixo de pronunciar tal nulidade, pois, no mérito, como dito linha acima, o lançamento é improcedente, já que as provas trazidas aos autos põem por terra a acusação fiscal, já que restou comprovado pelo sujeito passivo que a ação judicial por ele informada na DCTF existe e versa sobre o direito creditório controvertido nestes autos.

Assim, a acusação fiscal do “proc. Jud. não comprova”, não encontra respaldo nos autos. Aliás, tal “fundamentação” desses malfadados autos de infração “eletrônicos”, a rigor, apenas indica que o processo judicial informado não existe. Isso é, por óbvio, o máximo que pode fazer um sistema informatizado, já que não tem capacidade de “interpretar” o conteúdo da decisão

proferida para definir se dá cobertura à compensação pretendida.

Em sintonia com o que determina a disposição legal supra, também a doutrina jurídica, na exegese de MARCOS VINÍCIUS 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".

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 contrarrazões, quaisquer que sejam, sem que isto, pelo menos a meu juízo, resulte na preterição do direito de defesa do contribuinte autuado.

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".

Retornando ao processo em análise, com dito alhures, o auto de infração eletrônico teve como fundamento a inexistência do processos administrativos informados em

DCTF, que tratavam da compensação pretendida pelo recorrente, na base do sistema “profisc” da RFB.

A recorrente provou que havia protocolado os processos nº 10980015533/97-17 e nº 10980.013337/98-95, que tratavam das compensações administrativas.

A Delegacia de Julgamento manteve parte do lançamento sob outro fundamento, não mais pela falta de comprovação dos processos de compensação.

Respeitosamente, considero que manter o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram, ou puderam ser cogitados pela autoridade autuante corresponde à verdadeira inovação no que diz respeito 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 nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993.

Pelos fatos arrolados, resta evidente que o pressuposto fático que deu suporte ao auto de infração é falso. Logo, o auto de infração deve ser cancelado pela inexistência e falta de veracidade dos motivos apontados como fundamento.

Forte nestes argumentos, dou provimento ao recurso do sujeito passivo e cancelo o auto de infração.

Sala das Sessões, em 27/05/2014