



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

Processo nº 19679.009971/2003-21
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3302-002.698 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2014
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrentes TRIKEM S/A (Incorporada pela BRASKEM S/A)
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/09/1998 a 31/12/1998

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DOS FATOS IMPUTADOS AO CONTRIBUINTE.

Provido que não ocorreram os fatos imputados ao contribuinte no auto de infração, relativamente a glosas efetuadas em DCTF, cancela-se lançamento.

Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencido, quanto ao recurso voluntário, o conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 23/08/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Fabiola Cassiano Keramidas, Paulo Guilherme Déroulède e Alexandre Gomes. Ausente, momentaneamente, o conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Contra a empresa TRIKEM S/A (Incorporada pela BRASKEM S/A), já qualificada nos autos, foi lavrado Auto de Infração para exigir o pagamento de Cofins relativo aos meses de setembro a dezembro de 1998, tendo em vista que a empresa declarou, em DCTF, que os referidos débitos foram compensados por força de decisão judicial proferida no Processo nº 98.0012326-1, que restou não comprovado, no entender da autoridade autuante.

Inconformada com a autuação, a empresa interessada impugnou o lançamento, cujas razões foram resumidas no relatório do acórdão recorrido, nos termos abaixo transcritos.

6. Notificada do lançamento em 11.08.2003 (fls. 273), a interessada interpôs impugnação em 10.09.2003 (fls. 01 a 20), onde alega que:

6.1. A empresa possuía saldo de crédito suficiente, a título de contribuição para o Finsocial, exação considerada inconstitucional pelo STF, utilizado a partir de 31 de outubro de 1998, para compensar o crédito tributário;

6.2. O Fisco considerou somente o processo judicial nº 98.0012326-1, quando na verdade deveria considerar a ação ordinária nº 92.0000611-6, ajuizada com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade do Finsocial, bem como as disposições presentes nas leis nº 8.383/91 e 9.430/96, que autorizam a compensação de créditos havidos pelos contribuintes em face do Fisco Federal, e mais especificamente, no caso do último diploma legal, em face da Receita Federal;

6.3. A sociedade Salgema Indústria Química S/A, posteriormente incorporada pela ora impugnante, ajuizou a ação ordinária nº 92.0000611-6, com o objetivo de recuperar os valores exigidos a título de Finsocial, sendo que a ação resultou na declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota. Na referida ação, a autora requereu que fosse declarado inconstitucional o Finsocial, reconhecendo-se o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos. Em ordem sucessiva, requereu fosse determinada sua devolução, pela via do precatório, caso não fosse acolhido o primeiro pedido. Alternativamente aos dois pedidos anteriores, requereu fossem declaradas inconstitucionais as majorações de alíquota promovidas pelas citadas leis, determinando-se ou a compensação ou a restituição da diferença;

6.4. Em razão da maneira como foi formulado o pedido, teve início questão processual que se alongou por alguns anos, resultando, inclusive, na propositura do Mandado de Segurança nº 98.0012326-1. Com efeito, ainda no bojo da referida ação ordinária, o Poder Judiciário houve por bem reconhecer e declarar a inconstitucionalidade das majorações do Finsocial, determinando a sua devolução mediante a expedição do malsinado ofício precatório. Irresignada, a autora tentou por todos os meios reformar a citada decisão, sem sucesso, esbarrando sempre na formulação do pedido, que supostamente careceu da melhor técnica redacional;

6.5. A decisão judicial final da ação ordinária foi no sentido de determinar a devolução por meio do precatório judicial. Referida ação judicial transitou em julgado e o indébito a título de Finsocial tomou-se inquestionável;

6.6. No entanto, antes mesmo que se encerrasse o litígio supra, a autora intentou nova ação, desta vez o Mandado de Segurança nº 98.0012326-1, com o escopo de ver assegurada a compensação do Finsocial, nos exatos termos das Leis nº

8.383/91 e 9.430/96, que autorizam a compensação de créditos havidos pelos contribuintes em face do fisco federal;

6.7. Sucede que o mandado de segurança foi ajuizado antes mesmo do trânsito em julgado da ação ordinária proposta no passado, que à época se encontrava no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, aguardando julgamento de recurso especial. Por tal razão, o TRF da 5ª REGIÃO, analisando recurso de apelação interposto pela FAZENDA NACIONAL, houve por reformar a sentença singular e decretar a litispendência mandado de segurança à ação ordinária anteriormente ajuizada, eis que as duas ações versavam sobre a devolução do mesmo tributo. Com isso, o processo foi decretado extinto, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil. A impugnante ainda tentou, sem êxito, a reforma desta decisão junto ao STJ, mas a querela quedou-se extinta sem julgamento de mérito, em razão da alegada litispendência;

6.8. Diante dos fatos narrados, é forçoso reconhecer que o Mandado de Segurança nº 98.0012326-1 se prestou tão somente como o instrumento viabilizador da compensação tributária pretendida pela Impugnante, já que nos idos de 1998 ainda havia certa resistência por parte da Receita Federal em aceitar a compensação levada a cabo pelos contribuintes e a jurisprudência dos Tribunais ainda não se encontrava bem construída, como se pode afirmar atualmente;

6.9. Desta forma, ao proceder à verificação da compensação executada pela IMPUGNANTE, em sede de revisão e controle (julgamento) do auto de infração em epígrafe, deve considerar, a RECEITA FEDERAL, também a Ação Ordinária nº 92.00006116, na medida em que desta ação originaram-se os créditos de Finsocial compensados pela ora IMPUGNANTE com a COFINS devida. O Mandado de Segurança nº 98.0012326-1, repita-se, serviu apenas de instrumento liberador da compensação, em época em que o fisco ainda resistia a pretensão de contribuintes como a IMPUGNANTE, que almejavam compensar tributos de espécies supostamente diferentes, no entendimento da Receita Federal.

6.10. Outra possibilidade, que se cogita apenas por dever de ofício, e em razão da quase incompreensível justificativa presente no auto de infração em disputa, seria o entendimento da RECEITA FEDERAL no sentido de que a decisão proferida na Ação Ordinária nº 92.0000611-6, em que se reconheceu a inconstitucionalidade das majorações do Finsocial e o respectivo crédito da Impugnante, obrigaria a ora Impugnante a requerer a restituição dos valores pela via do precatório, sendo-lhe vedada a rápida via da compensação. Nesse sentido, também não merece sorte a FAZENDA NACIONAL, vez que direito à compensação tributária deriva de lei e o trânsito em julgado da Ação Ordinária nº 92.000061 1-6, nos termos em que se verificou não prejudica o exercício deste direito potestativo por parte da IMPUGNANTE;

6.11. As leis de regência do procedimento de compensação no âmbito federal, editadas com fulcro no art. 170 do Código Tributário Nacional, são as Leis nº 8.383/91 e 9.430/96. Os dispositivos citados deixam evidente que a compensação, salvo quando se tratar de tributo lançado de ofício, é de iniciativa do contribuinte, cabendo ao fisco apenas conferir os valores lançados para fins de homologação expressa; conferência, que, não ocorrendo, resultará na homologação tácita dos valores compensados;

6.12. A positivação do instituto da compensação tributária está mais do que solidificada, e a natureza de direito potestativo do mesmo é inquestionável;

6.13. A compensação tributária e a repetição do indébito devem produzir o mesmo efeito patrimonial, qual seja, recompor o patrimônio do contribuinte espoliado por uma cobrança indevida. A opção por uma ou outra modalidade, quando ambas forem aplicáveis, cabe ao contribuinte, que deverá avaliar se o crédito compensável se exaurido em período muito longo, quando será mais interessante a repetição em espécie, ou, do contrário, quando será rapidamente compensado, justificando o procedimento e a dispensa da repetição;

6.14. A própria regulamentação baixada pela Receita Federal sobre o instituto da compensação contempla a situação em que o contribuinte requer a repetição dos valores e de posse de sentença condenatória, prefere proceder à compensação dos créditos que dela derivam a executá-la judicialmente. Nesse sentido o art. 17 da Instrução Normativa SRF nº 21/97 (com a redação conferida pela Instrução Normativa SRF nº 73/97);

6.15 Não bastasse, isso, convém lembrar que a própria Secretaria da Receita Federal já reconheceu que a compensação dos valores indevidamente pagos a título de Finsocial com valores vincendos da COFINS é válida (Instrução Normativa SRF nº 32/97);

6.16 Evidente, portanto, que a compensação realizada pela ora Impugnante é válida, não só aos olhos da lei, mas inclusive aos olhos da Secretaria da RECEITA FEDERAL, o que só reforça a flagrante nulidade do presente auto de infração.

A 9ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP julgou parcialmente procedente a impugnação, para excluir a multa de ofício, nos termos do Acórdão nº 16-18.437, de 09/09/2008, cuja ementa abaixo se transcreve.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL – COFINS*

Período de apuração: 01/09/1998 a 31/12/1998

COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA.

Decisão transitada em julgada, em ação da qual é parte a interessada, vedou a efetivação da compensação.

*COMPENSAÇÃO. LEI nº 8.383/91. LEI nº 9.430/96.
DIFERENTES SISTEMÁTICAS.*

A sistemática de compensação na forma da lei nº 8.383/91 possuía requisitos próprios, tais como a exigência de ser efetuada entre tributos e contribuições de mesma espécie e destinação constitucional, não se confundindo com a compensação, instituída pela lei nº 9.430/96, mediante requerimento a Receita Federal entre quaisquer tributos e contribuições.

*IN SRF nº 32/97. CONVALIDAÇÃO. COMPENSAÇÃO.
FINSOCIAL. COFINS.*

*A convalidação da compensação de débitos da COFINS com indébitos originados em pagamentos a maior feitos ao Finsocial, trazida com a IN SRF nº 32, só atinge o encontro de contas efetuado até o mês abril de 1997, época da edição dessa norma.
As compensações não efetivadas até a publicação do referido ato*

deverão ser requeridas administrativamente, uma vez que o Finsocial e a COFINS são de diferentes espécies.

MULTA DE OFÍCIO VINCULADA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Em razão da aplicação retroativa benigna do art. 18 da Lei 10.833/03, com a redação dada pelo art. 25 da Lei 11.051/04, deve ser excluída a multa de ofício vinculada imposta.

Dessa decisão a Turma de Julgamento recorreu de ofício.

A interessada tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 10/11/2008 (AR de fl. 319) e interpôs recurso voluntário no dia 08/12/2008, no qual renova as alegações da impugnação.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído para relatar.

É o Relatório do essencial.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece. O Recurso de Ofício atende aos pressupostos legais e também dele se conhece.

Como relatado, trata-se de auto de infração eletrônico lavrado em virtude de não ter sido comprovada a existência da ação judicial que, informada pelo contribuinte na DCTF, teria lhe autorizado efetuar a compensação de débitos de Cofins com créditos de Finsocial reconhecidos pelo Poder Judiciário. Ante a incomprovação da existência do processo judicial, o Fisco, ao proceder o lançamento em causa, sequer se baseou em aspectos outros que só foram carreados para os autos após a impugnação e que corroboram da existência da ação judicial que autorizava, à época da apresentação das DCTF, a compensação declarada, desde que obedecidas a legislação de regência.

Após a lavratura do auto de infração, constatou-se que empresa Recorrente não cumpriu as exigências legais, determinadas pela decisão judicial, para efetuar a compensação autorizada pela ação judicial então vigente. E mais, também constatou-se que, na data da lavratura do auto de infração, a decisão que autorizava a compensação havia sido revogada pelo TRF, confirmada pelo STJ.

Esses fatos, em tese, autorizariam a lavratura do auto de infração.

Ocorre que os referidos fatos foram apurados pela autoridade preparadora após a apresentação da impugnação do auto de infração. Quando do lançamento, a única

acusação feita foi a de que o processo judicial informado na DCTF não fora localizado, ou seja, não existe (para o Fisco).

Por isso mesmo, o PARECER SARAC Nº 0052/2008, de 21/08/2008, não se integra ao lançamento, para complementar a descrição dos fatos que ensejam a autuação. Quando muito, assemelhar-se-ia a mero ato de informação fiscal, previsão essa, todavia, revogada do Decreto nº 70.235/72, desde a publicação da Lei nº 8.748/93.

Considero que fazer agora as considerações do referido parecer, 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.”

No caso em pauta, o processo judicial efetivamente existe e, à época da apresentação das DCTF, havia nele decisão liminar autorizando a compensação declarada. Como se disse, os fatos e as circunstâncias que levaram à revogação dessa decisão liminar não foi fato motivador da autuação e, portanto, não pode ser argüido pelo Fisco para manter a autuação.

Por isso mesmo, desconheço as razões da decisão recorrida para manter o lançamento e, também, deixo de analisar os argumentos da empresa Recorrente sobre essas mesmas matérias, posto que estranhas à lide estabelecida com a impugnação.

Quanto ao Recurso de Ofício, mesmo que o lançamento fosse procedente, não merece reforma a decisão recorrida nesta parte, posto que o débito efetivamente foi declarado pelo contribuinte, não cabendo o lançamento da multa de ofício.

Como considero indevido o lançamento do principal, o mesmo destino tem os acessórios (multa de ofício e juros de mora).

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator

Processo nº 19679.009971/2003-21
Acórdão n.º **3302-002.698**

S3-C3T2
Fl. 8

CÓPIA