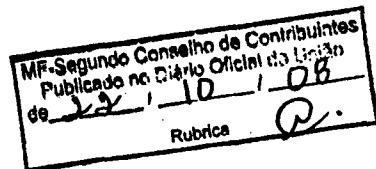




**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
SEGUNDA CÂMARA**

CC02/C02  
Fls. 110

**Processo nº** 10166.008572/2002-78  
**Recurso nº** 131.962 Voluntário  
**Matéria** Cofins  
**Acórdão nº** 202-19.015  
**Sessão de** 08 de maio de 2008  
**Recorrente** FERCON FERRAGENS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.  
**Recorrida** DRJ em Brasília - DF



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

Ano-calendário: 1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.  
AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA EM DCTF.

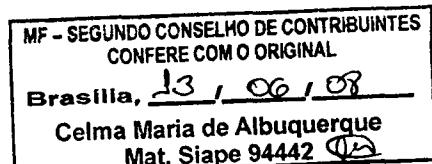
Compensação amparada por sentença judicial. Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Art. 59, §3º, do PAF).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

*Celma Maria de Albuquerque*  
ANTONIO CARLOS ATULIM  
Presidente



*peca*  
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antônio Lisboa Cardoso, Antonio Zomer e Domingos de Sá Filho.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 13/06/08  
Celma Maria de Albuquerque  
Mat. Siape 94442

## Relatório

Trata-se de análise do Auto de Infração eletrônico de nº 0002254, mediante o qual é exigido da contribuinte, nos autos qualificada, crédito tributário de Cofins. O auto se originou da realização de auditoria interna na DCTF.

Cientificada, a contribuinte apresentou impugnação, alegando, em apertada síntese, que o valor do débito informado na DCTF referente aos meses 10/1998 a 12/1998, estão integralmente quitados, sendo parte conforme cópias de Darf anexos e parte por compensação.

Informa que obteve o direito à compensação na Justiça Federal do Distrito Federal, conforme Processo nº 95.15402-1 (Sentença nº 0478/96-A) que lhe permitiu compensar o Finsocial recolhido. Assim sendo, a Cofins apurada sofreu a compensação de 25% do valor do indébito a ser recolhido em cada competência de acordo com o parágrafo único do art. 71 da Lei nº 9.032/95.

Às fls. 61/62 consta a Revisão de Ofício, cancelando parcialmente créditos do auto de infração, face à comprovação de pagamentos efetuados.

Por meio do Acórdão DRJ/BSB nº 14.567, de 25 de julho de 2005, os Membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgaram procedente em parte o lançamento da Cofins/DCTF. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

*"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -  
Cofins Ano-calendário: 1998*

*Ementa: COMPENSAÇÃO – Para ser efetuada a compensação de tributos a contribuinte tem que comprovar o direito creditório, o qual somente pode ser postulado uma única vez.*

*PROVAS – Se na fase impugnatória a contribuinte comprovar a improcedência de parte do lançamento, seja por recolhimentos já efetuados ou por outra razão qualquer, há que se cancelar a importância da exigência fiscal correspondente. Por outro lado será mantido o valor do crédito tributário, cujo recolhimento não for comprovado.*

*Lançamento procedente em parte".*

Consta da decisão recorrida, o que a seguir transcrevo:

*"Analisando as peças processuais verifica-se a improcedência das alegações da interessada, pois informou que os valores que estão sendo exigidos no Auto de Infração foram objeto de compensação (25% conforme sentença nº 0478/96-A) que, lhe reconheceu o direito creditório daqueles valores compensados.*

*No entanto, na informação fiscal, folha 60, consta que a contribuinte ajuizou Ação de Execução nº 1998.34.00.030991-1, para receber as quantias que lhe eram devidas em espécie. Foi citado inclusive que o*

*precatório judicial já foi expedido e que o referido processo encontra-se arquivado."*

A interessada, inconformada com a decisão prolatada pela DRJ, apresenta recurso, no qual, em apertada síntese, alega: (i) ser equivocada a decisão recorrida que negou a compensação da Cofins com crédito do Finsocial pelo fundamento de já ter recebido o crédito de Finsocial, decorrente da Ação de Execução nº 1998.34.00.030991-1, quando na verdade o foram tão-somente a título de honorários advocatícios do advogado da parte vencedora da demanda, em nada alterando os valores que devem ser compensados. Assim, defende que a interessada não está pleiteando utilizar seu direito creditório em duas situações, como afirma a DRJ; (ii) que a prova do alegado, de que a execução se refere aos honorários de sucumbência, está anexa à defesa, comprovando que não deve ser lançado o valor de R\$ 1.346,35, mas deverá ser reconhecida a quitação do débito informado na DCTF referente aos meses 10/1998 a 12/1998; (iii) conclui pela improcedência do lançamento (sic), tendo em vista a compensação referente a 25% da Cofins apurada, não incidindo multa ou juros. Requer, ao final, a anulação do auto de infração e a declaração de extinção do débito tributário.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>13/06/08</u>
Celma Maria de Albuquerque
Mat. Siape 94442

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE	CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>13/06/03</u>	
Celma Maria de Albuquerque	
Mat. Siape 94442	

## Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão que manteve parcialmente o lançamento.

Em análise ao precitado auto de infração eletrônico, juntado pela própria contribuinte às fls. 07 a 13, uma vez que a unidade preparadora sequer se deu ao trabalho de fazê-lo, verifica-se ser o mesmo decorrente de auditoria em DCTF exigindo crédito tributário de Cofins/1998. Consta da descrição dos fatos e enquadramento legal, à fl. 08, o seguinte:

*"Foi(ram) contatada(s) irregularidade(s) no(s) crédito(s) vinculado(s) informado(s) na(s) DCTF, conforme indicada(s) no Demonstrativo de Créditos Vinculados não Confirmados (Anexo I), e/ou no 'Relatório de Auditoria Interna de Pagamentos Informados na(s) DCTF' (Anexos Ia ou Ib), e/ou 'Demonstrativo de Pagamentos Efetuados Após o Vencimento' (Anexos IIa ou IIb), e/ou no 'Demonstrativo do Crédito Tributário a Pagar' (Anexo III) e/ou 'Demonstrativo de Multa e/ou Juros a Pagar – Não Pagos ou Pagos a Menor' (Anexo IV). Para efetuar pagamento da(s) diferença(s) apurada(s) em Auditoria Interna, objeto deste Auto de Infração, o contribuinte deve consultar as 'Instruções de Pagamento' (Anexo V)."*

### Preliminar

Diante de tantos "e/ou" constantes da descrição dos fatos (08), mesmo sem saber exatamente do que se defender, a contribuinte apresentou impugnação juntando documentos Darfs dos recolhimentos efetuados no período autuado e documentos comprobatórios da existência da Ação Judicial nº 0478/96-A que lhe concedia o direito à compensação dos valores recolhidos a título de Finsocial.

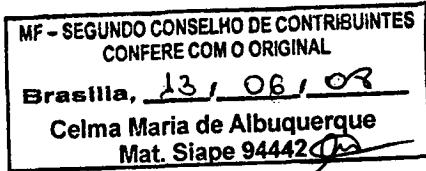
Em nenhum momento anterior ao auto de infração houve notificação à contribuinte sobre as divergências inicialmente apuradas.

Tenho me posicionado no sentido contrário à validade do auto de infração eletrônico, à luz do que dispõe o art. 142 do CTN, bem como às regras impostas pelo direito administrativo.

Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro<sup>1</sup>, assim se posiciona:

Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo - a lei - confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

<sup>1</sup> 22ª ed. - p. 101



Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão.

O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas o de praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido.

O art. 142 do Código Tributário Nacional contém uma definição de lançamento, estabelecendo que *"Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível"*, acrescentando o seu parágrafo único que *"A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional"*.

A ausência desses elementos ou de algum deles, inquestionavelmente, dá causa à nulidade do lançamento por defeito de estrutura e não apenas por vício formal, caracterizado pela inobservância de uma formalidade exterior ou extrínseca necessária para a correta configuração desse ato jurídico.

Destarte, é por meio da descrição dos fatos que se revelam os motivos que levaram à autuação. Não é necessário que a descrição seja extensa, bastando que se articule de modo preciso os elementos de fato e de direito que levaram o auditor ao convencimento de que a infração deve ser imputada à contribuinte. A descrição dos fatos de fl. 08 é totalmente deficiente por não dizer qual é a natureza da inexatidão, estando repleta de "e/ou", e por remeter o leitor para diversos demonstrativos que também nada dizem a respeito. A fiscalização deveria ter complementado a informação básica do sistema com as peculiaridades do caso concreto. Mas assim não procedeu.

Não nos esqueçamos de que formalidade é, pois, todo o ato ou fato, ainda que meramente ritual, exigido por lei para segurança da formação ou da expressão da vontade de um órgão.<sup>2</sup> A informalidade está, dependendo das condições, para o administrado, não para o administrador, que deve preservar as condições estabelecidas na norma.

Por tais motivos, nulo o auto de infração pela ausência de formalidades legais (art. 142 do CTN).

No entanto, estabelece o § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (PAF) que *"Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta."*

<sup>2</sup> — Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 10<sup>a</sup> ed., Tomo I, 1973, Lisboa.

Assim, em favor da economia processual, passo à análise do mérito.

### Mérito

Relativamente ao valor remanescente, alega a contribuinte que nas competências autuadas apurou o valor devido de Cofins, recolheu o equivalente a 75% e compensou os outros 25% com valores de Finsocial, conforme direito concedido nos autos do Processo nº 95.15402-1 (Sentença nº 0478/96-A) que tramitou perante a Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 26 e 27).

Considerando que a informação fiscal prestada à fl. 60 limitou-se à pesquisa aos andamentos processuais contidos na *Internet*, não sendo solicitado qualquer esclarecimento à contribuinte a respeito da existência da ação de execução nº 1998.34.00.030991-1, o julgador de primeira instância manteve em parte o auto de infração por entender que o direito creditório da empresa foi utilizado em duas situações (no processo judicial, em pecúnia, e na via administrativa, por compensação).

Ocorre que, conforme está demonstrado às fls. 93 a 104, trata o Processo nº 1998.34.00.030991-1 de ação de execução de sentença para recebimento da sucumbência que lhe era devida em face da procedência do Processo nº 95.15402-1, no qual a empresa obteve o direito à compensação do Finsocial.

### Conclusão

Desta forma, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO, reservando à Administração o direito de averiguar quanto a suficiência dos créditos utilizados na compensação efetuada.

Sala das Sessões, em 08 de maio de 2008.

  
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

