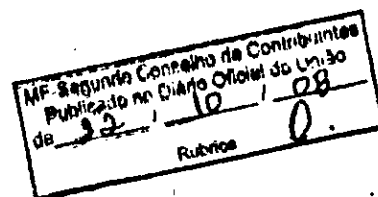




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10166.008575/2002-10
Recurso nº 132.503 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 202-19.106
Sessão de 05 de junho 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).

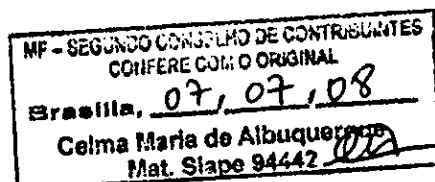
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

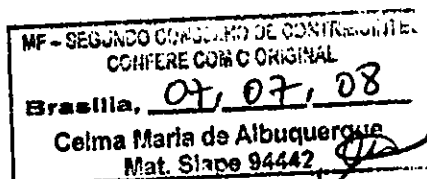
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.


ANTÔNIO CARLOS ATULIM
Presidente


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.



Relatório

Trata-se de análise de Auto de Infração Eletrônico de nº 0003973, 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.

Por meio do Acórdão DRJ/BSB nº 15.010, de 22 de setembro de 2005, os Membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgaram procedente 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.

Lançamento procedente".

Consta da decisão recorrida, o que a seguir transcrevo:

"Analisando as peças processuais verifica-se a impropriedade 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.

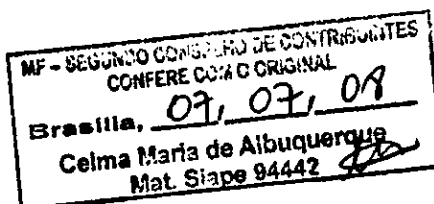
No entanto, na informação fiscal, folha 60, consta que a contribuinte ajuizou Ação de Execução nº 1998.34.00.030991-1, para receber as quantias que lhe eram devidas em espécie. Foi citado inclusive que o precatório judicial já foi expedido e que o referido processo encontra-se arquivado."

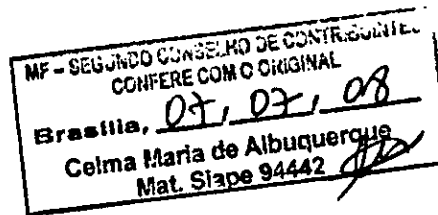
A interessada, inconformada com a decisão prolatada pela DRJ, apresenta recurso, no qual, em apertada síntese, alega: (i) ser equivocada a decisão recorrida que negou a compensação da Cofins com crédito do Finsocial pelo fundamento de já ter recebido o crédito de Finsocial, decorrente da Ação de Execução 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\$ 1.171,92, (valor originário) 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 o cancelamento do auto de infração, além da suspensão da exigibilidade do referido débito, possibilitando a emissão de certidão positiva com efeito negativo.

É o Relatório.





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. 06 a 14, 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. 09 o seguinte:

"Foi(ram) constatada(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.

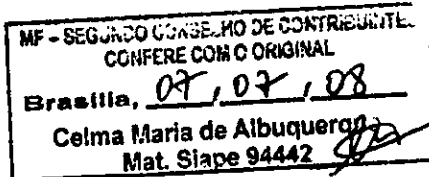
Em nenhum momento anterior ao auto de infração houve notificação à contribuinte sobre as divergências inicialmente apuradas.

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 Brasileiro¹, 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."

¹ 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 inexactidão, 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. E 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.² 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 suprimir-lhe a falta."*

² Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 10ª 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. 180/181).

Inexiste nos autos planilhas que demonstrem a suficiência dos créditos.

Considerando que a informação fiscal prestada à fls. 55/56 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 o auto de infração por apenas 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. 92 a 93, 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. Não houve restituição em pecúnia como mencionado pela decisão recorrida.

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 05 de junho de 2008.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

