



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

Processo nº 10380.000067/2002-41
Recurso nº 144.717 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão nº 202-19.441
Sessão de 04 de novembro de 2008
Recorrente VICUNHA TÊXTIL S/A
Recorrida DRJ em Fortaleza - CE

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19 / 12 / 08
Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Siage 92136

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1997

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

Nulo é o processo que não atende às formalidades prescritas em lei.

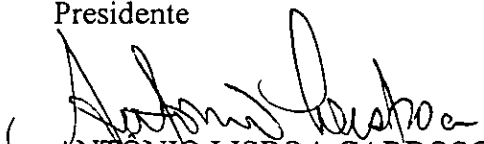
Processo anulado *ab initio*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do segundo conselho de contribuintes, por maioria de votos, em anular o processo *ab initio*. Vencidos os Conselheiros Nadja Rodrigues Romero e Carlos Alberto Donassolo (Suplente), que negaram provimento.


ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente


ANTONIO LISBOA CARDOSO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Antonio Zomer, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez-López.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 13 / 12 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Siape 92136
--

Relatório

Adoto o relatório integrante do acórdão recorrido de fl. 42, nos seguintes termos:

"Contra o Sujeito Passivo acima identificado foi lavrado Auto de Infração da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, fls. 04/07, para formalização e cobrança do crédito Tributário nele estipulado no valor total de R\$ 101.006,06, incluindo acréscimos legais.

O lançamento teve origem na Auditoria Interna da Declaração de Contribuições e Tributos Federais – DCTF relativa ao primeiro trimestre de 1997, onde foi constatada:

FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA, conforme Anexo Ia – 'Relatório de Auditoria Interna de Pagamentos Informados na DCTF' e Anexo III – 'Demonstrativo do Crédito Tributário a Pagar'.

Enquadramento Legal: Artigos 1º e 3º, alínea 'b', da Lei Complementar nº 07/70; art. 83, inciso III, da Lei nº 8.981/95; art. 1º, da Lei nº 9.249/95; arts. 2º e inciso I e parágrafo único, 3º, 5º, 6º e 8º, inciso I, da Medida Provisória (MP) nº 1.495/96-11 e reedições; art. 2º e inciso I e § 1º, e arts. 3º, 5º, 6º e 8º, inciso I, da MP nº 1.546/96 e reedições; art. 2º e inciso I e § 1º, e arts. 3º, 5º, 6º e 8º, inciso I, da MP nº 1.623/97-27 e reedições.

MULTA VINCULADA - Enquadramento Legal: Artigo 160, da Lei nº 5.172/66; art. 1º, da Lei nº 9.249/95; art. 44 e inciso I e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA - Enquadramento Legal: Artigo 161, § 1º, da Lei nº 5.172/66; art. 43, parágrafo único e art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Inconformado com a exigência da qual tomou ciência em 07/12/2001, por meio de Aviso de Recebimento (fls. 21), o contribuinte apresentou impugnação em 03/01/2002 (fls. 01), afirmando que o valor exigido foi objeto de compensação através do processo nº 13308.000092/97-11." (destaques do original)

A DRJ em Fortaleza - CE manteve o lançamento procedente em parte, conforme a seguinte ementa do acórdão (fl. 41):

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1997

COMPENSAÇÃO. NÃO HOMOLOGAÇÃO:

Impõe-se o lançamento de ofício quando constatada a inexistência de crédito tributário a compensar objeto de ação judicial.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 19/12/04 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Siage 92136
--

Tendo em conta a nova redação dada pelo art. 25 da Lei 11.051, de 2004, ao art. 18 da Lei 10.833, de 2003, em combinação com o art. 106, inciso II, alínea 'c', do CTN, cancela-se a multa de ofício aplicada.

Lançamento Procedente em Parte".

Cientificada em 05/07/2007, conforme Aviso de Recebimento juntado à fl. 48, a recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 49/57 (e documentos de fls. 58/198) aduzindo, em síntese, o seguinte:

- a) a recorrente formulou pedido de restituição de crédito oriundo do pagamento indevido da contribuição ao PIS, quanto às modificações dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, conforme cópias da Ação de Mandado de Segurança nº 96.0052704-0, tramitada pela 7ª Vara Federal do Estado do Ceará, cujo trânsito em julgado ocorreu em 20/02/2006, conforme acórdão do Egrégio STJ (REsp nº 577.179/CE, às fls. 188/197, e Certidão de Trânsito em Julgado à fl. 198 (em 20/02/2006);
- b) o pedido de restituição de pagamento indevido, reconhecido judicialmente, cumulado com compensação correspondem ao Processo Administrativo nº 13308.000.092/97-11, *"ainda em trâmite, com nítida conexão com presentes autos"*;
- c) o crédito foi suficientemente comprovado em ação judicial, inexistindo qualquer diligência da Secretaria da Receita Federal para esta finalidade, somente exigindo o valor consignado em Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), primeiro trimestre de 1997;
- d) comprovada a procedência do pedido de restituição e conseqüente compensação, principalmente, com a prova do indébito, requer a reforma do acórdão, ou, não sendo necessário, requer a realização de diligência para comprovar a definitividade e a regularidade do valor incluído em DCTF.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual, dele tomo conhecimento.

Em análise do precitado auto de infração eletrônico, juntado pela própria contribuinte, verifica-se ser o mesmo decorrente de auditoria em DCTF exigindo crédito tributário de PIS/1997.

Consta da descrição dos fatos e do enquadramento legal, à fl. 5, o seguinte:



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 19 / 12 / 01 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Siape 92136
--

"O presente Auto de Infração originou-se da realização de Auditoria Interna na(s) DCTF discriminada(s) no quadro 3 (três), conforme INJ-SRF nº 045 e 077/98.

Foi(ram) considerada(s) irregularidade(s) no(s) crédito(s) vinculado(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'."

No Anexo I ao AI nº 0000864, de fl. 06, relativo ao Demonstrativo dos Créditos Vinculados Não Confirmados, consta tratar-se de declaração referente ao primeiro trimestre de 1997(tributo PIS), cujo crédito vinculado total/parcialmente não confirmado (*Comp s/ DARF-outros-PJU*), processo declarado nº 960052704-0, cuja ocorrência foi "*Proc jud não comprovad*".

De acordo com a informação constante da fundamentação da DRF (fl. 23), consta tratar-se de pedido de restituição de PIS que a empresa interessada entende ter pago indevidamente, associado ao pleito constante da Ação Judicial de nº 96.005274-0, entretanto, "*ao invés de encontrar crédito em favor da contribuinte, apurou débitos*".

Na impugnação, a recorrente comprova que, ao contrário do que consta como motivo do lançamento, o processo judicial existe, conforme faz prova pela medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança de fls. 166/167, expedida em 08 de janeiro de 1997, sendo-lhe autorizada a compensação das parcelas do PIS pagas indevidamente, nos termos dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, com as parcelas vencidas e vincendas do PIS, de acordo com a Lei Complementar nº 7/70, confirmada pela v. sentença de fls. 168/175 (em 2/04/1997), e ainda em conformidade com o acórdão da Apelação em Mandado de Segurança nº 63960/CE (98.05.30706-9), exarado pelo colendo TRF/5ª Região em 13/09/2001 (fls. 176/187), e o REsp nº 577.179/CE (2003/0132430-8), às fls. 188/197, cujo trânsito em julgado se deu em 20/02/2006 (fl. 198).

Portanto, a contribuinte apresentou impugnação com argumentos generalistas juntando documentos comprobatórios da existência de ação judicial que reconhecia o direito de a contribuinte realizar a compensação do valor referente à diferença entre o pagamento realizado com base nos inconstitucionais Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 e aquele devido, em razão da LC nº 7/70, com o próprio PIS, demonstrando que sequer houve erro de preenchimento de DCTF, uma vez que o número informado estava correto.

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



IAF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 19, 12, 08 Ivana Cláudia Silva Castro ✓ Mat. Siape 92136

CC02/C02 Fls. 204

pela inobservância de uma formalidade exterior ou extrínseca necessária para a correta configuração desse ato jurídico.

É lícito concluir que as investigações intentadas no sentido de determinar, aferir, precisar o fato que se pretendeu tributar anteriormente, revelam-se incompatíveis com os estreitos limites dos procedimentos reservados ao saneamento do vício formal. Sob o pretexto de corrigir o vício detectado no auto de infração, não pode o Fisco intimar o contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem necessárias, significa que a obrigação tributária não estava definida e o vício apurado não seria apenas de forma, mas, sim, de estrutura ou da essência do ato praticado.

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. 5 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.

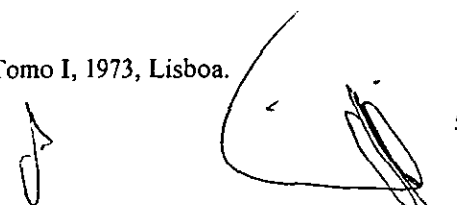
Não nos esqueçamos de que formalidade é, pois, todo o ato ou fato, ainda que meramente ritual, exigido por lei para segurança da formação ou da expressão da vontade de um órgão.¹ A informalidade está, dependendo das condições, para o administrado, não para o administrador, que deve preservar as condições estabelecidas na norma.

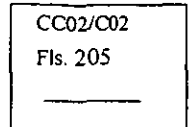
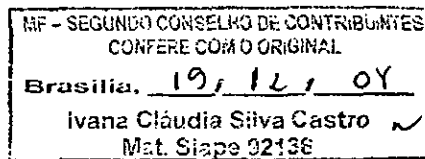
No mais, o procedimento fiscalizatório tem a sua etapa prévia ao “processo” administrativo. Erros ocorridos durante o procedimento de fiscalização não devem ser supridos por quem não detém a competência para o feito. Não há como suprir a etapa inicial, por quem não possui a competência para tanto, na forma prevista nas normas de direito processual administrativo, sob pena de resultar em preterição do direito de defesa da contribuinte. Nesse sentido, à fiscalização compete apurar, determinar a base de cálculo, e, sobretudo, descrever a forma pela qual procedeu aos cálculos (motivação). Já, à autoridade julgadora, cabe a apreciação e análise dos fatos e fundamentos legais, já inseridas no feito legal.

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 âmbito do processo, fazê-lo acertar no que não viu, subtraindo ao impugnante o direito de opor contra-razões, quaisquer que sejam, sem que isto, pelo menos a meu juízo, resulte na preterição do direito de defesa do contribuinte autuado.

A realização de diligências após o lançamento, em primeiro lugar deveria estar consubstanciada em determinação da autoridade superior, o que não se encontra nos autos. Outrossim, uma vez pronto e impugnado o auto de infração, a autoridade lançadora não tem mais competência para alterá-lo, como tentou fazer, ainda que em decorrência das razões trazidas pela impugnante que, para se defender daquilo que não tinha conhecimento, obrigou-se a apresentar argumentos genéricos e não correspondentes à fundamentação legal e descrição contidas no auto de infração.

¹ Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 10ª ed., Tomo I, 1973, Lisboa.





Contudo, há que se lembrar que é vedado por lei a alteração do lançamento anterior, a título de “revisão”, só para mudar o critério jurídico adotado no lançamento primitivo. O que vejo na decisão proferida pela DRJ é que ao invés de anular o auto de infração a partir do momento que ficou **comprovada a existência da ação judicial** indicada pela contribuinte em sua DCTF, para, então, proceder ao lançamento pelos fundamentos jurídicos corretos, na tentativa de “validar” o auto de infração, simplesmente, modificou o critério jurídico.

Relativamente à mudança de critério jurídico, peço vênica para introduzir parte do voto proferido pelo I. Conselheiro Neicyr de Almeida (Ac. nº 103-20.441), que assim dispõe:

“Ainda sobre a temática, importa trazer à lume as lições sempre atuais do inclito tributarista Rubens Gomes de Souza, na percepção aguda do ilustrado mestre Souto Maior Borges, in Lei Complementar Tributária, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1975, acerca da melhor exegese do artigo 146 do C.T.N.:

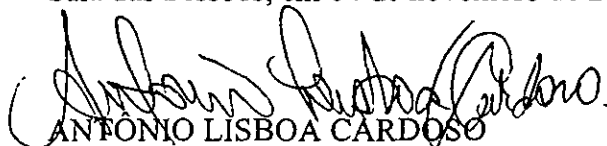
Antecipando-se à vigência do CTN, Rubens Gomes de Souza ensinou que se o fisco, mesmo sem erro, tiver adotado uma conceituação jurídica e depois pretender substituí-la por outra, não mais poderá fazê-lo. E não o poderá porque, se fosse admissível que o fisco pudesse variar de critério em seu favor, para cobrar diferença de tributo, ou seja, se à Fazenda Pública fosse lícito variar de critério jurídico na valorização do “fato gerador”, por simples oportunidade, estar-se-ia convertendo a atividade do lançamento em discricionária, e não vinculada.”

Outrossim, somente para complementar o raciocínio, ao modificar o critério jurídico estaria a DRJ a constituir um novo auto de infração com outra motivação.

O fato de a contribuinte não ter, à época dos fatos, sentença transitada em julgado, não lhe retira o direito à compensação, se de fato era possuidora de créditos. Não se olvide que à luz da legislação vigente à época dos fatos (Lei nº 9.430/96), independente de pedido administrativo, poderia a contribuinte ter sim efetuado compensações de PIS com PIS, tendo em vista que se trata de contribuições da mesma espécie.

Em face do exposto, e diante da manifesta omissão quanto às formalidades legais ou pela mudança de critério jurídico, voto no sentido de declarar a NULIDADE do processo *ab initio*.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2008.


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO