



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10380.004657/2002-42
Recurso nº 139.403 Embargos
Matéria COFINS
Acórdão nº 202-19.178
Sessão de 03 de julho de 2008
Embargante PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
Interessado Crasa C. Rolim Automóveis Ltda.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 02 de 07 de 08
Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Siage 92135

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1997

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS
INFRINGENTES.

Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para
anular o Acórdão nº 202.18.509 e, em seguida, declarar a
NULIDADE do processo *ab initio*, com a seguinte ementa:


**"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.
AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA EM DCTF. Nulo é o
processo que não atende às formalidades prescritas em lei.**

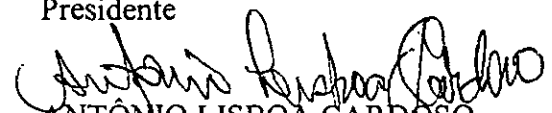
Processo anulado ab initio."

Embargos de declaração acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do segundo conselho de
contribuintes, por unanimidade de votos, acolheram-se os embargos de declaração para anular
o Acórdão nº 202-18.509 e, no mérito, dar provimento ao recurso para anular o processo *ab
initio*.


ANTONIO CARLOS ATULIM
Presidente


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO
Relator

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

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 202-18.509, prolatado na sessão de 22 de novembro de 2007, cuja ementa é a seguir transcrita:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1997

DCTF. LANÇAMENTO ELETRÔNICO. DECLARAÇÃO INEXATA.

Cancela-se o auto de infração eletrônico motivado em declaração inexata do contribuinte, quando reste comprovado que o tributo exigido fora devidamente compensado nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

Recurso provido".

Os embargos contestam, em especial as seguintes declarações constantes do voto condutor:

"Por outro lado, é inegável que os valores ora exigidos, a título de COFINS, foram liquidados pela compensação, que não foi declarada pela contribuinte, fato constatado e atestado pelo exator que conferiu a compensação (fl. 38).

Esta colenda Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes teve ocasião de decidir em situação análoga a apresentada no presente processo, ou seja, em auto de infração eletrônico decorrente de declaração inexata do contribuinte, e uma vez estando comprovado que o tributo exigido fora devidamente compensado nos termos do art. 66, da Lei nº 8.383/91, deve ser cancelada a referida autuação..." (fl. 92) (grifos acrescidos).

Assevera ainda que o acórdão embargado incorreu duplamente em erro, apontando as seguintes omissões (fl. 97):

"Primeiro, porque os valores exigidos a título de Cofins em momento algum foram liquidados pela compensação que sequer foi homologada pela autoridade fiscal competente, motivo pelo qual foi lavrado o presente auto de infração.

Segundo, a referida compensação, corretamente, não poderia ter sido aceita pela SRF, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos

o trânsito em julgado da ação judicial que supostamente embasaria seu pleito compensatório." (grifos constantes do original).

Conclui dizendo que a compensação realizada pela contribuinte em nenhum momento foi efetivamente válida, e nem poderia ser pela vedação constante do art. 170-A do CTN.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

Os embargos de declaração interpostos pela douta representante da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional atendem aos ditames do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, razão pela qual devem ser conhecidos.

O acórdão embargado restou não claro o suficiente, pior ainda, foi omissivo e extremamente contraditório, devendo o mesmo ser anulado e outro ser produzido em boa e devida forma, com os seguintes fundamentos:

Conforme consta dos autos e do acórdão da DRJ, o Auto de Infração Eletrônico é decorrente de auditoria interna na DCTF referente aos 2º e 3º trimestre de 1997, em razão de não ter sido confirmado o processo judicial nº 96.0006276-7 ("Proc Jud não Comprovado" Anexo I – *Demonstrativo dos Créditos Vinculados Não Confirmados.*" (fls. 27/28).

De acordo com a decisão da DRJ em Fortaleza – CE (fl. 52), "*verifica-se que a Ação Judicial (processo nº 96.0006276-7) tem por objeto o direito à compensação de créditos ditos pagos indevidamente a título de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL com débitos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, conforme se infere pelo teor da petição inicial (fl. 04/18)*".

Assim sendo, o lançamento do crédito tributário teve por objeto prevenir a decadência, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, o qual se encontra em discussão na esfera judicial.

Desta forma vê-se claramente que houve mudança da fundamentação que motivou o auto de infração eletrônico, pois, num primeiro momento "Proc Jud não Comprovado", em seguida, mesmo sendo comprovada a existência do processo judicial, o lançamento é mantido com vistas a prevenir a decadência.

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 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 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

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

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.

Contudo, há que se lembrar que é vedada 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 e ratificada na impugnação, para, então, proceder ao lançamento pelos fundamentos jurídicos corretos, na tentativa de "validar" o auto de infração, simplesmente modificou-se o critério jurídico.

Relativamente à mudança de critério jurídico, peço vênia 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.

Em face do exposto, e diante da manifesta omissão e contradição, voto no sentido de prover os embargos de declaração para ANULAR O ACÓRDÃO nº 202-18.509 e, em seguida, declarar a NULIDADE do processo *ab initio*.

Sala das Sessões, em 03 de julho de 2008.


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO