



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10480.014400/94-81
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-004.610 – 3ª Turma
Sessão de 26 de janeiro de 2017
Matéria Lançamento tributário. Processo de consulta. Cofins
Recorrente CONSTRUTORA MARANHÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1992 a 31/12/1993

LANÇAMENTO. PROCESSO DE CONSULTA. POSSIBILIDADE.

A existência de processo de consulta não impede o lançamento de ofício quando são diferentes o objeto da consulta com o exigido no auto de infração. Não realizado o autolancamento por parte do contribuinte impõe-se a exigência de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama (relatora), Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (suplente convocado) e Vanessa Marini Ceconello, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama - Relatora.

(Assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em Exercício), Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama

Processo nº 10480.014400/94-81
Acórdão n.º **9303-004.610**

CSRF-T3
Fl. 3

(Relatora), Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Charles Mayer de Castro Souza, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de retorno de Diligência solicitada pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, através da Resolução nº CSRF/02-00.018.

Para melhor compreensão, importante ressurgir aos autos do processo, trazendo que foi apresentado Recurso Especial pelo sujeito passivo contra o acórdão 103-18.166 que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso ex-offício e determinou a remessa dos autos à repartição de origem para deslinde do mérito, consignando acórdão com a seguinte ementa:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Consulta - COFINS - COMPENSAÇÃO - A proibição de se instaurar procedimento fiscal contra o sujeito passivo até o trigésimo dia subsequente à ciência definitiva da decisão da consulta, em relação ao tributo ou contribuição objeto da matéria consultada, prevista no artigo 48 do Decreto nº. 70.235/72, não se aplica aos casos de tributo ou contribuição sujeitos ao lançamento por homologação e, nesta não impede a constituição do crédito tributário de ofício (art. 49 do Decreto nº. 70.235/72).

Recurso ex officio provido.”

Insatisfeito, o sujeito passivo apresentou Pedido de Reconsideração, que foi recepcionado como Recurso Especial, requerendo a reforma do acórdão emitido pela 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes.

Continuando, houve manifestação do Chefe da DIRCO/DRJ Recife - nobre Aloyzio José Percínio da Silva, expondo que o pedido de reconsideração apresentado pelo sujeito passivo não poderia ser apreciado como tal em virtude da expressa vedação contida no artigo 50 da Lei 8.541/92, mas que, contudo, em atendimento a um dentre os princípios reguladores do processo administrativo fiscal, **o da informalidade**, segundo o qual devem ser relevadas as incorreções de forma que não impliquem em prejuízo à sistematização necessária à tramitação do processo, deve o pedido ser apreciado pela Câmara Superior de Recursos

Fiscais como recurso voluntário por ser esta a próxima fase prevista na ritualística processual regulada pelo Decreto 70.235/72.

Ato contínuo, tal “recurso” foi “admitido”, nos termos do Despacho de fl. 131, após apreciação pelo Presidente Cândido Neuber em exercício à época, conforme segue:

“A Construtora Maranhão Ltda., por meio da petição de fls. 116-119, manifesta inconformidade ao que foi decidido no Acórdão 103-18.166, fls. 105-110, que deu provimento ao recurso ex-offício apresentado pela DRJ em Recife - PE.

A Interessada teve ciência do Acórdão em 9.7.97, conforme A.R. de fls. 114, tendo protocolizado o recurso em 21/07/97, ou seja, dentro do prazo de 30 dias fixado pelo artigo 33 do Decreto 70.235/72.

Apesar de o recurso intitular-se "pedido de reconsideração", a peça deve ser tomada como recurso voluntário contra o acórdão proferido pela 3ª Câmara, ao amparo do artigo 10 do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos—ao Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55/98, uma vez que foi reformada a decisão de 1ª instância prolatada em favor da Contribuinte.

Isto posto, façam-se presentes os autos à Secretaria da Câmara Superior de Recursos Fiscais”

A Fazenda Nacional, então, apresentou Contrarrazões, conforme segue:

[...]

A Fazenda Nacional, ante o r. Despacho de fl. 126 - e com as observações constantes no verso da mesma página, vem apresentar suas CONTRA -RAZOES ao Recurso Voluntário de fls. 116/119, assentada nos fundamentos seguintes:

2. Preliminarmente, duas observações devem ser veiculadas: a primeira sobre o descabimento do "pedido de reconsideração" (alvitado na já referida petição de fls. 116/119), face aos precisos termos do art. 50 da Lei nº 8541/92; a segunda acerca do cabimento da petição em tela como recurso voluntário, o que nos parece plenamente admissível (face inexistência de requisito outro a esta espécie além da tempestividade - 30

dias) e perfeitamente realizável de ofício (pois a autoridade julgadora, no seu poder-dever e dentro das possibilidades legais, verifica a intenção do recorrente e a admite na forma procedimentalmente adequada, em atenção à plenitude do exercício da jurisdição administrativa).

3. No mérito, a contribuinte-recorrente parece confundir os efeitos da decisão cameral (fls.105/110) com a exigibilidade do tributo. A decisão referida no acórdão 103-18.166 limitou-se a • considerar válida a ação fiscal de constituição de crédito tributário, até mesmo para preservá-lo (conforme analisado no conhecido PARECER PGFN Nº 1.064/93), apesar da consulta formulada pela contribuinte-recorrente, pelos motivos já ali descritos. Assim, ela em nada afetou a caracterização ou a exigibilidade (ou, como postula a contribuinte, a inexistência) do crédito tributário.

4. Coisa muito diferente é o veiculado na IN/SRF nº 32/97 e no acórdão RESP nº 78.301 do STJ (referido no item nº 4, fl. 117), pois ambos - posteriores ao lançamento, deve-se bem observar - dizem com o tratamento fiscal a ser concedido ao crédito tributário compensado, especialmente com relação às empresas albergadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 150.764 (FINSOCIAL das empresas comerciais e mistas).

5. Assim, em síntese, enquanto o acórdão (com inteira razão) pronunciou o entendimento procedimental da matéria, os atos e a jurisprudência suscitados pela contribuinte dizem com o seu tratamento meritório (exigibilidade do crédito tributário). A decisão de fls. 105/110, desta forma, deve ser integralmente mantida.

6. E nem se diga que, neste entendimento, o contribuinte que regularmente houver compensado eventual crédito tributário estaria obrigado a novo pagamento: em verificando a autoridade lançadora a correção da compensação empreendida (base de cálculo, efetivo recolhimento do tributo alegado como inconstitucional, atualização monetária, efetivo enquadramento da contribuinte na situação do RE nº 150.764 do STF, etc.) deverá ele acolher e registrar nos controles da Secretaria da Receita Federal a baixa do crédito tributário já adimplido (via compensação), independentemente da existência ou não de lançamento de ofício anterior a esta verificação, tanto por força do art. 149 do CTN quanto

nos termos do Decreto nº 2.138, de 29 de janeiro de 1997, c/c a IN/SRF no 21, de 10 de março de 1997 (complementada pela IN no 37, de 29 de abril de 1997).”

Tal Recurso, dessa forma, foi apreciado pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sendo resolvido pelo Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, conforme voto do relator – transcrito abaixo (Grifos meus):

“VOTO

Conselheiro DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA, Relator

*Como relatado, o presente processo trata da exigência da COFINS, sendo que, não obstante o brilhantismo do acórdão recorrido — e em face dos argumentos lançados pela recorrente, **entendo que verificações devam ser feitas e informações prestadas, no sentido de que o processo esteja apto para votação por este Colegiado.***

Assim, voto no sentido de converter o apelo em diligência, com a finalidade de a autoridade preparadora, conclusivamente, verificar e informar qual o tramite movida pela recorrente e de nº 95.11020459. E se, já transitada em julgado, informar em que termos restou a mesma decidida.

Informar, ainda, se em razão de possível decisão judicial desfavorável à recorrente, foi contra a mesma levada a efeito novo procedimento administrativo fiscal e sob quais fundamentos.

Por fim seja dada oportunidade à recorrente de se manifestar, em prazo hábil, sobre os termos e resultado da diligência determinada.

É como voto.

[...]”

Em retorno de diligência, o Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário – SECAT da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Recife trouxe o que segue (Grifos meus):

“[...]

INFORMAÇÃO FISCAL - SUB-JÚDICE/SECAT/DRF/RECIFE:

De acordo com a Resolução nº CSRF/02-00.018, formalizada em 02/05/2006, pela Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais,

constante as fls. 133 a 135 deste processo, restou decidida a conversão do "apelo em diligência, com a finalidade de a autoridade preparadora, conclusivamente, verificar e informar qual o tramite de ação própria movida pela recorrente e de nº 95.00020459. E se, já transitada em julgada, informar em que termos restou a mesma decidida".

Foi solicitado ainda informar, "se em razão de possível decisão judicial desfavorável à recorrente, foi contra a mesma levada a efeito novo procedimento administrativo fiscal e sob quais fundamentos" (fls. 133/135).

Por fim, foi solicitado que fosse dada a oportunidade à recorrente de se manifestar, em prazo hábil, sobre os termos e resultado da diligência determinada (fls. 133/135).

A Delegacia da Receita Federal em Recife proferiu despacho, em 18/08/2006, constante à E. 141, em que informou "que não foi possível acessar o inteiro teor do acórdão do STJ na ação nº 95.0002045-9".

Ainda conforme referido despacho, "Com relação à existência de novo processo fiscal, esclarecemos que no despacho de fl. 73 do processo administrativo nº 10480.005441/95-59 em apenso consta a informação requerida". Ante o exposto, foi proposto o envio deste processo à Procuradoria da Fazenda Nacional em Pernambuco para "informar o que restou decidido no processo judicial em tela e posterior envio a Câmara Superior de Recursos Fiscais" (fl. 141).

A PFN/PE juntou ao processo os documentos de fls. 142 a 330. Pelo despacho acostado A. E. 332, a Ilustre Procuradoria encaminhou o presente ao Secat da DRF/Recife.

Anexei, nesta data, os extratos de fls. 333 a 353.

É o sucinto relatório.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que o contribuinte em comento está jurisdicionado por esta unidade da RFB, como faz prova o extrato de fl. 333.

Passemos à análise da Ação Judicial no 95.0002045-9, conforme solicitado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Por meio do Mandado de Segurança nº 95.0002045-9 (fls. 144/148), objetivou o impetrante eximir-se do recolhimento da Contribuição Social

sobre o Faturamento Cofins, por ser empresa construtora e incorporadora de imóveis, hipótese arguida como não contemplada pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, considerada a incidência da exação sobre o faturamento de mercadorias e/ou de serviços.

Assim, requereu o contribuinte a concessão de medida liminar "com o objetivo de determinar à Autoridade Coatora que se abstenha de adotar contra a Impetrante quaisquer medidas coativas ou punitivas, pelo fato de não recolher a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social denominada COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70 de 30 de dezembro de 1991". Após, pediu a Segurança definitiva, nos mesmos moldes da postulação liminar.

Conforme despacho exarado no processo judicial, cuja cópia foi acostada à fl. 166 deste processo, decidiu o MM. Juízo em negar o pedido de liminar, visto que "inexistem os pressupostos para a concessão de medida liminar, sobretudo o periculum in mora".

Contra tal decisão impetrou o sujeito passivo novo Mandado de Segurança (95.05.04361-9), em que novamente foi denegada a liminar, nos termos do despacho juntado a fl. 175 deste processo.

Na sentença, cuja cópia foi anexada as fls. 182/184, restou denegada "a segurança impetrada, pela generalidade do pedido (frente ao contrato social da impetrante) e, por serem as atividades pela autora desenvolvidas alcançadas pela previsão da lei complementar no. 70/91".

O contribuinte apresentou Apelação contra a referida sentença (fls. 188/193), a qual foi parcialmente provida, no julgamento do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região (fls. 210/216), em que restou decidido que a venda de imóveis não constitui fato gerador da COFINS.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial (fls. 219/235 contra o acórdão proferido no TRF.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar o Recurso Especial, reportando-se ao leading case da Primeira Seção do STJ, "que concluiu pela incidência da COFINS sobre imóveis (EREsp. n. 166.374/PE)", resolveu DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, nos termos do art. 557, §1º-A do CPC (fls. 295/297).

Foi certificado pelo STJ, em 15/12/2000 (fl. 299) que decorreu o prazo legal para recurso. Assim, em 19/12/2000, foram os autos judiciais remetidos ao TRF da 5ª Região, como faz prova o documento acostado à fl. 299.

Estas as informações acerca do Mandado de Segurança nº 95.0002045-9.

Com relação à indagação da Câmara Superior de Recursos Fiscais, "se em razão de possível decisão judicial desfavorável à recorrente, foi contra a mesma levada a efeito novo procedimento administrativo fiscal e sob quais fundamentos", temos a informar o que segue:

O despacho exarado à fl. 141, ao enfrentar a matéria, expôs: "Com relação existência de novo processo fiscal, esclarecemos que no despacho de II. 73 do processo administrativo nº 10480.005441/95-59 em apenso consta a informação requerida".

O citado despacho explicita, dentre outros comandos, que "enquanto o auto de infração não for julgado definitivamente na esfera administrativa, salvo melhor juízo, estamos impedidos de efetuar novo lançamento".

O documento acostado as fls. 346 a 353 confirma que não houve procedimento fiscal no contribuinte em comento, referente à Cofins, com relação aos períodos de apuração analisados neste processo, quais sejam, de 04/1992 a 12/1993, como faz prova o extrato de fls. 342/345.

Por todo o exposto, verificado o tramite do Mandado de Segurança tombado sob o nº 95.0002045-9 e informado que não houve novo procedimento fiscal relacionado matéria aqui discutida, para os períodos de apuração de 04/1992 a 12/1993, proponho que seja dada oportunidade à recorrente de se manifestar sobre os termos e resultado da diligência efetuada, tudo conforme requerido no voto constante à fl. 135 deste processo.

Relevante mencionar que a ciência ao contribuinte deverá ser realizada por meio de edital, em virtude de sua situação cadastral no CNPJ constar como "inapta" (fl. 333), nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Após a ciência do contribuinte e eventual manifestação do mesmo, deverá o presente processo ser devolvido à Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, para prosseguimento.

[...]"

Continuando, foi publicado edital nº 104/2010 à fl. 370 – conforme segue:

"[...]

PELO PRESENTE EDITAL, POR SE ENCONTRAR EM LUGAR INCERTO E IGNORADO (INAPTA - OMISSA NÃO LOCALIZADA), DA-SE CIÊNCIA AO CONTRIBUINTE, ABAIXO RELACIONADO, DA INFORMAÇÃO FISCAL - SUB JÚDICE/SECAT/DRF/RECIFE, REFERENTE À DILIGÊNCIA SOLICITADA PELA CSRF - 2 TURMA NO PROCESSO INDICADO NESTE, FICANDO O CONTRIBUINTE INTIMADO DENTRO DO PRAZO DE 30(TRINTA) DIAS CONTADOS DO 16º (DÉCIMO SEXTO) DIA DA DATA DA AFIXAÇÃO DESTA.

O PROCESSO INDICADO, RELATIVO AO RESPECTIVO CONTRIBUINTE, SE ENCONTRA NESTA REPARTIÇÃO NO SECÁT - SERVIÇO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - 3º ANDAR.

<i>Interessado</i>	<i>CNPJ/CPF</i>	<i>Processo nº</i>
<i>Construtora Maranhão Ltda</i>	<i>11.019.270/0001-60</i>	<i>10480.014400/94-81</i>

Afixado em 01/06/2010

Fica autorizada a afixação do original do presente edital no local de costume (Portaria da DRF/REC) até 15/06/2010.

Desafixado 21/06/2010"

Foi manifestado à fl. 371 pela Auditora Fiscal da Receita Federal:

"Após cientificado o contribuinte (fl. 358) da Informação Fiscal sub judice/Secret/DRF/Recife de fls. 354 a 357, sem a manifestação do mesmo no prazo legal, encaminho o presente processo ao CARF/MF – 2ª Turma, digo à CSRF/2ª Turma para prosseguimento."

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama - Relatora

Depreendendo-se da análise dos autos do processo, manifesto minha concordância quanto ao conhecimento do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo – o que passo a analisar o retorno de diligência proposta pela CSRF.

Não obstante, antes de se analisar o retorno de diligência, importante lembrar que o cerne da discussão envolve a nulidade ou não do auto de infração lavrado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada.

Quanto à essa matéria, cabe considerar que:

- O auto de infração lavrado em 27.12.94 envolve a cobrança da Cofins incidentes sobre as receitas auferidas no período de 30.4.92 a 31.12.93, objeto de compensação com pagamentos efetuados a maior à título de Finsocial (decisão o STF RE 150.764 – Finsocial das empresas comerciais e mistas);
- Foram apresentadas pelo sujeito passivo duas consultas:
 - A primeira consulta (fls. 34 a 41), datada de 23.9.93 – Processo 10480.011442/93-34, que trouxe a dúvida acerca do aproveitamento de créditos do FINSOCIAL, pagos acima do percentual de 0,5%, cujas majorações das alíquotas foram reconhecidas como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.
A ciência da decisão de 1ª instância por parte da impugnante deu-se em 26.1.94 (fl. 89), tendo havido interposição de recursos voluntários e de ofício, **com ciência do respectivo Parecer MF/SRF/COSIT/DIPAC nº 138 em 14.2.95** (fl. 95);
 - A segunda consulta (fls. 79 a 86), datada de 1.2.94 - Processo nº 10480.000848/94-18, que trouxe a dúvida acerca do aproveitamento de créditos do PIS decorrentes da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445/88e 2.449/88 – que até 26.4.95 encontra-se

ainda em fase recursal conforme extrato do "Sistema de Controle de Processo não Fiscais" (fl 96).

De fato, considerando as datas dos dois processos de consulta aqui mencionados, que envolvem o débito ora discutido nesse processo, é de se concluir que a lavratura do auto de infração em 27.12.94, como resultado do procedimento fiscal iniciado em 25.2.94, desrespeitou o mandamento do art. 48 do Decreto 70.235/72, abaixo transcrito:

"Art. 48. Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I- de decisão de primeira instancia da qual nado haja sido imposto recurso;

II- de decisão de segunda instancia".

O que entendo que assiste razão a DRJ ao anular o auto de infração.

Vê-se que a DRJ decidiu anular o auto de infração sob o fundamento de que o artigo 48 do Decreto 70.235/72, veda a instauração de procedimento fiscal, sobre matéria consultada, até 30 dias da ciência ao contribuinte **da decisão definitiva da consulta na esfera administrativa.**

Sendo assim, voto por dar provimento ao recurso interposto pelo sujeito passivo, anulando o auto de infração, tal como decidiu a DRJ de Recife.

Independentemente de entender pela anulação do r. lançamento, em respeito ao resolvido pela CSRF, passo ainda a manifestar sobre o retorno de diligência para se analisar a ação judicial 95.0002045-9.

Para tanto, trago que o retorno trouxe, em síntese, que:

- Por meio do Mandado de Segurança 95.0002045-9, objetivou o impetrante eximir-se do recolhimento da Cofins, por ser empresa construtora e incorporadora de imóveis, hipótese arguida como não

contemplada pelo art. 2º da LC 70/91, considerada a incidência da exação sobre o faturamento de mercadorias e/ou de serviços;

- Assim, requereu o sujeito passivo a concessão de medida liminar "com o objetivo de determinar à. Autoridade Coatora que se abstenha de adotar contra a Impetrante quaisquer medidas coativas ou punitivas, pelo fato de não recolher a COFINS;
- Conforme despacho exarado no processo judicial, decidiu o MM. Juízo em negar o pedido de liminar, visto que "inexistem os pressupostos para a concessão de medida liminar, sobretudo o *periculum in mora*";
- Contra tal decisão impetrou o sujeito passivo novo Mandado de Segurança (95.05.04361-9), em que novamente foi denegada a liminar;
- Na sentença, restou denegada "a segurança impetrada;
- O sujeito passivo apresentou Apelação contra a referida sentença, a qual foi parcialmente provida, no julgamento do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, em que restou decidido que a venda de imóveis não constitui fato gerador da COFINS;
- A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial contra o acórdão proferido no TRF;
- O STJ, ao apreciar o Recurso Especial concluiu pela incidência da COFINS sobre imóveis (EREsp. n. 166.374/PE);
- Foi certificado pelo STJ, em 15/12/2000 que decorreu o prazo legal para recurso. Assim, em 19/12/2000, foram os autos judiciais remetidos ao TRF da 5ª Região, como faz prova o documento acostado à fl. 299;
- Com relação à indagação da Câmara Superior de Recursos Fiscais, "se em razão de possível decisão judicial desfavorável à recorrente, foi contra a mesma levada a efeito novo procedimento administrativo fiscal e sob quais fundamentos", temos que não houve procedimento fiscal no contribuinte em comento, referente à Cofins, com relação aos períodos *de* apuração analisados neste processo, quais sejam, de 04/1992 a 12/1993.

Ainda que a CSRF naquele momento tenha convertido o julgamento em diligência, importante trazer que, para essa Conselheira, não seria necessária tal baixa, vez que o débito de Cofins ora discutido nesse processo, segundo o próprio sujeito passivo seria devido. Tanto é assim, que, por meio de compensação, pretendeu efetuar a liquidação desse débito com créditos que, por sua vez, foram objeto de consulta junto à Receita Federal do Brasil. E, ainda, o cerne da lide que ora deveria ser discutido por esse Colegiado seria a anulação ou não do lançamento, visto que quando da lavratura do auto de infração envolvendo matéria objeto de consulta à autoridade fazendária não havia sido emitida decisão definitiva.

Em vista de todo o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal - Redator designado.

Com o devido respeito ao voto da ilustre conselheira relatora, mas minhas conclusões em relação ao presente julgamento são diferentes.

Relembrando os fatos, temos que trata-se de auto de infração da Cofins relativa ao período de apuração de abril/92 a dezembro/93. A exigência decorreu tendo em vista a falta de declaração/recolhimento da referida contribuição. Deixa-se claro aqui que em sua impugnação o contribuinte manifestou expressamente que a atividade exercida por ele, incorporação imobiliária, não estava sujeita à incidência da Cofins por não tratar-se nem de venda de mercadorias e nem de prestação de serviços.

Ao analisar sua impugnação a DRJ/Recife julgou nulo o auto de infração com a seguinte ementa:

COFINS- CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.

CONSULTA

Nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo, relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso ou de decisão de segunda instância.

AÇÃO ADMINISTRATIVA NULA

Em seguida, a Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso de ofício em julgado proferido com a seguinte ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Consulta - COFINS - COMPENSAÇÃO - A proibição de se instaurar procedimento fiscal contra o sujeito passivo até o trigésimo dia subsequente à ciência definitiva da decisão da consulta, em relação ao tributo ou contribuição objeto da matéria consultada, prevista no artigo 48 do Decreto nº. 70.235/72, não se aplica aos casos de tributo ou contribuição sujeitos ao lançamento por homologação e, nesta não impede a constituição do crédito tributário de ofício (art. 49 do Decreto nº. 70.235/72).

Recurso ex officio provido.

Não concordando com essa decisão, o contribuinte interpôs o recurso especial, o qual é objeto da presente apreciação. Portanto foi devolvido a este colegiado a discussão a respeito da nulidade do lançamento determinada pela decisão da DRJ em face da existência de processo de consulta.

Nesse passo, penso que não há reparos a fazer na decisão recorrida. Observa-se que de fato o art. 48 do Decreto 70.235/72 determinava a impossibilidade de realização de procedimento fiscal contra o contribuinte até o prazo de 30 dias da solução da consulta, em relação ao objeto consultado, *in verbis*:

Art. 48. Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I - de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II - de decisão de segunda instância.

Porém, como destacado no dispositivo legal, acima transcrito, há que se observar a exceção que consta no início do caput do artigo: "salvo o disposto no artigo seguinte". E o que temos no artigo seguinte:

Art. 49. A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou autolancado antes ou depois de sua apresentação, nem o prazo para apresentação de declaração de rendimentos.

Pois bem, o tributo exigido no lançamento é a Cofins cuja forma de apuração e na sistemática do autolancamento ou também denominado lançamento por homologação. Portanto, constatada a falta de sua declaração/pagamento, a autoridade administrativa é obrigada a efetuar o lançamento por força do disposto no art. 142 do CTN.

Mas não foi só isso que sustenta a decisão recorrida. Na verdade, nos termos do art. 48 do Decreto nº 70.235/72, acima transcrito, o impedimento para o procedimento fiscal também está vinculado ao objeto da consulta. E não há dúvidas, diante do que foi relatado na decisão recorrida, de que o objeto da consulta é diferente do objeto do lançamento fiscal.

Veja bem, o objeto da consulta foi quanto a possibilidade de efetuar compensações de créditos do Finsocial e de PIS recolhidos a maior com débitos da Cofins. O

fato de se poder ou não poder compensar não interfere na formação do fato gerador da Cofins que é o que se exige no lançamento fiscal. Evidente, que se a resposta da consulta é positiva, o contribuinte teria que haver constituído pelo autolançamento os valores da Cofins que pretenderia compensar. Como ele não havia efetuado o autolançamento, resta necessário que este seja efetuado de ofício.

Tanto havia a necessidade do lançamento, que um dos argumentos erigidos em sua impugnação é que a atividade exercida por ele, incorporação imobiliária, não estava sujeita à incidência da Cofins por não tratar-se nem de venda de mercadorias e nem de prestação de serviços. Pois bem essa matéria de não incidência tributária não era objeto da consulta. Portanto se ele tinha esse entendimento a respeito da incidência da Cofins, evidente que ele não faria o autolançamento da referida contribuição. Por consequência, o lançamento de ofício se impunha e não foi efetuado com inobservância do art. 48 do Decreto nº 70.235/72.

A título de observação concordo com a relatora quando concluiu, em seu voto, que para o deslinde da controvérsia não seria necessária a realização da diligência solicitada anteriormente pela CSRF.

Diante do exposto voto por negar provimento ao recurso especial do contribuinte, mantendo na íntegra a decisão recorrida, ressaltando a necessidade de retorno do presente processo à autoridade julgadora de primeira instância para enfrentamento das demais matérias de mérito que não foram enfrentadas em face da declaração da nulidade do lançamento.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal