



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10510.001856/2003-57
Recurso nº 246.210 Voluntário
Acórdão nº **3801-00.835 – 1^a Turma Especial**
Sessão de 9 de agosto de 2011
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO
Recorrente SERGIPE INDUSTRIAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/04/1998 a 31/08/1998

LANÇAMENTO - FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO

Não se confirmndo os fundamentos de fato que deram origem à autuação, elemento obrigatório do auto de infração, é incabível a manutenção do lançamento.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Flávio de Castro Pontes. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Sidney Eduardo Stahl.

(assinado digitalmente)

Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Relator.

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Daniela Ribeiro de Gusmão, José Luiz Bordignon e Sidney Eduardo Stahl.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos, em razão do princípio da economia processual:

Trata-se de Auto de Infração (fls. 06/12) lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins relativa aos períodos de apuração de abril a julho de 1998. A exigência fiscal teve origem em procedimento de Auditoria Interna realizada nas DCTF apresentadas pela contribuinte.

O lançamento foi efetuado com fundamento nos seguintes dispositivos legais: arts. 1º a 4º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; art. 1º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 57 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995; arts. 56, e parágrafo único, 60 e 66 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Cientificada da exigência fiscal por via postal em 02/07/2003, conforme fotocópia do Aviso de Recebimento – AR à fl. 46, a autuada apresenta em 28/07/2003 a impugnação de folhas 01/03, alegando em sua defesa, em síntese:

Preliminarmente, em se tratando de contribuição sujeita ao lançamento por homologação, já decaíra o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em abril, maio e junho de 1998, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN;

Quanto ao mérito, a impugnante alega que os valores autuados foram objeto de compensação com créditos oriundos de pagamentos a maior do FINSOCIAL, reconhecida por sentença proferida nos autos do processo nº 91.00.08220-1 e decisão do Tribunal Regional Federal – TRF da 5ª Região, conforme fotocópias às folhas 26/34.

Por guardar relação direta com o presente litígio, a este processo foram anexadas fotocópias do processo nº 10510.002663/00-08 (fls. 47/67), das quais, em face do Despacho DRJ/SDR nº 34/2007 (fl. 69), a contribuinte foi cientificada (fls. 70/75), apresentando os documentos de folhas 78/241.

A DRJ em Salvador (BA) julgou procedente em parte o lançamento, fls. 243 a 247, nos termos da ementa abaixo transcrita:

DECADÊNCIA.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito Tributário relativo à Cofins é de dez anos.

Autenticado digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL. Assinado digitalmente em 06/09/2011

por MAGDA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 23/08/2011 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado

digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL

Emitido em 12/09/2011 pelo Ministério da Fazenda

COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL. EXTINÇÃO.

A compensação dos débitos lançados de ofício com crédito do FINSOCIAL extinguiu parcialmente os valores apurados na autuação.

COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL. CRÉDITO INSUFICIENTE.

Os valores declarados em DCTF e tidos como extintos em face de compensação, mas cujo crédito a compensar é insuficiente, são passíveis de lançamento de ofício.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, fls. 251 a 264, instruído com os documentos de fls. 265 a 281. Em síntese, apresentou as mesmas alegações suscitadas na impugnação, acrescentando basicamente que:

- no mês de agosto passado, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou, por unanimidade, a aplicação do prazo de dez anos para a cobrança de contribuições previdenciárias, declarando a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991; - o texto estabelece o prazo de dez anos para a decadência de tributos, mas o STJ entendeu que a regra só poderia ser criada por lei complementar. Assim, vale o prazo do Código Tributário Nacional (CTN), que é de cinco anos;

- se observe que a Recorrente apresentou, tempestivamente, no período fiscalizado, as suas DCTF's, fls. 35/45, e a Declaração de Rendimentos, fazendo com que os tributos declarados nos aludidos documentos fossem levados ao conhecimento da Receita Federal, antes do inicio da presente ação fiscal;

- o lançamento do valor principal deve ser cancelado, uma vez que os débitos já haviam sido informados nas DCTF's, do segundo e do terceiro trimestre de 1998, conforme provam as fls. 35/45, e como não haviam sido pagos, deveriam ser encaminhados a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para inscrição na Dívida Ativa da União, eis que exigíveis, de imediato, ante a confissão de dívida;

- também não pode prosperar, no caso presente, a imposição da multa no percentual de 75%;

- ocorreu no caso presente, a chamada denúncia espontânea, prevista no artigo 138 e Parágrafo Único, do Código Tributário Nacional;

- os valores compensados pela Recorrente foram apurados através da aplicação dos índices legalmente previstos, tudo de acordo com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça;

- o IPC e o INPC, indexadores oficiais da economia brasileira, podem e devem ser utilizados como índice de atualização monetária de tributos objeto de compensação, de acordo com o STJ;

- a Recorrente procedeu com a apuração de seu crédito tributário, conforme planilha de cálculo em anexo, que demonstra claramente que os valores encontrados são suficientes para extinguir toda a Cofins cobrada através do auto em análise;

- em nome do contraditório e da ampla defesa, a Recorrente, com base no artigo 16 - inciso IV, do Decreto n. 70.235/72, requer sejam realizadas as diligências necessárias, para esclarecimentos e comprovações, a fim de verificar e constatar o que ora se alega, isto é, que o seu crédito era suficiente para amparar as compensações efetivadas;

- não há dúvidas de que a Recorrente terá o seu direito à ampla defesa violado, se não forem realizadas as diligências, desde já requeridas, que irão atestar a legalidade do seu procedimento.

Por último, requereu que seu recurso fosse recebido e provido para o fim de ser declarado totalmente insubstancial o lançamento fiscal objeto deste processo administrativo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto, dele toma-se conhecimento.

Inicialmente examina-se a preliminar de decadência. Diferentemente do alegado, o crédito tributário remanescente refere-se aos períodos de apuração de 06/1998 a 08/1998, fl. 249.

De fato, em relação a ocorrência da decadência, não assiste razão à interessada, conforme será demonstrado.

A Lei nº 8.212/91 estabelecia em seu art. 45 que o prazo do direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos era de 10 (dez) anos.

Ocorre, todavia, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), após analisar a matéria em sede de controle difuso de constitucionalidade (precedentes recursos extraordinários nºs. 559.943-4, 559.882-9, 560.626-1 e 556.664-1), editou a seguinte súmula vinculante:

“Súmula Vinculante nº 8 -São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

A propósito dos efeitos da súmula vinculante, o artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Neste sentido, é o disposto no art. 2º da Lei 11.417/2006:

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.”

Destarte, após a publicação desta súmula no DOU em 20/06/2008 com eficácia imediata para a Fazenda Pública, é incontestável que o prazo decadencial é o estabelecido no Código Tributário Nacional.

A contribuição Cofins é sujeita à sistemática do lançamento por homologação. Assim sendo, se houver pagamento antecipado da contribuição em tela, aplica-se a regra decadencial do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito **passivo** o **dever de antecipar** o **pagamento** sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifou-se)

Por outro lado, não havendo pagamento, a regra a ser aplicada é a geral do art. 173, I:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Este também é o magistério de Leandro Paulsen, p. 1190 e 1191:

No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, podem ocorrer duas hipóteses quanto à contagem do prazo decadencial do Fisco para a constituição de crédito tributário: 1) quando o contribuinte efetua o pagamento no vencimento, o prazo para o lançamento de ofício de eventual diferença a maior, ainda devida, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, forte no art. 150, § 4º do CTN; 2) quando o contribuinte não efetua o pagamento no vencimento, o prazo para o lançamento de ofício é de cinco anos contado do primeiro dia do exercício seguinte ao de ocorrência do fato gerador, o que decorre da aplicação, ao caso, do art. 173, I, do CTN.

Importante é considerar que, conforme o caso, será aplicável um ou outro caso prazo; jamais os dois sucessivamente, pois são excludente um do outro.

Nessa esteira é o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Sr. Ministro de Estado da Fazenda em 18/08/2008:

(...) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

O Superior Tribunal de Justiça também consolidou esse entendimento, inclusive em sede de recurso repetitivo de controvérsia:

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INCIDÊNCIA DO ART. 173, INC. I, DO CTN. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI N. 8.212/91. SÚMULA VINCULANTE N. 8 DO STF.**

1. *O Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 12.6.2008, editou a Súmula Vinculante n. 8, publicada no DO de 20.6.2008, com este teor: "são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5.º do Decreto-Lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".*

2. *Nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial.*

No REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, reafirmou-se tal posicionamento (grifou-se).

(REsp 1090021, DJe 05/05/2010)

Registre-se, por oportuno, a alteração do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministro da Fazenda, com alterações das Portarias 446/2009 e 586/2010. O artigo 62-A dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STJ proferidas na sistemática de recurso repetitivo, *in verbis*:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.
{*}

(...)

{*} alteração introduzida pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de 22.12.2010 (grifou-se)

Anote-se que, segundo anexo I – demonstrativo dos créditos vinculados não confirmados de fls. 08 e 09, a interessada não efetuou pagamentos parciais dos débitos em discussão, de sorte que no presente caso aplica-se a regra geral do art. 173, I do CTN.

Destarte, no caso vertente, o crédito tributário remanescente corresponde aos períodos de apuração de 30/06/1998 a 31/08/1998 e a ciência ocorreu em 02/07/2003, por via postal, fl. 46, quando não havia transcorrido prazo superior a 05 (cinco) anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. E, iniciada sua contagem em 01/01/1999, regular é o lançamento científico antes de 31/12/2003.

Em remate, aplicando-se o art. o art. 173, I, constata-se que não operou o instituto da decadência em relação ao crédito tributário consubstanciado no auto de infração.

De outro giro, a recorrente sustenta que o lançamento do valor principal deve ser cancelado, uma vez que os débitos já haviam sido informados nas DCTF's, e como não haviam sido pagos, deveriam ser encaminhados a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para inscrição na Dívida Ativa da União, ante a confissão de dívida.

Esta tese não merece prosperar, visto que a constituição do crédito tributário por meio do lançamento de ofício observou o disposto na Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001:

Art. 90. Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

A propósito, ao contrário da interpretação da recorrente, o art. 1º da IN SRF nº 77/98 determinava a inscrição em Dívida Ativa da União somente dos valores informados na DCTF como saldos a pagar:

Art. 1º Os saldos a pagar, relativos a tributos e contribuições, constantes das declarações de rendimentos das pessoas físicas e jurídicas e da declaração do ITR, quando não quitados nos prazos estabelecidos na legislação, e da DCTF, serão comunicados à Procuradoria da Fazenda Nacional para fins de inscrição como Dívida Ativa da União. (grifou-se)

Por seu turno o art. 2º da IN SRF nº 77/98 estabeleceu a incidência da multa de ofício quando houvesse falta de recolhimento ou recolhimento fora do prazo, em decorrência de falta de declaração ou de declaração inexata.

Art. 2º Os débitos apurados nos procedimentos de auditoria interna, decorrentes de verificação dos dados informados na DCTF, a que se refere o art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 45, de 1998, na declaração de rendimentos da pessoa física ou jurídica e na declaração do ITR, serão exigidos por meio de auto de infração, com o acréscimo da multa de lançamento de ofício e dos juros moratórios, previstos, respectivamente, nos arts. 44 e 61, § 3º, da Lei nº n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observado o disposto nas Instruções Normativas SRF nºs 94, de 24 de dezembro de 1997, e 45, de 1998.

§ 1º Quando da alteração dos dados informados nas declarações das pessoas físicas ou jurídicas e do ITR, ou na DCTF, resultar apenas a redução do imposto a compensar ou a restituir ou de prejuízo fiscal, as irregularidades serão objeto de auto de infração, sem o acréscimo de multa.

§ 2º Os débitos a que se refere o caput, constantes de auto de infração, poderão ser pagos:

I - até o vigésimo dia, contado da ciência do lançamento, com o acréscimo de multa moratória, dispensada, nesse caso, a exigência da multa de lançamento de ofício (art. 47 da Lei nº n.º 9.430, de 1996);

II - do vigésimo-primeiro até o trigésimo dia, contado da ciência do lançamento, com o acréscimo de multa de lançamento de ofício, reduzida em cinqüenta por cento (art. 44 e § 3º da Lei nº n.º 9.430, de 1996);

III - a partir do trigésimo-primeiro dia contado da ciência do lançamento, com o acréscimo da multa de ofício, sem redução (art. 44 da Lei nº n.º 9.430, de 1996). (grifou-se)

Extrai-se desses dispositivos legais que apenas os valores informados como saldos a pagar é que poderiam ser considerados confissão de dívida nos termos do art. 5º do Decreto-lei 2.124/84 e inscritos de imediato na Dívida Ativa da União.

Assim sendo, sobre os valores declarados em DCTF como créditos vinculados e não confirmados deve ser mantido o lançamento. Observe-se aqui que as DCTF's foram apresentadas com saldos a pagar zerados, em virtude da informação de que tais valores haviam sido compensados.

Outrossim, com base na argumentação de que ocorreu a denúncia espontânea, não pode prosperar a imposição da multa no percentual de 75%. Nessa matéria a recorrente tem razão parcial.

Vale lembrar, que a Medida Provisória nº 135, de 30/10/2003, convertida na Lei nº 10.833, promoveu alteração no já citado art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Assim dispõe seu art. 18:

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§1º Nas hipóteses de que trata o **caput**, aplica-se ao débito indevidamente compensado o disposto nos §§ 6º a 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

§2º A multa isolada a que se refere o **caput** é a prevista nos incisos I e II ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conforme o caso.

§3º Ocorrendo manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação e impugnação quanto ao lançamento das multas a que se refere este artigo, as peças serão reunidas em um único processo para serem decididas simultaneamente.

Esclarecendo esse dispositivo, a Instrução Normativa SRF nº 482/2004 dispôs que os saldos a pagar relativos a cada tributo informado em DCTF, assim como os valores das diferenças apuradas em procedimentos de auditoria interna, relativos às informações indevidas ou não comprovadas prestadas na DCTF, sobre pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, seriam enviados para inscrição em Dívida Ativa da União, com os acréscimos moratórios devidos.

Do Tratamento dos Dados Informados

Art. 9º Todos os valores informados na DCTF serão objeto de procedimento de auditoria interna.

§ 1º Os saldos a pagar relativos a cada imposto ou contribuição, informados na DCTF, bem assim os valores das diferenças apuradas em procedimentos de auditoria interna, relativos às informações indevidas ou não comprovadas prestadas na DCTF, sobre pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, serão enviados para inscrição em Dívida Ativa da União, com os acréscimos moratórios devidos.

§ 2º Os saldos a pagar relativos ao IRPJ e à CSLL das pessoas jurídicas sujeitas à tributação com base no lucro real, apurados anualmente, serão objeto de auditoria interna, abrangendo as informações prestadas na DCTF e na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), antes do envio para inscrição em Dívida Ativa da União.(grifou-se)

Esta instrução normativa foi alterada posteriormente, entretanto as demais instruções mantiveram as mesmas disposições. Como se nota a aplicação do art. 90 da Medida

Autenticado digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 06/09/2011

por MAGDA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 23/08/2011 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado

digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL

Emitido em 12/09/2011 pelo Ministério da Fazenda

Provisória nº 2.158-35/2001 ficou restrita à imposição de multa isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplica-se nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Deste modo, após a vigência da Medida Provisória nº 135, de 30/10/2003, deixou de ser considerada infração a declaração inexata prestada pelo sujeito passivo em DCTF, razão pela qual não mais haveria de ser exigida a multa de ofício.

Por seu turno, o art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

.....

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

(...)

(Grifou-se)

Assim sendo, constata-se que para a hipótese dos autos não há mais previsão de lançamento de multa de ofício, portanto a exclusão da multa de ofício se impõe pela retroatividade benigna da legislação hoje vigente.

Ressalte-se que no lugar da multa de ofício deve ser exigida a multa de mora, visto que não ficou caracterizada o instituto da denúncia espontânea, como fundamentado a seguir.

Esta matéria encontra-se pacificada neste CARF, visto que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento em sede de recurso repetitivo de controvérsia de que se o crédito foi previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo".

É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa

Autenticado digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 23/08/2011 por MAGDA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 23/08/2011 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL

Emitido em 12/09/2011 pelo Ministério da Fazenda

tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 962379, DJe 28/10/2010)

Por pertinente, transcreve-se o seguinte excerto do voto proferido Min. Teori Albino Zavascki no aludido acórdão do STJ:

Bem se vê, portanto, que, com a constituição do crédito tributário, por qualquer das citadas modalidades (entre as quais a da apresentação de DCTF ou GIA pelo contribuinte), o tributo pode ser exigido administrativamente, gerando, por isso mesmo, consequências peculiares em caso de não recolhimento no prazo previsto em lei: (a) fica autorizada a sua inscrição em dívida ativa, fazendo com que o crédito tributário, que já era líquido, certo e exigível, se torne também exequível judicialmente; (b) desencadeia-se o início do prazo de prescrição para a sua cobrança pelo Fisco (CTN, art. 174); e (c) inibe-se a possibilidade de expedição de certidão negativa correspondente ao débito. (...)

À luz dessas circunstâncias, fica evidenciada mais uma importante consequência, além das já referidas, decorrentes da constituição o crédito tributário: a de inviabilizar a configuração de denúncia espontânea, tal como prevista no art. 138 do CTN. A essa altura, a iniciativa do contribuinte de promover o recolhimento do tributo declarado nada mais representa que um pagamento em atraso. E não se pode confundir pagamento atrasado com denúncia espontânea. Com base nessa linha de orientação, a 1ª Seção firmou entendimento de que não resta caracterizada a denúncia espontânea, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos declarados, porém pagos a destempo pelo contribuinte, ainda que o pagamento seja integral.

(...) (Grifou-se)

Além do mais, foi editada a Súmula nº 360 do STJ: “O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo”.

Destarte, são inúteis e desnecessárias eventuais discussões de outras teses sobre a natureza da multa moratória no âmbito deste Conselho. As autoridades julgadoras têm que se submeter ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sede da sistemática de recurso repetitivo.

Neste sentido, alterou-se o Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministro da Fazenda, com alterações

Autenticado digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 06/09/2011

por MAGDA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 23/08/2011 por FLAVIO DE CASTRO PONTES, Assinado

digitalmente em 23/08/2011 por SIDNEY EDUARDO STAHL

Emitido em 12/09/2011 pelo Ministério da Fazenda

das Portarias 446/2009 e 586/2010. O artigo 62-A dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STJ proferidas na sistemática do recurso repetitivo, *in verbis*:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.
{*}

(...)

{*} alteração introduzida pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010—DOU de 22.12.2010 (grifou-se)

Por tais razões, nos cálculos dos débitos a serem cobrados devem ser incluídas as multas de mora.

Como última tese, a recorrente argumenta que o seu crédito era suficiente para amparar as compensações efetivadas. Requeru que fossem realizadas diligências para comprovar o seu crédito.

Neste aspecto, o julgador encontra-se impossibilitado de discutir o montante do crédito da requerente, visto que o valor do crédito foi apurado em outro processo administrativo da requerente, o de nº 10510.002663/00-08, que se encontra arquivado desde 12/07/2007, segundo pesquisa efetuada por este relator no site do Comprot do Ministério da Fazenda (<http://comprot.fazenda.gov.br>).

De tal sorte que eventuais questionamentos em relação ao valor do crédito deveriam ser apresentados naquele processo administrativo. Não há notícia de que o montante do crédito reconhecido tenha sido alterado.

Como bem assentado pela decisão recorrida, em face de diligência fiscal verificou-se que a interessada tinha um crédito no valor de R\$ 336.517,38, já integralmente utilizado na compensação de débitos da Cofins referentes aos fatos geradores de agosto de 1995 a junho de 1998, fls. 55 e 56.

Portanto, neste processo administrativo não cabem discussões sobre a base de cálculo e de índices de correção monetária utilizados na apuração do crédito.

Nessa esteira, é sobremodo assinalar que deve ser indeferida a diligência requerida com o intuito de verificar o montante do crédito tributário, uma vez, como visto, a discussão deste valor ocorreu em outro processo administrativo.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto para excluir a multa de ofício lançada no valor de 75%.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator

Voto Vencedor

Em que pesem os excelentes argumentos expendidos pelo Ilustre Conselheiro Relator, uso discordar da conclusão final alcançada.

O presente auto de infração originou-se da realização de auditoria interna nas DCTF relativas ao período de apuração de abril a julho de 1998, tendo sido constatada, segundo a descrição dos fatos e o demonstrativo de créditos vinculados não confirmados, a falta de recolhimento da contribuição para o COFINS, decorrente de declaração inexata, não se comprovando a existência do processo judicial informado pelo contribuinte, vinculado a compensações – termo comumente grafado como “Proc jud não comprovado”, ou seja, processo judicial não comprovado.

Nos autos consta cópia do processo nº 91.0008220-1 na qual a Recorrente figura como autora.

No ordenamento pátrio a motivação dos atos administrativos sempre foi obrigatória, ou como pressuposto de existência, ou como requisito de validade, *ex vi* do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999 e alterações posteriores.

Além das expressas disposições em lei, também a doutrina ensina que a falta de congruência entre a situação fática anterior à prática do ato e seu resultado, invalida-o por completo. Constrói-se, assim, a teoria dos motivos determinantes. No magistério de Hely Lopes Meirelles, “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”¹.

Basicamente, presume-se que o auto de infração foi lavrado em virtude de acreditar a fiscalização que a referida ação judicial não existia.

Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizadas no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, deve ser lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada, por força do que determina o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993.

Em sintonia com o que determina a disposição legal supra, também a doutrina jurídica, na exegese de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez Lopes (*in* Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Dialética, 2002, p. 184), recomenda o seguinte:

“Assim, constatadas pela autoridade julgadora inexatidões na verificação do fato gerador, relacionadas com o mesmo ilícito descrito no lançamento original, o saneamento do processo fiscal será promovido pela feitura de Auto de Infração”

Complementar. Esta peça, sob pena de nulidade, deverá descrever os motivos que fundamentam a alteração do lançamento original, indicando o fato ou circunstância que ele pretende aditar ou retificar, demonstrando o crédito tributário unificado, de modo a permitir ao contribuinte o pleno conhecimento da alteração”...

Se a autuação tornou como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial, e o contribuinte demonstrou a existência da ação, resta patente que o lançamento não tem suporte fático válido, pois o motivo que lhe deu causa na verdade não existe.

De acordo com a teoria dos motivos determinantes, o ato administrativo está forçosamente vinculado aos fatos concretos apurados e aos fundamentos legais que lhe dão suporte.

A fiscalização preferiu tomar um suporte fático genérico e impreciso para dar suporte à autuação, ao invés de promover a apuração concreta da realidade do caso. E errou de fundamento, sendo então incabível que as instâncias julgadoras promovam a atividade de fiscalização que a autoridade lançadora devia ter executado, decantando o suporte concreto que deveria ter sido apurado e indicado pela autoridade lançadora para a lavratura do auto de infração.

Ora, uma vez notificado do lançamento e demonstrado a existência de processo judicial a autuação não justifica.

Não procede, portanto, o lançamento, por não se comprovar a fundamentação fática que o originou, ressaltando-se que não integra o objeto deste voto a correção, ou não, do procedimento adotado pelo contribuinte em relação aos créditos tributários objeto do lançamento, em função da decisão judicial obtida, uma vez que tal questão não foi analisada quando da realização do lançamento.

Da única imputação que lhe foi feita na autuação – processo judicial não comprovado – o contribuinte defendeu-se, informando que efetivamente integrava a ação judicial por ele relacionada, não constando do lançamento qualquer outra alegação que fundamentasse a exigência.

Por todo o exposto, no mérito, voto por dar provimento ao recurso voluntário, considerando-se improcedente o presente lançamento, por não se comprovarem os fundamentos fáticos que o basearam.

É como voto,

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl – Relator designado