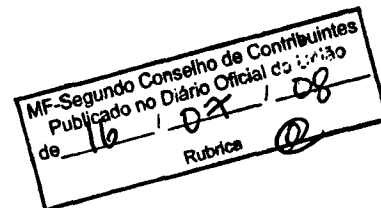




**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº 10675.002409/2002-51
Recurso nº 136.237 Voluntário
Matéria Auto de Infração DCTF
Acórdão nº 202-18.881
Sessão de 12 de março de 2008
Recorrente REAL MOTO PEÇAS LTDA.
Recorrida DRJ em Juiz de Fora - MG



**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/11/1997 a 31/12/1997

NULIDADE.

Nos termos do art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72, supera-se a nulidade do auto de infração para, no mérito, reconhecer a inexistência do débito lançado.


Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

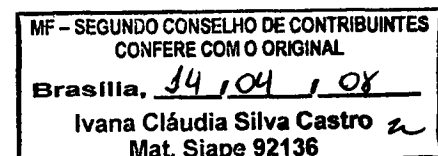
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.


ANTONIO CARLOS ATULIM

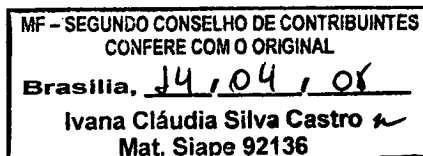
Presidente


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Ivan Allegretti (Suplente), Antonio Zomer e Antônio Lisboa Cardoso.



Relatório

Contra a empresa nos autos qualificada foi emitido auto de infração eletrônico exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de apuração de 01/11/1997 a 31/12/1997.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, em parte, o relatório que compõe a decisão recorrida:

“Trata-se de Auto de Infração eletrônico decorrente do processamento da DCTF do 4º trimestre do ano-calendário 1997, pelo qual foi exigido o recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ (...), em razão da FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA, relativo à Cofins.

Por meio de procurador constituído (instrumentos, fls. 14), a atuada apresentou a impugnação, fls. 01 a 11. Em resumo, e entre outros aspectos, argumentou que promoveu a compensação dos valores pagos a maior da contribuição para o PIS (em conseqüência da inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/88) com base no processo judicial 1997.38.03.004965-0.

A Sacat da DRF/Uberlândia/MG, diante da possibilidade de se rever de ofício o presente lançamento, à vista das argumentações da interessada, encaminhou os autos à Equipe de Acompanhamento de Ações Judiciais para que se pronunciasse quanto à liquidez e certeza dos valores utilizados na compensação. A referida equipe, após análise respectiva, exarou a Informação Fiscal, fls. 75 a 79 (Planilha de cálculos, fls. 38 a 74), concluindo que a atuada não possui créditos de PIS, como pretendido.

Após o retorno dos autos àquela Sacat, por meio do Despacho, fls. 81, o processo foi encaminhado a esta DRJ/JFA/MG para análise.

Assim, mais uma vez os autos retornaram à Sacat da DRF/Uberlândia/MG para que a atuada tomasse ciência da Informação Fiscal, fls. 75 a 79, e do Despacho, fls. 81, a fim de que manifestasse novamente, caso achasse conveniente, evitando-se assim uma futura alegação de cerceamento de direito de defesa.

Em 24/12/2005, foi dada a ciência solicitada, AR-ECT, fls. 85, sendo que a contribuinte não se manifestou acerca das informações prestadas, fls. 75 a 79, e no Despacho, fls. 81, retornando mais uma vez os autos a esta DRF/JFA.

É o Relatório.”

Por meio do Acórdão DRJ/JFA nº 13.021, de 18 de abril de 2006, os Membros da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Juiz de Fora - MG decidiram, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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

Ano-calendário: 1997

Ementa: COMPENSAÇÃO. Do confronto dos valores devidos de PIS, calculados com lastro na Lei Complementar 07/70 e alterações posteriores, exceto os Decretos-leis considerados inconstitucionais, com aqueles efetivamente recolhidos, não restou crédito favorável à contribuinte.

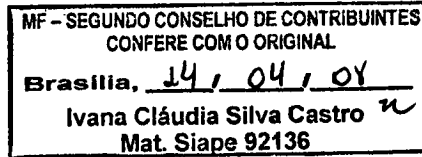
Lançamento Procedente”.

Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente, alega:

- i. houve afronta à coisa julgada, uma vez que a contribuinte efetuou compensações nos termos permitidos em ação judicial transitada em julgado, e que o crédito deveria ser contestado em juízo e não na esfera administrativa;
- ii. o agente fiscal, ao concluir que a contribuinte não possuía crédito, interpretou incorretamente o contido no parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70 ao ignorar a semestralidade. Invoca a Súmula nº 15, do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Às fls. 124 a 182 consta a Informação Fiscal DRF/UBE/EQAJ nº 195/2006 e o Ofício nº 035/2006/DRF/UBE/EQAJ, decorrente da Resolução nº 202-01.024, de 23 de maio de 2006 (diligência), referente ao Proc. nº 10675.000821/2005-80, de interesse da mesma contribuinte.

É o Relatório.



Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo, pelo que dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração eletrônico emitido para cobrar da contribuinte a Cofins relativamente ao período de apuração de 01/11/1997 a 31/12/1997, decorrente de “*Proc jud não comprovad*” – fl. 25.

Considerando que a primeira instância julgou procedente o lançamento, a contribuinte apresentou recurso voluntário alegando que:

i. houve afronta à coisa julgada, uma vez que a contribuinte efetuou compensações nos termos permitidos em ação judicial transitada em julgado, e que o crédito deveria ser contestado em juízo e não na esfera administrativa;

ii. o agente fiscal, ao concluir que a contribuinte não possuía crédito, interpretou incorretamente o contido no parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70 ao ignorar a semestralidade.

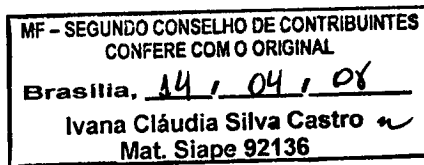
Muito bem. Antes de passar à decisão, necessário se faz algumas considerações.

Em primeiro lugar, note-se que o auto de infração foi juntado pela própria contribuinte uma vez que a unidade preparadora sequer se deu ao trabalho de fazê-lo. Consta da motivação/ocorrência: “*Proc jud não comprovado*”.

Contudo, tendo em vista que a descrição dos fatos não é clara, posto que repleta de “e/ou”, configura-se a nulidade do auto de infração por desrespeito ao art. 142 do CTN que assim estabelece: “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”, acrescentando o seu parágrafo único que “*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”.

A ausência desses elementos ou de algum deles, inquestionavelmente, dá causa à nulidade do lançamento por defeito de estrutura e não apenas por vício formal, caracterizado pela inobservância de uma formalidade exterior ou extrínseca necessária para a correta configuração desse ato jurídico.

Destarte, é por meio da descrição dos fatos que se revelam os motivos que levaram à autuação. Não é necessário que a descrição seja extensa, bastando que se articule de modo preciso os elementos de fato e de direito que levaram o auditor ao convencimento de que a infração deve ser imputada à contribuinte.



Supondo que tal nulidade pudesse ser superada, o que poderia ser retirado do auto de infração é que provavelmente, em razão de constar declarado na DCTF da contribuinte, a compensação de débito, em face de uma ação judicial, por algum motivo não explicado, o número desse processo não foi identificado pelos sistemas da Secretaria da Receita Federal, causando uma inconsistência.

Contudo, às fls. 29 a 34, a contribuinte comprovou a existência de referida ação judicial, desfazendo, por conseguinte, a inconsistência apontada, o que, por si só, bastaria para o cancelamento do auto de infração.

No entanto, não foi o que ocorreu. Conforme se denota do Acórdão exarado pela primeira instância, a matéria analisada foi outra, qual seja, a existência ou não de crédito para a realização de compensação, e não mais a existência ou não do processo judicial apontado na DCTF.

Ocorre aqui outra nulidade: mudança de critério jurídico.

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 a 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.

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 em vez 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-se o critério jurídico.

Relativamente à mudança de critério jurídico, peço vênica para introduzir parte do voto proferido pelo I. Conselheiro Neicyr de Almeida, (Acórdão 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

J *P*

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. Nula, portanto, a decisão proferida pela primeira instância que julgou matéria alheia ao auto de infração.

Muito bem. Sobre nulidade, assim dispõe o Decreto nº 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

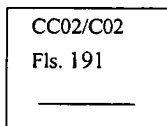
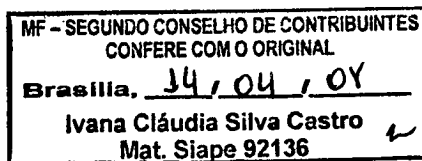
§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta." (Grifei)

Assim, nos termos do § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, passo à análise do mérito.

Conforme se depreende das fls. 124 a 182 dos autos, consta a Informação Fiscal DRF/UBE/EQAJ nº 195/2006 e o Ofício nº 035/2006/DRF/UBE/EQAJ, decorrente da Resolução nº 202-01.024, de 23 de maio de 2006 (diligência), referente ao Proc. nº 10675.000821/2005-80, de interesse da mesma contribuinte.

Frise-se que, no referido processo, muito embora as competências de 11 e 12/1997 já estivessem lançadas no presente auto de infração, e que este processo ainda esteja em andamento, as mesmas competências são discutidas em virtude de carta de cobrança emitida contra a contribuinte para pagamento dos débitos.

Muito bem, a diligência foi requerida para que se apurasse a existência de recolhimentos a maior de PIS em razão dos inconstitucionais Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, levando-se em consideração a semestralidade e a atualização monetária, nos termos da ação judicial transitada em julgado (1997.38.03.004965-0), apurando-se, por conseguinte, se eram suficientes para a compensação realizada pela contribuinte e cujos débitos estavam em cobrança (CSLL: 3º e 4º trimestres de 1997, 1º a 4º trimestres de 1998, 1º e 4º



trimestres de 1999 e 1º e 2º trimestres de 2000; PIS/Pasep: 11 e 12/1997, 01 a 12/1998, 01 a 03/1999 e 01 a 07/2000; Cofins: 11 e 12/1997, 01 a 03/1999, 11 e 12/1999 e 01 a 07/2000).

De acordo com as informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal de Uberlândia - MG, depois de efetuado o cálculo de acordo com o determinado na diligência, ficou comprovada a existência de créditos de PIS em favor da contribuinte, os quais foram suficientes para compensar parte do débito cobrado e em discussão no PAF nº 10675.000821/2005-80, sendo que os débitos objeto de lançamento no presente auto de infração também foram considerados (fls. 126, 127, 166 e 171).

Importante mencionar que o Relator do Processo Administrativo nº 10675.000821/2005-80, Conselheiro Gustavo Kelly Alencar, determinou na diligência requerida que, em havendo créditos para compensar com os débitos apontados pela contribuinte, se procedesse de imediato o seu bloqueio até o julgamento final daquele processo.

Conclusão

Diante de todo o acima exposto, haja vista que a Delegacia da Receita Federal de Uberlândia - MG constatou que o crédito de PIS que a contribuinte possuía era suficiente para quitar o débito lançado no presente auto de infração, nos termos do art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72, supero as nulidades existentes para dar provimento ao presente recurso voluntário e cancelar o lançamento.

Sala das Sessões, em 12 de março de 2008.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ