



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

Processo nº 10840.001338/2002-11
Recurso nº 233.186 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-001.600 – 3ª Turma
Sessão de 30 de agosto de 2011
Matéria COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONSTRUTORA INDUSTRIAL E COMERCIAL SAID LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1997 a 30/06/1997

Lançamento de Ofício. Formalidades Legais Observadas. Nulidade não caracterizada.

A descrição inequívoca da infração imputada ao sujeito passivo, e a observância, na lavratura da exigência fiscal, das formalidades legais do auto de infração, asseguram a ampla defesa e o contraditório, o que, *de per se*, afasta qualquer possibilidade de se decretar a nulidade do lançamento por cerceamento de direito de defesa, ainda mais quando tal nulidade não foi suscitada pela parte interessada, única legitimada a fazê-lo, visto que o direito à decretação da nulidade por cerceamento de defesa é personalíssimo, somente aquele que teve seu direito cerceado é que pode alegá-lo. **Recurso Especial do Procurador Provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Rodrigo Cardozo Miranda (Relator), Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Maria Teresa Martínez López e Susy Gomes Hoffmann, que negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente.

Rodrigo Cardozo Miranda - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/04/2013 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 17/10/

2013 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 08/10/2013 por RODRIGO CARDOZO MIRANDA, A

ssinado digitalmente em 12/04/2013 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Impresso em 01/11/2013 por CLEUZA TAKAFUJI

Henrique Pinheiro Torres - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Rodrigo Cardozo Miranda, Júlio César Alves Ramos, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional (fls. 176 a 185) contra o v. acórdão proferido pela Colenda Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 170 a 174) que, por maioria de votos, anulou o processo *ab initio*

O lançamento consubstanciado no auto de infração eletrônico de fls. 58 a 64 diz respeito a crédito tributário relativo ao COFINS, multa de ofício e juros de mora, em razão da falta de recolhimento do tributo no ano-calendário de 1997, detectada em auditoria interna de DCTF.

Tal falta de recolhimento seria decorrente de declaração inexata, pois não teria restado comprovado o processo judicial que havia suspenso a exigibilidade do crédito tributário - “Proc jud não comprova” - conforme fls. 61.

A Colenda DRJ de Ribeirão Preto – SP, inicialmente, manteve o auto de infração (fls. 133 a 138).

A Colenda Câmara *a quo*, no entanto, considerou o lançamento insubsistente por falta de motivação e anulou o processo *ab initio*, uma vez que o motivo da lavratura do auto de infração, qual seja, a não comprovação de processo judicial, se mostrou incorreto.

A ementa do v. acórdão ora recorrido é a seguinte:

Assunto: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA DCTF.

Descrição insuficiente de fatos. Nulo o processo eis que não atendidas às formalidades prescritas em lei.

Processo anulado ab initio. (grifos nossos)

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs o já mencionado recurso especial, apontando, em síntese, com base em alegada contrariedade aos artigos 10, incisos III e IV, 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, que o lançamento deve ser mantido, porquanto o principal fundamento da autuação estava perfeitamente caracterizado e demonstrado, qual seja o relativo à inexistência de recolhimentos dos créditos lançados, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, cujas manifestações demonstraram compreender com inteireza os fundamentos da autuação.

Ademais, a Fazenda Nacional apontou que os créditos tributários em discussão não estavam com sua exigibilidade suspensa, visto que a decisão no processo judicial

envolvido ainda era precária. E isso porque, pendentes embargos de declaração, está se tratando de compensação antes do trânsito em julgado.

Após a interposição de agravo (fls. 192 a 196) contra r. decisão que havia negado seguimento ao recurso especial (fls. 187 a 188), este foi admitido através do r. despacho de fls. 201 a 203.

Contrarrazões do contribuinte às fls. 209 a 214, pugnando-se pelo não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional ou, no caso de conhecimento, que ele seja improvido, posto que houve nulidade no auto de infração ante a insuficiência dos fatos narrados e também por conta da ausência de demonstração do ilícito.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, entendo que o presente recurso especial merece ser conhecido.

No que tange ao mérito, o v. acórdão recorrido não merece qualquer reparo.

Com efeito, a Ilustre relatora do v. acórdão recorrido, Conselheira Maria Teresa Martínez López, foi certa ao apontar que o fundamento do lançamento, (“proc jud não comprova”) dificultou o pleno conhecimento da exação e o exercício do direito de defesa, além de não se mostrar verdadeiro, notadamente em face do conteúdo fático-probatório trazido aos autos.

Nesse sentido, pede-se vênica para transcrever trecho do voto condutor, *verbis*:

(...)

Trata-se da análise de auto de infração eletrônico (compensações não homologadas) decorrente de auditoria em DCTF exigindo-lhe crédito da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente aos meses de abril a junho de 1997, em razão de "Proc. Jud não comprovado" (fl. 61).

A recorrente sustenta tratar-se de débitos que aguardam extinção por compensação, na forma do artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, cujos créditos, oriundos de pagamentos a maior que o devido, feitos à contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial), encontram-se em discussão nos autos da Ação Ordinária nº 96.0310223-7, tramitada na 25 Vara da Justiça Federal de Ribeirão Preto - SP e que se encontra em grau de recurso perante o Tribunal

Regional Federal da 3ª Região, em face de o decisório judicial monocrático ter declarado a decadência do direito de repetir.

A priori, analisando as peças que constituem o presente processo administrativo, verifica-se que a juntada de fotocópia do auto de infração somente foi trazida ao processo (fls. 59 a 65) pela contribuinte. Em outras palavras, a unidade preparadora nem se deu ao trabalho de juntar o original do auto de infração. A autoridade julgadora só conheceu dos fatos e a natureza da "declaração inexata" porque a impugnante dignou-se a juntar a cópia do auto de infração em sua defesa.

Destarte, por meio da descrição dos fatos, revelam-se 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 (fotocópia trazida pela contribuinte) é totalmente deficiente, por não dizer qual é a natureza da inexatidão e por remeter o leitor para um demonstrativo que também nada diz a respeito, apenas "Proc jud não comprova".

Consta da decisão recorrida:

"Patente, pois, que eventuais créditos da contribuinte a título de FINSOCIAL são inservíveis para a extinção de dívidas da Cofins, salvo se o procedimento for levado a efeito pela Receita Federal, a tanto autorizada pelo artigo 74 da Lei nº9.430, de 1996.

De outro prisma, também escapa à regra em comento a existência de expressa autorização judicial para a contribuinte fazê-lo. É certo que à época da apresentação da DCTF, em 23/10/1997, fl. 32, a interessada possuía a antecipação de tutela autorizando-lhe a compensação, consoante fls. 13/20, porém, como a própria recorrente noticia, referida concessão fora cassada em junho de 1998, fls. 21/30, de forma que remanesceu de todo indevido o unilateral encontro de contas, pois flagrantemente contrário às normas contidas na Instrução Normativa SRF nº 21, de 10/03/1997, posteriormente alterada pela Instrução Normativa SRF nº 73, de 15/09/1997, a qual estipulou que em se tratando de créditos decorrentes de decisão judicial, é condição sine qua non que a sentença já tenha transitado em julgado, a ver: (...)". (negrito, não do original)

O período envolvido é referente aos meses de abril a junho de 1997, fatos anteriores à Lei-Complementar nº 110/2001, que, alterando o art. 110 do CTN, exige trânsito em julgado, nas compensações judiciais.

E mais, consta das informações trazidas à fl. 84, aprovado pelo Despacho Decisório, o seguinte: "e a princípio, o MM Juiz da 2.a Vara Federal concedeu Tutela antecipada autorizando a compensação, mas, quando da prolação da sentença, cassou a tutela antecipada e julgou extinto o processo. (...)".

Inexiste nos autos prova de que tenha ocorrido "Proc. Jud não comprovado".

Inexiste nos autos cópias das DCTFs, onde teria sido informado o número da ação judicial equivocada. A Fiscalização deveria ter complementado a informação básica do sistema com as peculiaridades do caso concreto. Mas assim não procedeu.

Considero que fazer posteriormente, pela Delegacia de Julgamento, nova descrição dos fatos, no âmbito do processo administrativo e manter o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram, ou puderam ser, cogitados pela autoridade autuante corresponde à verdadeira inovação no que se refere à valoração jurídica dos fatos, em época em que descabe à autoridade julgadora proceder ao agravamento da exigência, por força do que determina o § 3º do art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 12 da Lei n.º 8.748, de 1993, verbis:

"§ 3º. 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, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada."

Mesmo porque, se fosse este o caso, constatada pela autoridade julgadora inexatidões no procedimento efetuado pela contribuinte, 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.

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.

Conclusão:

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de que seja declarado nulo o processo eis que detectada omissão às formalidades legais. (grifos e destaques nossos)

Correta, portanto, a r. decisão recorrida ao determinar o cancelamento da autuação.

Acrescento, ainda, que o fundamento da autuação, qual seja, o “proc jud não comprova”, não se mostrou verdadeiro, pois o contribuinte juntou aos autos e demonstrou a existência do processo.

Nesse sentido, especificamente na hipótese ora em apreço, pouco importa se os créditos tributários em discussão não estavam com sua exigibilidade suspensa, estando pendentes embargos de declaração e, por consequência, não havendo decisão transitada em julgado. Não foi esse o fundamento da autuação.

Com efeito, o auto está lastreado na não comprovação do processo judicial apontado, e não na inexistência de suspensão de exigibilidade do crédito tributário. E tanto é assim que, conforme se verifica às fls. 61, consta que os débitos apurados estão com “Exigibilidade Suspensa”, sendo que a “ocorrência” se deu pelo motivo “Proc jud não comprova”.

Portanto, para afastar o fundamento da autuação, bastava comprovar a existência do processo judicial, o que foi feito a contento.

Por conseguinte, em face de todo o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Rodrigo Cardozo Miranda

Voto Vencedor

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Redator Designado

Irresignou-se a PGFN com a Decisão que considerou nulo o lançamento que teria tomado pressuposto de fato a inexistência de processo judicial, fato demonstrado a posteriori pelo contribuinte, alegando falta de amparo fático.

Ao contrário do decidido no Colegiado recorrido, entendo não haver nulidade no lançamento fiscal sob exame, visto que as formalidades legais do auto de infração, prevista no art. 10 do Decreto 70.235/1972, foram todas observadas, e, da leitura da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do auto de infração, verificase que a acusação fiscal encontra-se aí fundamentada, conforme se verá a seguir.

Ocorre no caso um lançamento que se baseava em crédito inexistente a compensar, visto que a liminar que sustentava a ação da contribuinte fora extinta. Destaque-se que a existência da ação estava consignada nas DCTFs que registraram a compensação e portanto sua existência consta do bojo do auto de infração respectivo.

Ocorre que a mera existência de ação judicial não garante ao contribuinte o direito de suspender a exigibilidade do crédito, que só se dá nos termos do art. 151, incisos IV e V do CTN.

No auto de infração em discussão, mais especificamente na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal está expressamente demonstrada a infração que lhe foi imputada: *FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA, conforme, Anexo III. “DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A PAGAR”, em anexo.*

O fato de ter constado no Anexo I – Demonstrativo dos Créditos Vinculados não Confirmados – na coluna “Ocorrência” a notação “Proc. Jud não comprova”, não significa que o processo não existia. Ao contrário, no presente caso, o processo foi identificado e de seu exame verificouse que esse não provava a alegada suspensão da exigibilidade das parcelas

informadas pela interessada nas respectivas DCTFs. A “Proc. Jud não comprova” corresponde tanto a processo inexistente quanto a processo existente, mas que não prova a informação prestada na DCTF.

Também, conforme demonstrado anteriormente, a interessada teve conhecimento da infração que lhe foi imputada tanto que se defendeu, expressamente, dela em todas as fases recursais, impugnação e recurso voluntário.

De outro lado, o direito à decretação da nulidade por cerceamento do direito de defesa é personalíssimo, somente aquele que teve seu direito cerceado é que pode alegá-lo.

A ninguém, nem mesmo ao Ministério Público, é dado o poder de exercer esse direito em nome de terceiro. Assim, na eventualidade de violação ao direito de defesa, somente o ofendido pode arguir.

Cabe ainda aqui suscitar um dos princípios básicos do direito processual, que a nulidade só será declarada quando demonstrado o prejuízo, como diria o Saudoso Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro, *ne pás de nullité suns grief*. Não se alegue que o prejuízo, neste caso, é presumido, vez que o sujeito passivo em seus contraditórios demonstrou perfeito conhecimento da acusação e dela se defendeu com todos os recursos legalmente admitidos.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, supostamente consubstanciado em motivação equivocada.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para afastar a nulidade declarada no acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao órgão julgador *a quo* para que enfrente as demais questões devolvidas a esse Colegiado.

Henrique Pinheiro Torres