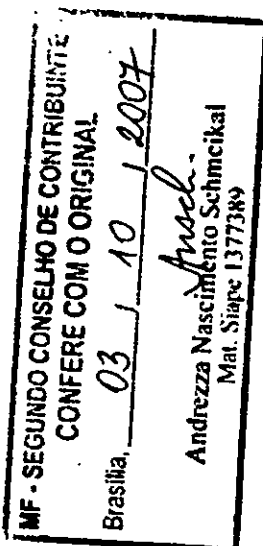
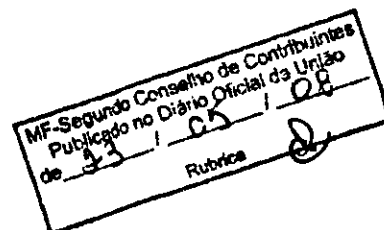




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10855.002887/2002-43
Recurso nº 133.879 Voluntário
Matéria Cofins -Auto de Infração Eletrônico
Acórdão nº 202-18.232
Sessão de 15 de agosto de 2007
Recorrente JÚLIO, JÚLIO E CIA. LTDA.
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/1997 a 30/09/1997, 01/10/1997 a 31/12/1997

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA EM DCTF. NULIDADE.

Nulo é o processo que não atende às formalidades prescritas em lei.

Processo anulado *ab initio*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em anular o processo *ab initio*.

ANTONIO CARLOS AYULIM
Presidente

MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
Relatora

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03 / 10 / 2007

Andrezza Nascimento Schmeikal
Mat. Siape 1377389

CC02/C02
Fls. 2

Relatório

Trata-se de auto de infração eletrônico lavrado contra a contribuinte para exigir a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativamente ao 3º e 4º trimestres de 1997.

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

"Contra a empresa qualificada em epígrafe foi lavrado auto de infração de fls. 17/26 em virtude da apuração de falta de recolhimento da Cofins no período de 01/07/1997 a 31/12/1997, exigindo-se-lhe contribuição de R\$...., multa de ofício de R\$.... e juros de mora de R\$...., perfazendo o total de R\$...."

O enquadramento legal encontra-se a fls. 20.

Cientificada em 13/06/2002, a interessada apresentou em 10/07/2002 a impugnação de fls. 1/3, na qual alegou que ajuizou ação ordinária visando o reconhecimento de seu direito à compensação dos valores recolhidos a maior a título de Finsocial, superiores à aplicação da alíquota de 0,5%, com a Cofins.

Tal ação foi julgada parcialmente procedente pelo juízo de primeira instância, reconhecendo o direito à compensação do indébito, restringindo contudo o período ao quinquênio anterior à propositura da ação.

Apelando ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, alegou ter obtido sucesso no pleito de ampliação do período a se considerar os indébitos, passando de cinco para dez anos antes da impetração (à época da impugnação, o acórdão ainda não havia sido redigido).

Com isso, obteve o reconhecimento do direito à compensação declarada na DCTF objeto da revisão que resultou na autuação, motivo pelo qual impõe-se seu cancelamento."

Por meio do Acórdão DRJ/RPO nº 10.392, de 06 de janeiro de 2006, os Membros da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto - SP decidiram, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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

Período de apuração: 01/07/1997 a 31/12/1997

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

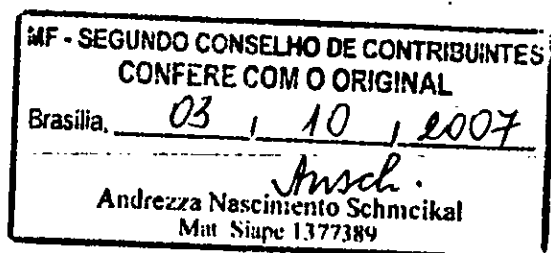
A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

Aplica-se a ato ou fato pretérito a legislação que comine penalidade menos severa que a vigente à época do lançamento ou quando deixe de defini-lo como infração."

Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente, alega que a compensação foi efetuada nos estritos termos da Lei nº 8.383/91 que conferia aos contribuintes o direito à compensação dos pagamentos indevidos com tributos vincendos da mesma espécie independentemente de trânsito em julgado em ação judicial.

Consta dos autos arrolamento de bens e direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>03</u> / <u>10</u> / <u>2007</u> <i>Ansch.</i> Andreza Nascimento Schmickal Mat. SIAPE 1377389
--

CC02/C02 Fls. 4 _____

Voto

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

Em análise ao precitado auto de infração eletrônico, juntado pela própria contribuinte às fls. 17 a 26, uma vez que a unidade preparadora sequer se deu ao trabalho de fazê-lo, verifica-se ser o mesmo decorrente de auditoria em DCTF, exigindo crédito tributário de Cofins/1997. Consta da descrição dos fatos e enquadramento legal, à fl. 20 o seguinte:

"Foi(ram) contatada(s) irregularidade(s) no(s) crédito(s) vinculado(s) informado(s) na(s) DCTF, conforme indicada(s) no Demonstrativo de Créditos Vinculados não Confirmados (Anexo I), e/ou no 'Relatório de Auditoria Interna de Pagamentos Informados na(s) DCTF' (Anexos Ia ou Ib), e/ou 'Demonstrativo de Pagamentos Efetuados Após o Vencimento' (Anexos IIa ou IIb), e/ou no 'Demonstrativo do Crédito Tributário a Pagar' (Anexo III) e/ou 'Demonstrativo de Multa e/ou Juros a Pagar - Não Pagos ou Pagos a Menor' (Anexo IV). Para efetuar pagamento da(s) diferença(s) apurada(s) em Auditoria Interna, objeto deste Auto de Infração, o contribuinte deve consultar as 'Instruções de Pagamento' (Anexo V)."

Às fls. 21 a 22 do processo (fls. 03 e 04 do auto), no "ANEXO I - DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS VINCULADOS NÃO CONFIRMADOS", constam valores informados nas DCTFs do 3º e 4º trimestres 1997 sob o título "VALOR DO DÉBITO APURADO", os quais estão vinculados ao Processo Judicial nº 96.0903386-5, e que não foram confirmados, estando sob a ocorrência: "Proc jud não comprovado".

Diante de tantos "e/ou" constantes da descrição dos fatos (fl. 20), sem saber exatamente do que se defender, a contribuinte apresentou impugnação com argumentos generalistas juntando documentos comprobatórios da existência de ação judicial que lhe concedia o direito de efetuar a compensação da Cofins com créditos oriundos dos recolhimentos de Finsocial superiores a 0,5%, demonstrando que sequer houve erro de preenchimento de DCTF, uma vez que o número informado estava correto.

Em nenhum momento anterior ao auto de infração houve notificação à contribuinte sobre as divergências inicialmente apuradas. O art. 142 do Código Tributário Nacional contém uma definição de lançamento, estabelecendo que "Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível", acrescentando o seu parágrafo único que "A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

A ausência desses elementos ou de algum deles, inquestionavelmente, dá causa à nulidade do lançamento por defeito de estrutura e não apenas por vício formal, caracterizado

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUIÇÕES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	03, 10, 2007
Ansch.	
Andrezza Nascimento Schmickal	
Mat. SIAPE 1377389	

pela inobservância de uma formalidade exterior ou extrínseca necessária para a correta configuração desse ato jurídico.

É lícito concluir que as investigações intentadas no sentido de determinar, aferir, precisar o fato que se pretendeu tributar anteriormente, revelam-se incompatíveis com os estreitos limites dos procedimentos reservados ao saneamento do vício formal. Sob o pretexto de corrigir o vício detectado no auto de infração, não pode o Fisco intimar o contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos, etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem necessárias, significa que a obrigação tributária não estava definida e o vício apurado não seria apenas de forma, mas, sim, de estrutura ou da essência do ato praticado.

Destarte, é por meio da descrição dos fatos que se revelam os motivos que levaram à autuação. Não é necessário que a descrição seja extensa, bastando que se articule de modo preciso os elementos de fato e de direito que levaram o auditor ao convencimento de que a infração deve ser imputada à contribuinte. A descrição dos fatos de fl. 20 é totalmente deficiente por não dizer qual é a natureza da inexactidão, estando repleta de "e/ou", e por remeter o leitor para diversos demonstrativos que também nada dizem a respeito. A fiscalização deveria ter complementado a informação básica do sistema com as peculiaridades do caso concreto. E assim não procedeu.

Não nos esqueçamos de que formalidade é, pois, todo o ato ou fato, ainda que meramente ritual, exigido por lei para segurança da formação ou da expressão da vontade de um órgão.¹ A informalidade está, dependendo das condições, para o administrado, não para o administrador, que deve preservar as condições estabelecidas na norma.

No mais, o procedimento fiscalizatório tem a sua etapa prévia ao "processo" administrativo. Erros ocorridos durante o procedimento de fiscalização não devem ser supridos por quem não detém a competência para o feito. Não há como suprir a etapa inicial, por quem não possui a competência para tanto, na forma prevista nas normas de direito processual administrativo, sob pena de resultar em preterição do direito de defesa da contribuinte. Nesse sentido, à fiscalização compete apurar, determinar a base de cálculo, e, sobretudo, descrever a forma pela qual procedeu aos cálculos (motivação). Já, à autoridade julgadora cabe a apreciação e análise dos fatos e fundamentos legais, já inseridas no feito legal.

Vale dizer, em linguagem mais simples, que o Fisco não pode, durante o procedimento, atirar no que vê e, então, a autoridade julgadora, já no âmbito do processo, fazê-lo acertar no que não viu, subtraindo ao impugnante o direito de opor contra-razões, quaisquer que sejam, sem que isto, pelo menos a meu juízo, resulte na preterição do direito de defesa do contribuinte autuado.

A realização de diligências após o lançamento, em primeiro lugar, deveria estar consubstanciada em determinação da autoridade superior, o que não se encontra nos autos. Outrossim, uma vez pronto e impugnado o auto de infração, a autoridade lançadora não tem mais competência para alterá-lo, como tentou fazer no Parecer de fl. 74, ainda que em decorrência das razões trazidas pela impugnante que, para se defender daquilo que não tinha conhecimento, obrigou-se a apresentar argumentos genéricos e não correspondentes à fundamentação legal e à descrição contidas no auto de infração.

Contudo, 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 ao invés de anular o auto de infração a partir do momento que ficou comprovada a existência da ação judicial indicada pela contribuinte em sua DCTF, para, então, proceder ao lançamento pelos fundamentos jurídicos corretos, na tentativa de "validar" o auto de infração, simplesmente modificou o critério jurídico.

Relativamente à mudança de critério jurídico, peço vênia para introduzir parte do voto proferido pelo I. Conselheiro Neicyr de Almeida (Ac. nº 103-20.441), que assim dispõe:

"Ainda sobre a temática, importa trazer à lume as lições sempre atuais do inclito tributarista Rubens Gomes de Souza, na percepção aguda do ilustrado mestre Souto Maior Borges, in Lei Complementar Tributária, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1975, acerca da melhor exegese do artigo 146 do C.T.N.:

Antecipando-se à vigência do CTN, Rubens Gomes de Souza ensinou que se o fisco, mesmo sem erro, tiver adotado uma conceituação jurídica e depois pretender substituí-la por outra, não mais poderá fazê-lo. E não o poderá porque, se fosse admissível que o fisco pudesse variar de critério em seu favor, para cobrar diferença de tributo, ou seja, se à Fazenda Pública fosse lícito variar de critério jurídico na valorização do "fato gerador", por simples oportunidade, estar-se-ia convertendo a atividade do lançamento em discricionária, e não vinculada."

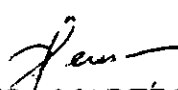
Outrossim, somente para complementar o raciocínio, ao modificar o critério jurídico estaria a DRJ a constituir um novo auto de infração com outra motivação.

O fato de a contribuinte não ter, à época dos fatos, sentença transitada em julgado, não lhe retira o direito à compensação, se de fato era possuidora de créditos. Não se olvide que à luz da legislação vigente à época dos fatos (Lei nº 9.430/96), independente de pedido administrativo, poderia a contribuinte ter sim efetuado compensações de Finsocial com Cofins, tendo em vista que, em razão da existência de identidade de regramento e destinação, são consideradas contribuições da mesma espécie.

Conclusão

Desta forma, seja em razão da omissão às formalidades legais ou pela mudança de critério jurídico, voto no sentido de declarar a NULIDADE do auto de infração.

Sala das Sessões, em 15 de agosto de 2007.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ