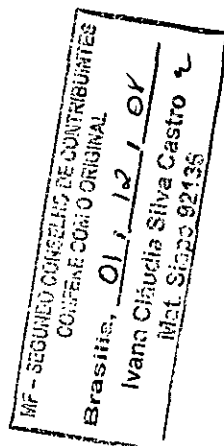




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10930.003136/2002-02
Recurso nº 133.825 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 202-18.787
Sessão de 14 de fevereiro de 2008
Recorrente WAJDI IBRAHIM CONSTRUÇÃO E EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida DRJ em Curitiba - PR



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

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

**AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO. NULIDADE.
ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE FATO NO
JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA.**

Se a autuação toma como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial em nome do contribuinte, e o contribuinte demonstra a existência desta ação, bem como que figura no pólo ativo, deve-se reconhecer a nulidade do lançamento por absoluta falta de amparo fático. Não há como manter a exigência fiscal por outros fatos e fundamentos, senão aqueles especificamente indicados no lançamento. Teoria dos motivos determinantes.

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*.


ANTÔNIO CARLOS ATULIM

Presidente


IVAN ALLEGRETTI

Relator

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 01 / 12 / 09
Ivana Cláudia Silva Castro ✓
Mat. SIAPE 92136

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Trata-se de auto de infração eletrônico (fls. 45/49) que exige a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) quanto aos fatos geradores do período de 07/1997 a 12/1997.

Consta como descrição dos fatos que ensejaram a autuação a "*FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA, conforme anexo III*" (fl. 46), sendo informada como "ocorrência", no "*DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS VINCULADOS NÃO CONFIRMADOS*", a descrição "*Proc jud de out*" (fls. 47/48).

A contribuinte apresentou impugnação (fl. 1) explicando que "*a Impugnante, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA EM CARÁTER PREVENTIVO, COM PEDIDO DE LIMINAR, contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE LONDRINA-PR, face à exigência da COFINS (Lei Complementar nº 70/91) sobre valores de venda e a locação de imóveis, através do processo nº 95.2013379-8 (doc. anexo I), sendo que referida medida judicial não teve julgamento definitivo com trânsito em julgado*".

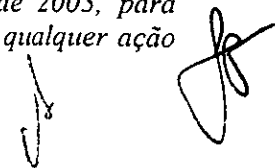
Explicou também que "*através do Recurso Especial nº 137.888-PR (9744035-4) foi julgado que as empresas que vendem imóveis não estão sujeitas ao recolhimento da COFINS*", por isso requerendo o cancelamento da exigência.

Com a impugnação, a contribuinte apresentou documentos comprovando a existência da ação judicial.

Em 11 de outubro de 2002 a contribuinte apresentou petição (fl. 53) informando que "*utilizando-se dos benefícios da Medida Provisória 66, de 29/08/2002, quitou os débitos relativo ao processo acima epigrafado de acordo com os termos da mencionada MP, conforme cópias do DARFs anexas, e por isso, desde que a Fazenda Nacional reconheça como quitados os débitos em questão, a requerente desde já manifesta a sua desistência quanto ao questionamento dos débitos decorrentes do presente processo administrativo, de modo a dar por encerrado o litígio*".

Em 25 de agosto de 2005 a DRF em Londrina - PR decidiu o seguinte quanto ao pedido do contribuinte (fls. 142/143):

"(...) o artigo 13 da Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002, novamente prorrogou o prazo para último dia útil de janeiro de 2003, para pagamento com benefício, débitos vinculados ou não a qualquer ação



judicial, relativos a fatos geradores até 30/04/2002, também condicionado à comprovação de desistência da ação judicial, nos mesmos moldes da MP 75.

A desistência de ação judicial que tenha por objeto os tributos a serem pagos é fator fundamental para que os tributos possam ser quitados com os benefícios da MP.

Não consta registro de desistência, tanto que a ação judicial 95.20 13379-8 continua em andamento no STJ.

Ademais, verifica-se também que, mesmo calculados com os benefícios da MP 66, os pagamentos não liquidam integralmente o crédito tributário (o benefício é devido somente para pagamento integral).

Procedeu-se assim à alocação dos pagamentos no PROFISC, sem benefício do artigo 20 da MP 66, ou MP 75 ou ainda do artigo 13, da Lei 10.637, tendo restado os saldos devedores relacionados no extrato de fls. 139.

Assim sendo, considerando:

- Que a desistência da impugnação apresentada administrativamente, fl. 53, pelo contribuinte foi condicionada ao reconhecimento da quitação dos débitos ('... desde que a Fazenda Nacional reconheça como quitados os débitos em questão, a requerente desde já manifesta a sua desistência quanto ao questionamento dos débitos decorrentes do presente processo...') o que não ocorreu, visto que não houve desistência da ação judicial nos moldes determinados pelo artigo 14 da MP 75, e artigo 13 da Lei 10.637, de 2002;*
- Que resta saldo remanescente que não foi objeto de desistência, permanecendo litígio sobre esta parcela;*
- Que a impugnação de fls. 1 é tempestiva (AR fl. 44);*
- O disposto no item 2.2, da Nota Técnica Conjunta Corat/Cofis/Cosit nº 32, de 19/02/2002,*

Proponho encaminhamento à DRJ em Curitiba, para julgamento."

Como visto, a DRF entendeu que a contribuinte não atendeu aos requisitos para a fruição do benefício e por isso encaminhou o processo para à DRJ para julgamento da impugnação.

A DRJ em Curitiba - PR, por meio do Acórdão nº 9.963, de 18 de janeiro de 2006 (fls. 144/146), manteve integralmente o lançamento:

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

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

Ementa: IMPUGNAÇÃO. OBJETO. RENÚNCIA MATERIAL.

Se a autuada vem a recolher a contribuição exigida de ofício e a essa se referia a única contestação de impugnação, não há litígio a ser apreciado pela instância julgadora em relação a débitos remanescentes a título de multa e de juros de mora.

Impugnação Não Conhecida”.

O entendimento da DRJ pode ser ilustrado pelo seguinte trecho do voto do relator:

“11. Desse modo, não obstante a interessada, à fl. 53, pretender, ao menos formalmente, condicionar a desistência de sua contestação ao reconhecimento de quitação dos débitos, constata-se que, com os pagamentos efetuados, houve, materialmente, renúncia à discussão suscitada à fl. 01, porquanto a contribuição exigida – único aspecto do lançamento de ofício que havia sido expressamente impugnado – foi recolhida.

12. Nesse contexto, se a autuada veio a recolher a contribuição – única matéria que questionara na impugnação –, não resta litígio a ser apreciado por esta instância julgadora.

13. (...)

14. Isso posto, voto para que não se conheça da impugnação de fl. 01, por haver renúncia material ao objeto do litígio suscitado.”

A contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 155/156) argumentando que “se houve por parte da Fazenda Nacional, como já dito, o reconhecimento e aceitação dos pagamentos efetuados pelo contribuinte com base na mencionada Medida Provisória, via de consequência deve a Fazenda Nacional aceitar a redução das multas e juros, benefícios que foram concedidos pela Medida Provisória” e que “quanto à alegada falta de desistência da ação judicial por parte da requerente, registre-se que os débitos objeto dos recolhimentos efetuados no presente processo, não estavam sub-judice, tanto que a requerente comprometeu-se na ocasião, à ‘desistência quanto ao questionamento dos débitos decorrentes do processo administrativo’”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro IVAN ALLEGRETTI, Relator

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

O auto de infração eletrônico refere-se à Cofins dos períodos de 07/97 a 12/97, em relação aos quais a contribuinte declarou em DCTF a vinculação ao Processo Judicial nº 95.201.3379-8, conforme consta no Demonstrativo de fls. 47/48.

A vinculação dos créditos tributários ao referido Processo Judicial nº 95.201.3379-8 é reconhecida pela contribuinte e utilizada como fundamento de defesa na impugnação de fl. 1.

Por isso, é despropositada e inverídica a alegação constante no recurso voluntário no sentido de que “os débitos objeto dos recolhimentos efetuados no presente processo, não estavam sub-judice”.

Com efeito, ante tal contexto de fatos, deve-se tomar como verídica a vinculação dos créditos ao processo judicial.

Tendo em conta que os créditos tributários estão vinculados à discussão que ocorria na referida ação judicial, a possibilidade de aproveitamento do benefício fiscal previsto na MP nº 66/2002 estava condicionada à desistência da referida ação judicial.

Como não houve desistência da ação judicial, não pode ser reconhecido o direito ao benefício fiscal.

Quanto ao auto de infração, entendo que não deve subsistir, devendo ser anulado.

No auto de infração, a descrição dos fatos é feita de forma genérica, indicando apenas e exclusivamente a ocorrência de “*Proc jud de out*”.

Presume-se, com isso, que o auto de infração foi lavrado em virtude de acreditar a fiscalização que a ação judicial existente referia-se a outro contribuinte, com outro CNPJ.

Ocorre que a cópia da petição inicial apresentada às fls. 07/21 demonstra que a recorrente era uma das partes que figura no pólo ativo do Processo Judicial nº 95.201.3379-8.

Ou seja, o pressuposto de fato que dá suporte ao auto de infração é falso.

A respeito do tema, vale a pena transcrever as seguintes considerações, extraídas de voto vencido no Acórdão nº 7.386, de 17 de novembro de 2004, da DRJ em Curitiba - PR, proferido em situação parecida:

“3. Respeitosamente, considero que fazer agora tais considerações, no âmbito do processo, e manter o lançamento sob pressupostos outros que sequer foram, ou puderam ser, cogitados pela autoridade autuante corresponde à verdadeira inovação no que pertine 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. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993, in 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.’

4. 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'.

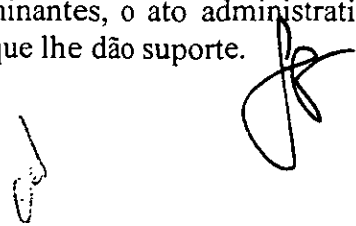
5. No caso em pauta, sabemos todos que o auto de infração é lavrado mediante simples cruzamento de dados entre o que é informado pelo contribuinte e os demais registros contidos no sistema informatizado da Receita Federal. O procedimento in casu é totalmente eletrônico e não obstante a sua validade, visto que autorizado por autoridade competente, fundamenta-se apenas no estreito limite desse cruzamento de informações. A descrição do fato, requisito de validade do auto de infração e elemento essencial ao exercício do direito à ampla defesa do sujeito passivo, encontra-se no âmbito de competência da autoridade lançadora, descabendo à autoridade julgadora supri-lo, ao argumento de que a exigência seria válida sob o prisma da 'falta de recolhimento'. Ora, a falta de recolhimento é, em sentido amplo e via de regra, a razão de qualquer lançamento de ofício efetuado de modo a constituir o crédito tributário. 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 curso 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 atuado.

6. Em apertada síntese, estas são as razões pelas quais, não promovido o aludido saneamento processual e ante a insubsistência do fato que ensejou a lavratura do auto de infração em exame, visto que agora são outros os pressupostos que o ensejariam, divirjo, respeitosamente, da relatora e dos demais colegas julgadores que votaram pela procedência do feito, eis que, a meu juízo, sem que o processo seja saneado, impõe-se o cancelamento do auto de infração, cabendo ao Fisco efetuar o lançamento que achar devido, então já sob o pálio de novos pressupostos, e desde que dentro de prazo decadencial.

7. Isto posto, VOTO PELA IMPROCEDÊNCIA do lançamento, bem assim respectiva multa lançada de ofício e juros moratórios."

Ou seja, se a autuação tomou como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial em nome do contribuinte, e o contribuinte demonstrou a existência da ação em seu nome, resta patente que o lançamento não tem suporte, 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 e aos fundamentos legais que lhe dão suporte.



Processo nº 10930.003136/2002-02
Acórdão nº 202-18.787

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 01 / 12 / 08
Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Siage 92136

CC02/C02
Fls. 167

Deve-se, pois, reconhecer a nulidade do lançamento por falta de amparo fático.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para anular o auto de infração.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2008.



IVANA ALLEGRETTI