



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUARTA TURMA ESPECIAL

Processo nº 10930.003773/2003-51
Recurso nº 138.481 - Voluntário
Matéria DECADÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA
Acórdão nº 294-00.121
Sessão de 09 de fevereiro de 2009.
Recorrente ALFREDO LACHNER & CIA. LTDA - EPP
Recorrida DRJ em CURITIBA - PR

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1998 a 31/12/1998

Ementa: SÚMULA VINCULANTE - EFEITOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA - A súmula vinculante editada pelo STF obriga a Administração Direta à adoção do entendimento nela fixado, a partir de sua publicação no órgão de imprensa oficial.

COFINS - DECADÊNCIA - Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, com a edição de súmula vinculante, cabe a aplicação da regra de decadência prevista no CTN.

LANÇAMENTO - FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - Não se confirmando 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 da QUARTA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente



MAGDA COTTA CARDOZO

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Arno Jerke Júnior, Renata Auxiliadora Marcheti.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ recorrida, abaixo transcrito:

"Trata o presente processo do Auto de Infração nº 0001222, às fls. 32/42, decorrente de auditoria interna nas DCTF do segundo, terceiro e quarto trimestres de 1998, em que, consoante descrição dos fatos, à fl. 35, e anexos, de fls. 36/39, são exigidos, para os períodos de apuração de abril a dezembro de 1998, por "FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA", R\$ 22.342,33 de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e R\$ 21.256,75 de multa de ofício de 75% além dos acréscimos legais. O enquadramento legal da autuação encontra-se descrito à fl. 35.

Às fls. 36/38, no "ANEXO I - DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS VINCULADOS NÃO CONFIRMADOS", constam valores informados na DCTF, a título de "VALOR DO DÉBITO APURADO DECLARADO", cujos créditos vinculados, informados como "Comp s/ DARF - Outros - PJU" (para os períodos de apuração 04/1998 a 06/1998), e "Comp c/ DARF c/ Proc Jud" (para os períodos de apuração 07/1998 a 12/1998), em face da existência do Processo nº 91.201.3113-5, não foram confirmados, sob a ocorrência: "Proc jud de outro CNPJ"; à fl. 39, "ANEXO III - DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A PAGAR".

Cientificada da exigência fiscal em 01/07/2003 (AR, fl. 166), a interessada, por intermédio do procurador habilitado (fl. 21), apresentou, em 25/07/2003, a tempestiva impugnação de fls. 01/20, instruída com os documentos de fls. 21/164, que é, a seguir, sintetizada.

Alega (item III - Da nulidade do auto de infração pela sistemática de seu lançamento) que a autuação encontra-se eivada de nulidade, ferindo os princípios constitucionais atinentes à legalidade, à ampla defesa e ao contraditório, já que não decorre de uma verificação fiscal regular, com intimação ao contribuinte para prestar esclarecimentos acerca dos supostos débitos em aberto, negando-lhe a oportunidade de prestar as devidas explicações, suficientes para evitar este lançamento, que considera desnecessário e abusivo; diz, ainda, que não existem os débitos da COFINS indicados na autuação, uma vez que, amparada por decisão judicial transitada em julgado constante dos autos nº 91.2013113-5, procedeu à compensação, acrescentando que a demanda judicial deve ser de conhecimento do órgão autuante, uma vez que a ela faz menção no Anexo I; a propósito, transcreve ementas de acórdãos emitidos pelos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda; conclui esse item dizendo que, pelas razões expostas, o auto de infração deve ser anulado e cancelado.

Argumenta (item IV – Das Razões atinentes ao núcleo da exigência) que da análise do Anexo I (fls. 36/38) pode-se concluir que a autuação decorreu da não aceitação pelo fisco de regular compensação que teria realizado, de créditos que possuiria relativos ao Finsocial, decorrentes do processo judicial indicado na DCTF (n.º 91.2013113-5), com valores a serem recolhidos da Cofins, em decorrência de suposta compensação ocorrida entre empresas de CNPJ diferentes; reafirma, assim, que não houve compensação entre empresas de CNPJ diferentes, como consta do auto de infração, e agrega que procedeu à compensação com amparo no art. 66 da Lei n.º 8.383, de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei n.º 9.069, de 1995.

No subitem IV.a (Da existência de processo judicial com sentença transitada em julgado reconhecendo crédito de Finsocial não embargado pela Fazenda Nacional), faz um breve relato sobre os eventos havidos na referida ação judicial, informando que já houve decisão transitada em julgado no sentido da condenação da União pela restituição dos recolhimentos de Finsocial, no que excede à alíquota de 0,5%, e que procedeu à execução de tal decisão, fala que protocolizou, em 29/10/1995, petição através da qual informou ao juízo que em face da disposição contida no art. 66 da Lei n.º 8.383, de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei n.º 9.069, de 1995, pretendia valer-se da faculdade prevista nesse dispositivo, procedendo à compensação dos alegados indébitos, atualizados monetariamente, com valores vincendos da Cofins, como de fato teria procedido, razão pela qual requereu a suspensão da expedição de precatório, acrescentando que dessa pretensão a Fazenda Nacional, regularmente intimada, não se opôs, o que demonstraria, uma vez mais, a nulidade da autuação.

Nos subitens IV.b (Da possibilidade de ser efetuada a compensação dos valores do Finsocial, reconhecidos como indevidos por decisão judicial transitada em julgado, com valores vincendos de outros tributos) e IV.c (Da exata identidade entre os valores citados pelo senhor agente fiscal no auto de infração e aqueles declarados pela empresa), volta a reafirmar o seu suposto direito à compensação com base nos mesmos fatos já relatados e na precitada legislação, fazendo menção à jurisprudência, bem como de ter procedido à declaração de todos estes fatos ao fisco.

Já, sob o título V (Da exigência de juros excessivos pela taxa Selic), sustenta a ilegalidade/constitucionalidade da legislação relativa à exigência dos juros de mora com base na taxa Selic, concluindo-o com a seguinte argumentação (fl. 16): “Desta forma, deve ser julgado improcedente o auto de infração, cancelando-se a exigência fiscal ali contida, para o fim de ser excluída a incidência da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC a título de juros sobre o suposto crédito ora exigido, determinando-se a aplicação de taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês, consoante o limite instituído pelo Código Tributário Nacional, em seu art. 161, tudo consoante a Constituição Federal – art. 146, inciso II, e 150, inciso IV”.

Por sua vez, no item V.2 (Da excessividade da multa), alega que na graduação da multa ocorreu excesso, posto que sua conduta não traria qualquer espécie de lesão ao interesse público, bem como não conteria

dolo ou fraude, entendendo, assim, que a imposição da multa é exorbitante e confiscatória, dado que sempre agiu em total boa-fé, atendendo todas as solicitações realizadas pela fiscalização; transcreve, sobre o tema, trechos de decisões dos tribunais:

Por fim, requer o cancelamento total do auto de infração.

A fl. 181, consta despacho da Sacat/DRF/LON, que diz não se tratar, no caso, da revisão de ofício, nos termos da Nota Técnica Conjunta Corat/Cofis/Cosit n.º 32, de 2002."

A DRJ/Curitiba - PR considerou procedente o lançamento (fls. 182 a 190), conforme ementas abaixo transcritas:

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS. OBEDIÊNCIA.

Considera-se perfeito, do ponto de vista formal e material, o auto de infração que obedeceu aos requisitos previstos em lei para a sua elaboração.

LANÇAMENTO. AUDITORIA DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS EM DCTF. DECLARAÇÃO INEXATA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

Presentes a falta de recolhimento e a declaração inexata, apuradas em auditoria interna de DCTF, cabível o lançamento de ofício da contribuição correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa de ofício e juros de mora na forma prevista na legislação.

A autuada apresentou, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 197 a 223), alegando, em resumo, que:

- 1. A autuação decorre da não aceitação da compensação realizada pela empresa, decorrente de créditos de FINSOCIAL, originados do processo judicial nº 91.2013113-5;*
- 2. a compensação fundamentou-se no art. 74 da Lei 9.430/96 e foi confirmada pela autoridade administrativa no processo nº 10930.003398/2004-21;*
- 3. os documentos anexados ao recurso foram apresentados pela autoridade administrativa nos autos nº 91.2013113-5, por determinação judicial, por ter a recorrente informado acerca da autuação;*
- 4. na documentação citada, comprova-se a existência de ato administrativo confirmando a compensação e a existência de saldo credor favorável à empresa;*

5. o objeto da compensação ratificada pela Administração é a COFINS exigida no presente auto, estando esta extinta, nos termos do art. 156-II do CTN;
6. a autoridade administrativa reconheceu o direito de compensação da recorrente dos referidos valores também no processo administrativo nº 10930.001804/98-66, relativo ao saldo credor remanescente, compensado com débitos de 2002;
7. tratando-se de decisões administrativas opostas, uma delas deve ser anulada, em nome do princípio da legalidade;
8. a recorrente cumpriu os únicos requisitos para a compensação: decisão judicial transitada em julgado e não execução da sentença via precatório;
9. a autuação é nula, pois não decorre de verificação fiscal regular, mas de mera constatação de suposto erro, verificados à revelia da autuada, sem que esta pudesse prestar esclarecimentos;
10. a suposta infração não ocorreu e as informações prestadas nas DCTF estão corretas;
11. a imposição da multa é exorbitante e confiscatória, pois o requerente agiu com boa-fé;
12. a recorrente está sendo imposta multa punitiva por fato atípico, que não encontra subsunção às hipóteses da norma indicada na autuação, pois a empresa não prestou declaração inexata e não deixou de recolher o tributo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MAGDA COTTA CARDOZO, Relatora

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele conheço.

• DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR

Inicialmente, apesar de não levantada pela autuada, faz-se necessário analisar a questão relativa à possibilidade de se realizar o presente lançamento, sob o aspecto do prazo decadencial, por tratar-se de matéria de ordem pública.

A matéria encontrava-se disposta no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o qual autorizava a constituição do crédito tributário relativo às contribuições sociais especificadas em seu artigo 11, parágrafo único, no prazo de dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, em decisão recente, o STF, analisando o referido artigo 45 no exercício do controle difuso da constitucionalidade das normas, concluiu que tal dispositivo violava o artigo 146-III-b da Constituição. Em consequência, foi publicada, em 20/06/08, a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos:

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.

Sobre a súmula vinculante, dispõe a Constituição, em seu artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que:

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.

Considerando que o efeito vinculante da Súmula nº 8 surge para a Administração Pública Direta desde a data de sua publicação, é forçoso concluir-se pela impossibilidade, a partir de 20/06/08, da aplicação dos artigos 45 e 46 (relativo à prescrição) da Lei nº 8.212/91 à constituição e exigência de crédito tributário, aí incluídos os casos pendentes de julgamento administrativo.

Nesse sentido, é interessante transcrever a parte final do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes:

"Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL nº 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, com modulação para atribuir eficácia ex nunc apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa."

Sendo assim, cabe a aplicação da regra de decadência prevista nos artigos 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional - CTN, abaixo transcritos:

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.

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.

No presente caso, vê-se que a empresa autuada recolheu parcialmente a COFINS devida nos períodos de apuração abril a junho de 1998 (fls. 36 e 119 a 124), compensando o restante, correspondendo a presente exigência à parcela objeto de compensação. Relativamente aos demais períodos lançados, julho a dezembro de 1998, não houve qualquer recolhimento, apenas a compensação.

Desta forma, relativamente aos PA 04/98 a 06/98, é cabível a aplicação do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, considerando que houve efetivamente pagamento, ainda que parcial, pelo contribuinte, de valores devidos a título da referida contribuição para os períodos fiscalizados, cabendo sua homologação, ou não, por parte da Fiscalização, no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Tendo em vista que a ciência do lançamento se deu em 01/07/2003 (fl. 166), constata-se a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário relativo aos períodos de apuração abril a junho de 1998, tendo o referido direito sido extinto entre abril e junho de 2003 (respectivamente a cada período de apuração), anteriormente, portanto, à ciência do auto de infração.

Destaque-se, por fim, que o entendimento aqui exposto foi ratificado pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Ministro da Fazenda em 18/08/2008.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, considerando-se indevida a presente exigência relativamente aos períodos abril a junho de 1998, em razão da ocorrência da decadência do direito de constituição do crédito lançado.

• DA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA DO LANÇAMENTO

O presente auto de infração originou-se da realização de auditoria interna nas DCTF relativas ao ano de 1998, tendo sido constatada, segundo a descrição dos fatos e o demonstrativo de créditos vinculados não confirmados, a falta de recolhimento da COFINS, decorrente de declaração inexata, sendo de outro CNPJ o processo judicial informado pelo contribuinte, vinculado a compensações.

Em sua defesa, a recorrente traz aos autos cópia da petição inicial da Ação Ordinária nº 91.2013113-5 (fls. 43 a 79), por meio da qual requer, em litisconsórcio, seja declarada a inexistência de relação jurídica que legitime a exigência do FINSOCIAL, anulando-se os lançamentos correspondentes. Alternativamente, requer a exigência do tributo à

alíquota de 0,5%, a repetição dos valores recolhidos indevidamente e o levantamento dos depósitos efetuados, excedentes ao devido.

A empresa junta, ainda, cópia da decisão de 1ª instância (fls. 80 a 83), julgando procedente em parte o pedido, considerando inconstitucionais as majorações da alíquota do FINSOCIAL, e determinando a repetição dos valores excedentes. Em sede de embargos de declaração à sentença, a autoridade judicial julgou improcedente o pedido de compensação do crédito reconhecido com débitos da COFINS (fls. 89/90).

As fls. 88 a 94 consta, também, cópia do acórdão do TRF-4ª Região, mantendo a exigência do tributo à alíquota de 0,5%. Apresentado recurso extraordinário pela União, este não foi admitido (fls. 95/96), transitando em julgado tal decisão em 25/06/96 (fl. 98).

Conforme comprova a documentação anexada pela autuada, bem como as informações de fls. 299 a 312, a empresa ajuizou a Ação Ordinária nº 91.2013113-5, em litisconsórcio, em 28/08/91, nos termos do pedido acima transcrito.

Desta forma, conclui-se que a ocorrência que deu origem à presente autuação, "Processo judicial de outro CNPJ", não se confirma, uma vez que a autuada efetivamente consta como uma das autoras na Ação Ordinária nº 91.2013113-5, informada corretamente nas DCTF em questão como fundamento para a compensação dos créditos tributários correspondentes.

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

Com base na autorização obtida, pretendendo a empresa efetuar compensação de valores de FINSOCIAL que entendesse recolhidos acima do devido com a COFINS, caberia a aplicação do disposto na norma administrativa relativa à matéria vigente à época (1998) – IN/SRF nº 21/97.

Portanto, a partir das informações contidas nas DCTF em análise, caberia à Administração avaliar a correção do procedimento adotado pelo contribuinte, relativamente às bases de cálculo corretas, aos valores de COFINS devidos com base na legislação aplicável, aos valores de FINSOCIAL efetivamente recolhidos, ao prazo decadencial de que dispunha o contribuinte para realizar a compensação e à comprovação documental da realização da compensação.

No entanto, nenhum desses aspectos foi analisado na autuação em questão, restringindo-se a ocorrência que fundamentou o lançamento à existência de outro CNPJ vinculado ao processo judicial informado pelo contribuinte nas DCTF, estando, porém, tal informação, como se viu, correta.

Portanto, não se comprova a fundamentação fática que baseou o lançamento, elemento obrigatório do auto de infração, nos termos do artigo 10-III do Decreto nº 70.235/72, não podendo este, em decorrência, ser mantido.

Ressalte-se, ainda, que o colegiado de 1ª instância manteve o lançamento baseando-se no argumento de que a decisão judicial obtida pela empresa não amparava a compensação realizada, observando, no entanto, que a recorrente efetivamente consta como impetrante na Ação Ordinária nº 91.2013113-5, tendo sido "considerado equivocadamente como sendo de outro CNPJ no procedimento de auditoria". Como visto, a própria autoridade julgadora de 1ª instância reconhece a incorreção da fundamentação fática do lançamento.

Independentemente de analisar-se a correção, ou não, do procedimento adotado pela empresa, é fundamental observar que o argumento trazido pela DRJ somente foi apresentado ao contribuinte em sede de julgamento de 1ª instância, e não no lançamento, constatando-se, além da clara supressão de instância de defesa, a imposição de nova fundamentação fática para o lançamento não pela autoridade fiscalizadora, mas pela autoridade julgadora, o que é, por certo, inadmissível.

Da única imputação que lhe foi feita na autuação – ação judicial de outro CNPJ – o contribuinte defendeu-se, comprovando documentalmente que efetivamente integrava a ação judicial por ele informada, não constando do lançamento qualquer outra alegação que fundamentasse a exigência.

Além disso, o contribuinte informa em sede de recurso que a compensação em questão foi confirmada pela Administração no processo administrativo nº 10930.003598/2004-21, atendendo solicitação da autoridade judicial. Informa, ainda, que restou saldo credor favorável à empresa, objeto de compensação com débitos de 2002, no processo administrativo nº 10930.001804/98-66.

Conforme se vê pela documentação anexada por cópia pela autuada (fls. 240 a 272), bem como pela de fls. 306 a 311, a Fazenda Nacional foi chamada a se manifestar no processo judicial acerca da compensação pretendida pela empresa, concluindo a autoridade judicial ter sido reconhecida a inconstitucionalidade das majorações do FINSOCIAL, sem, no entanto, nada mencionar acerca da decisão relativa aos embargos de declaração interpostos contra a sentença.

Relata a autoridade judicial que foi apurado pela Receita Federal direito creditório favorável à empresa, tendo sido parcialmente utilizado para compensações de ofício com débitos de SIMPLES, sendo o restante devolvido à autuada. Informa, ainda, que parte do crédito já havia sido utilizada pelo contribuinte, por meio de pedidos de compensação, encontrando-se extintos os débitos neles constantes, em razão do decurso do prazo de cinco anos para a homologação das referidas compensações. Tal condição se aplica aos créditos tributários objeto do presente lançamento. A mesma informação consta também no Termo de Verificação Fiscal, anexado por cópia às fls. 276 a 294, relativo ao processo administrativo nº 16366.000001/2007-20.

Sendo assim, vê-se que assiste razão à recorrente, uma vez que as compensações que deram origem à presente autuação já foram objeto de apreciação pela autoridade administrativa, concludo-se pela extinção dos respectivos créditos tributários em razão da homologação tácita.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, considerando-se improcedente o presente lançamento por não se comprovarem os fundamentos

fáticos que o basearam. Em consequência, fica prejudicada a análise das demais questões trazidas pela empresa – nulidade do lançamento e imposição da multa.

Sala das Sessões, em 09 de fevereiro de 2009.


MAGDA COTTA CARDOZO