



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10980.007646/2003-36
Recurso nº 351.793 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.389 – 1ª Turma Especial
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria COFINS
Recorrente ESCRITORIO AUGUSTO PROLIK ADVOGADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1998 a 30/06/1998

DECADÊNCIA. PRAZO.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito relativo à Cofins decai em cinco anos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

AUTO DE INFRACAO ELETRONICO – FUNDAMENTO DA AUTUAÇÃO ALTERADO – IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO

O fundamento do lançamento não pode ser alterado no decorrer do processo sob pena de nulidade do feito. Sendo o fundamento inicial derrubado pela defesa, deve o AI ser cancelado e não alterado o fundamento para manutenção da exação.

ATIVIDADE DE LANÇAMENTO. OBRIGATORIEDADE. DEPÓSITOS JUDICIAIS. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE.

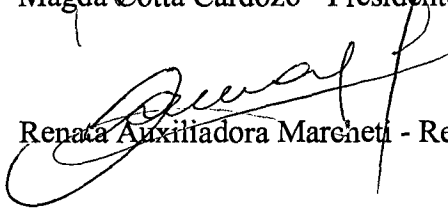
A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de depósitos judiciais, cuja consequência é a mera suspensão de exigibilidade de crédito fiscal.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.


Magda Cotta Cardozo - Presidente


Renata Auxiliadora Marchetti - Relatora

EDITADO EM: 28/08/2010

Participaram do presente julgamento os conselheiros Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Arno Jerke Júnior, Renata Auxiliadora Marchetti, Paulo Sérgio Celani (suplente) e Maria Adelaide Carreiro Gonçalves de Aquino(suplente).

Ausente, justificadamente, a conselheira Andréia Dantas Lacerda Moneta.

Relatório

Conforme relatório da DRJ,

“Trata o presente processo do Auto de Infração nº 0005814 de fls. 49/60, decorrente de auditoria interna nas DCTF do ano-calendário de 1998, em que, consoante descrição dos fatos de fl. 52 e anexos de fls. 52/57, são exigidos, para os períodos de apuração de janeiro a dezembro de 1998, por “FALTA DE RECOLHIMENTO OU PAGAMENTO DO PRINCIPAL, DECLARAÇÃO INEXATA”, R\$ 18.530,09 de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, e R\$ 13.897,57 de multa de ofício de 75%, além dos acréscimos legais. O enquadramento legal da autuação encontra-se descrito à fl. 52.

Às fls. 53/56, nos “ANEXO I - DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS VINCULADOS NÃO CONFIRMADOS”, constam valores informados na DCTF, a título de “VALOR DO DÉBITO APURADO”, cujos créditos vinculados, informados como “Exigibilidade Suspensa”, em face do processo nº 9785465, não foram confirmados sob a ocorrência “Proc jud não comprovad”; à fl. 57, “ANEXO III - DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A PAGAR”.

Cientificada da autuação em 21/07/2003 (AR de fl. 64), a interessada apresentou, em 18/08/2003, por meio de procurador (mandato de fl. 09), a impugnação de fls. 01/06, instruída com os documentos de fls. 07/60, que a seguir se resume.

Alega, em preliminar, a decadência do direito de o fisco efetuar o lançamento relativamente aos períodos de apuração 01/1998 a 06/1998, citando como base legal de seu entendimento o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, que definiria tal prazo como sendo de cinco anos, contados a partir da

ocorrência do fato gerador; cita, a propósito, jurisprudência do Segundo Conselho de Contribuintes.

No mérito, para todos os períodos lançados, afirma que a exigibilidade da Cofins está suspensa por força do Mandado de Segurança n.º 97.0008546-5, no qual efetuou depósitos judiciais, o que tornaria improcedente a autuação, que deveria ser revista nos termos do art. 149 do CTN.

Questiona, ainda, a validade da exigência dos juros de mora com base na taxa Selic, que estaria a contrariar a Constituição Federal (art. 192, § 3º), o Código Civil (art. 1.062), a Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 1933) e o próprio CTN, pelo que tal taxa poderia ser, no máximo, de 12% ao ano; transcreve julgado do STJ (fls. 04/05), requerendo que a mesma conclusão seja aplicada ao caso.

À fl. 33, despacho do Secat/DRF/Curitiba, dizendo da tempestividade da impugnação.

Mantido o lançamento, recorreu o contribuinte, repisando seus argumentos da impugnação, em especial a alegação da decadência parcial do direito do Fisco exigir a contribuição em tela, a existência de Mandado de Segurança informado em DCTF e a existência de depósito judicial em tal MS.

Voto

Conselheira Renata Auxiliadora Marcheti, Relatora

A autuação em exame foi procedida sob fundamento de pagamento a menor de contribuições para a COFINS, incluindo-se valores relativos a janeiro a junho de 1998, tendo sido dada ciência do auto de infração em 21 de julho de 2003.

Alega o recorrente, em preliminar, a decadência do direito do Fisco de proceder tal lançamento tendo em vista que decorreu mais de 5 anos dos fatos geradores da obrigação tributária ora demandada.

Socorre a razão ao contribuinte.

Está pacificado em nossos tribunais que tributos e contribuições sujeitos a lançamento por homologação, decorridos 5 anos do fato gerador, caso o fisco não se insurja antes disso contra a ausência de pagamento, não mais poderá exigir tendo em vista que, com 5 anos contados do fato gerador ocorre a prescrição.

Nesse sentido transcrevo ementa do REsp 757922:

“CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual "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". 3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa" e "opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa" —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais. 4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN. 5. Recurso especial a que se nega provimento."

Isto posto, acolho o argumento da decadência para declarar decaído em parte o lançamento efetuado e, por conseguinte, extinguir o processo administrativo em tela em relação aos valores relativos aos meses de janeiro a junho de 1998.

Quanto ao fundamento do Auto de Infração, ao que se denota das fls. 49 e seguintes, trata-se de alegação de processo judicial não comprovado.

Além de a Autuação ter sido procedida somente em 16/06/2003, o que por si só já macularia o procedimento por abarcar período decaído, teve tal lançamento o fundamento de que o processo judicial informado pelo contribuinte nos seus documentos fiscais não era comprovadamente dele, tendo um CNPJ diferente.

Após a defesa e com a efetiva comprovação da ação judicial (fls. 14 e seguintes), e tendo ficado comprovado que o Processo Judicial em questão realmente existe, devia ter sido encerrada aí a pendenga.

Ocorre que o Fisco, então, passou a fazer considerações, no âmbito do processo, e manteve o lançamento sob alegação de que não havia decisão final no processo e que portanto cabia a discussão sobre a suspensão da exigibilidade mediante depósitos.

Isso configura verdadeira inovação no que diz respeito ao lançamento, onde a Autoridade Fiscal valora fatos outros que não aqueles inicialmente fundamentos do Auto de Infração.

Não pode a autoridade julgadora proceder ao agravamento da exigência, por força do que determina o par. 3º, do art. 18 do Decreto 70.235 de 71, com redação dada pelo art. 1º da Lei n. 8.748/93.

Deveria ter sido lavrado, se fosse o caso, um auto de infração complementar, descrevendo os motivos que fundamentam a alteração do lançamento original, indicando o fato ou circunstância que pretende retificar, demonstrando o crédito tributário unificado e dando ao contribuinte o pleno conhecimento da alteração.

A descrição do fato é requisito de validade do auto de infração e elemento essencial do exercício do direito de ampla defesa do contribuinte. Se o auto inicial foi lavrado com base em um fundamento – não comprovação de processo judicial – e se esse fundamento foi ultrapassado não pode a autoridade julgadora simplesmente alterar a fundamentação do auto e mantê-lo incólume, subtraindo ao contribuinte o direito de se defender desses novos argumentos.

Isto tudo, por si só, já seria suficiente para macular de nulidade a manutenção da autuação. Mas não é só. Comprovado e reconhecido pela Autoridade Fiscal, no Mandado de Segurança informado existe depósito judicial em valor integral da contribuição exigida.

Isso é inclusive reconhecido no acórdão da DRJ quando diz:

Como se vê, o fato de a matéria tributável ter sido levada ao judiciário não era e não é fator impeditivo à constituição do crédito tributário. Antes pelo contrário, verifica-se que mesmo havendo depósito do montante integral ou concessão de medida liminar em mandado de segurança ou em outras espécies de ações (art. 151; II, IV e V do CTN), que são fatores de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não é defeso ao fisco, por meio do lançamento de ofício, constituir esse mesmo crédito, cuja exigibilidade (cobrança) fica suspensa enquanto perdurarem aqueles fatores. Apenas a multa de ofício não é cabível, nos casos dos incisos IV e V do art. 151 do CTN, por expressa determinação do art. 63 da Lei n.º 9.430, de 1996.

A título de esclarecimento, no que concerne à exigência de multa e de juros de mora em face da suspensão da exigibilidade pelos depósitos judiciais, cabe observar que, se a contribuinte efetuou os depósitos dentro dos prazos de recolhimento e por quantia que satisfaça integralmente o crédito fiscal que deixou de ser pago, para cada um dos períodos autuados, não há que se insurgir contra o lançamento fiscal – que é obrigatório –, pois, nos termos do item 23, nota 5, da Norma de Execução CSAr/CST/CSF nº 002, de 1992, na conversão em renda da União, pela repartição responsável pela cobrança, tais depósitos

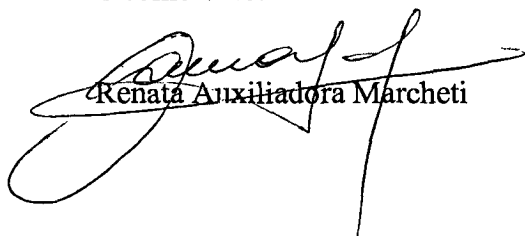
são considerados pagamento à vista na data em que efetuados, excluindo-se, em consequência, a multa de ofício e os juros de mora sobre eles incidentes.

A suspensão da exigibilidade, in casu, não elide a constatação fiscal de falta de recolhimento, supedâneo do lançamento, devendo-se observar as disposições legais para essa hipótese.

É certo que esses fatos não impedem o lançamento, mas no caso em tela, comprovada a ausência de fundamento do AI, esse não pode subsistir.

Isso posto voto no sentido de dar provimento ao recurso, reconhecendo em parte a decadência e, na parte que subsiste, extinguir o presente processo administrativo fiscal por insubsistência do fundamento que originou o AI.

É como voto.


Renata Auxiliadora Marchetti