



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

Processo nº 13116.000876/2003-51
Recurso nº 338.538 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-002.166 – 3ª Turma
Sessão de 18 de outubro de 2012
Matéria IPI - AI
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado JALLES MACHADO S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/1998 a 20/12/1998

NULIDADES. MOTIVAÇÃO. PROC. JUD. NÃO COMPROVA.
LANÇAMENTO.

Anula-se o auto de infração eivado de vício na motivação.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Rodrigo da Costa Pôssas, que o acompanhou pelas conclusões, e Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Teresa Martínez López.

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Maria Teresa Martínez López - Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Maria Teresa Martínez López, Antônio Lisboa Cardoso e Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria Fazenda Nacional contra o acórdão nº 204-03.570, proferido pela Quarta Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes, cujos membros, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso de ofício interposto pela DRJ Juiz de Fora, contra sua própria decisão, e deram provimento ao recurso voluntário.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

“RO. ACESSÓRIO SEGUE A SORTE DO PRINCIPAL.

Análise prejudicada face ao julgamento do recurso voluntário que julgou improcedente o lançamento, e o acessório (multas) segue a sorte do principal.

RV. DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regido pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. O prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Porém, a incidência da regra supõe hipótese típica de lançamento por homologação; aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se não houver antecipação de pagamento do tributo, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar como termo a quo para fluência do prazo decadencial aquele do artigo 173, I, I, do Código Tributário Nacional, como in casu.

MOTIVAÇÃO.

O lançamento não há de ser mantido caso a motivação que o ensejou esteja equivocada. Todavia, nestes casos, não se pode afirmar que o crédito tributário lançado é indevido Apenas a motivação o é.”

Irresignada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial, requerendo, em preliminar, a sua admissão, e, no mérito, a sua reforma, a fim de que seja mantido o lançamento do IPI, alegando, em síntese, que o lançamento não é nulo pelo fato de ter atendido o disposto no Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, art. 59, I e II, e, ainda, que possíveis irregularidades, incorreções e/ ou omissões diferentes das apontadas neste artigo poderão ser sanadas, conforme previsto no art. 60, deste mesmo diploma legal.

O recurso especial foi admitido e as contrarrazões vieram às fls. 1.695/1.980.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Segundo o entendimento da Câmara baixa, a motivação do lançamento teria sido a não comprovação do processo judicial informado na DCTF. Contudo, aquele restou comprovado.

No recurso especial, a Fazenda Nacional contestou apenas a nulidade do lançamento, decidida pela autoridade de segunda instância.

A interessada interpôs mandado de segurança nº 98.5379-2, datado de 04/04/1998, visando “seja-lhe concedida segurança definitiva para o fim de assegurar seu direito líquido e certo de não ser compelida ao pagamento de imposto ilegal e inconstitucionalmente exigido, quanto às saídas de açúcar da safra 98/99”.

A liminar, datada de 30/07/1998, foi deferida, em parte, nos seguintes termos;

“ISTO POSTO, concedo, em parte, a segurança pedida na petição inicial apenas para assegurar à IMPETRANTE o pagamento do IPI, pela alíquota de 12% (doze por cento), com a utilização em seu favor do mesmo crédito presumido concedido aos contribuintes situados nos Estados do Norte e Nordeste.”

Portanto, nas datas de apresentação das DCTFs, objeto da Auditoria Interna que deu origem ao lançamento em discussão, entre 24/07/1998 e 02/02/1999, a interessada já tinha conhecimento do indeferimento do seu pedido. Contudo, apresentou aquelas declarações com informação falsa de que as parcelas do imposto declaradas estavam suspensas em face de processo judicial.

Assim, foi lavrado o auto de infração para a constituição do crédito tributário correspondentes às parcelas declaradas e não pagas e cujas exigibilidades, ao contrário do informado pela interessada, não se encontravam suspensas por força de liminar concedida no processo judicial indicado.

Intimado do lançamento, apresentou impugnação, alegando, em síntese: 1) nulidade do auto de infração, por se tratar de procedimento prematuro e ilegal por não obedecer ao disposto no art. 142 do CTN; 2) decadência quanto aos fatos geradores ocorridos até julho de 1998, pelo decurso do prazo de cinco contados nos termos do art. 150 do CTN; 3) as parcelas lançadas e exigidas se encontravam como exigibilidade suspensa por força dos mandados de segurança (nºs. indicados); 4) erro na base de cálculo; e, 5) inconstitucionalidade da Selic.

Analisada a impugnação, a DRJ julgou-a procedente, em parte, sob as seguintes ementas:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, com o mesmo objeto da solicitação administrativa, imposta em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Por força do disposto no art. 18 da Lei n.º 10.833/2003, com as alterações posteriores, e da retroatividade benigna estabelecida no art. 106 do CTN, é incabível a aplicação da multa de ofício em conjunto com tributo ou contribuição espontaneamente declarados em DCTF.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os juros de mora sobre tributos não pagos nos prazos previstos na legislação devem ser calculados com base na taxa Selic.

NULIDADE.

Há de rejeitar-se as preliminares de nulidade do auto infração, quando esse estiver revestido de todas as formalidades exigidas em lei para sua lavratura.

DECADÊNCIA.

Na hipótese de IPI não destacado nas notas fiscais de vendas, não submetido à apuração do imposto e, em consequência, não originando qualquer pagamento, aplicável o prazo decadencial estabelecido no artigo 173 do CTN.”

Cientificada desta decisão, interpôs o recurso voluntário, alegando, em síntese: 1) decadência para os fatos geradores ocorridos até 10/07/1998; 2) nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa em virtude do indeferimento do pedido de perícia; 3) direito ao crédito relativo à aquisição de produtos isentos, NT ou alíquota zero, em virtude do princípio constitucional da não cumulatividade; e, 4) o depósito judicial efetuado considerou a incidência de juros de mora e, portanto, foi integral; multa de mora não foi depositada por o principal foi depositado dentro do prazo de trinta dias após a revogação da liminar; crédito tributário está com exigibilidade suspensa por força dos depósitos judiciais.

Analisado o recurso voluntário, os Membros da então Quarta Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento recurso voluntário considerando indevido (nulo) o lançamento por motivação equivocada, nos termos das ementas transcritas anteriormente no Relatório deste julgamento.

Ao contrário do entendimento dos Membros daquela Câmara, 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, verifica-se que a acusação fiscal encontra-se aí fundamentada, conforme se verá a seguir.

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 pagamento das parcelas do imposto declaradas nas respectivas DCTF e cuja exigibilidade não se encontrava suspensa por liminar em processo judicial.

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 verificou-se 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 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 argui-lo. 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 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 àquele Colegiado.

Henrique Pinheiro Torres

Voto Vencedor

Conselheira Maria Teresa Martínez López, Redatora Designada

Ouso divergir do ilustre Conselheiro Relator. Defendo que o auto de infração, como todo e qualquer ato administrativo, deve preencher os requisitos legais relativos à competência do agente, ao objeto, à forma, ao motivo e à finalidade (Lei nº 4.717, de 29/06/1995).

Nesse passo, o motivo invocado pela autoridade administrativa para lavrar o auto de infração foi: (Anexo I – Demonstrativo dos Créditos Vinculados não Confirmados – na coluna “Ocorrência”) a notação “Proc. Jud não comprova”.

Relativamente ao motivo invocado pelo Fisco, pode-se constatar que o processo foi comprovado, conforme exposto pelo r. Relator.

Portanto, é evidente o descompasso entre o motivo invocado para lavrar o auto de infração e a realidade dos fatos. A contribuinte passou à situação de devedor porque o processo judicial não foi comprovado. O motivo invocado como sustentáculo desta exigência é inexistente.

Leciona Hely Lopes Meirelles que “(...) *A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos e a realidade o ato é inválido. (...)*” (Curso de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 25 ed., pp. 186/187).

Ora, tendo o Fisco motivado seu ato na **não comprovação do processo judicial** e a realidade demonstrada no processo desmentir o motivo indicado, claro está que o auto de infração deve ser anulado pela própria Administração, a teor do que determina o art. 53 da Lei nº 9.784/99, combinado com o art. 10, III, do Decreto nº 70.235/72.

A contribuinte deve, mas por motivo diverso daquele que foi invocado como sustentáculo da autuação.

Em face do exposto, estando demonstrada à saciedade o vício na motivação deste lançamento, VOTO no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

Maria Teresa Martínez López