



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

Processo nº 13748.000645/2002-21
Recurso nº 01 Voluntário
Acórdão nº 3301-01.499 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de junho de 2012
Matéria COFINS
Recorrente VALE ITAIPAVA VEÍCULOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA EM DCTF. 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 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes.

RODRIGO DA COSTA PÔSSAS

Presidente

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Amauri Amora Câmara Júnior, Andréa Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face de acórdão da DRJ do Rio de Janeiro (II), que julgou procedente em parte o auto de infração nº 0003203, com data de ciência em 23/07/1998, relativamente à Cofins do período de apuração de 01/07/97 a 31/12/97, decorrente de auditoria nas DCTF's do quarto trimestre do ano-calendário de 1997, tendo em vista que a medida judicial – ação ordinária nº 93.0005759-6, com vistas ao reconhecimento da inconstitucionalidade da majoração da alíquota superior a 0,5%, do FINSOCIAL, com trânsito em julgado em 19/10/1995, visto que o decisum era tão-somente para a repetição dos pagamentos efetuados a maior, logo, não estava autorizada a promover as compensações pleiteadas.

O recurso foi parcialmente favorável à Recorrente, apenas para excluir a multa de ofício de 75% , indeferindo as compensações, conforme infere-se da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

COMPENSAÇÃO COM PROCESSO JUDICIAL. EXIGIBILIDADE SUSPensa. NÃO COMPROVAÇÃO.

Constatado que à época do lançamento não havia amparo judicial às compensações declaradas, regular é a exigência.

MULTA DE OFÍCIO

Em face do princípio da retroatividade benigna, exonera-se a multa de ofício no lançamento decorrente de vinculação não comprovada, apurada em declaração prestada pelo sujeito passivo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada em 11/07/2011 (fl. 52, do processo digitalizado), foi interposto o recurso voluntário de fls. 53/78, em 01/08/2011, aduzindo em síntese, que o direito à compensação de indébito tributário encontra-se devidamente pacificado, inclusive junto ao Superior Tribunal de Justiça, conforme infere-se da Súmula nº 461 (DJ de 08/09/2010), com o seguinte enunciado:

O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.

No âmbito administrativo a própria União Federal reconheceu essa possibilidade através da IN SRF nº 21, de 1997 (DOU 11.03.97), independentemente de prévia autorização, nos termos do art. 14 da referida IN abaixo transcrito:

Art. 14. Os créditos decorrentes de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos e contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, inclusive quando resultantes de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, poderão ser utilizados, mediante compensação, para pagamento de débitos da própria pessoa jurídica, correspondentes a períodos subsequentes, desde que não apurados em procedimento de ofício, independentemente de requerimento. (Grifo adicionado).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades necessárias à sua admissibilidade, por isso dele conheço.

Conforme relatado, trata o presente processo de recurso voluntário em face de decisão da DRJ que manteve parcialmente procedente o auto de infração eletrônico, decorrente de auditoria em DCTF, relativo ao período de apuração do 3º e 4º trimestres de 1997, tendo em vista que as compensações levadas a efeito pela Recorrente, utilizando o indébito de Finsocial, recolhido à alíquota superior a 0,5%, reconhecido por sentença, nos autos da Ação Ordinária nº 93.0005759-6, com o devido trânsito em julgado em 19/10/1995, compensando-se débito de Cofins, via DCTF nº 0000100199800396176 (retificadora), do terceiro trimestre de 1997 (entregue em 01/06/1998), nº 00001001998000396181 (retificadora), do quarto trimestre de 1997 (entregue em 01/06/1998), sustentando que o crédito tributário não se encontrava com a exigibilidade suspensa, visto que não houve a comprovação do processo (“*proc jud não comprova*”), todavia, o processo não só existe como está devidamente comprovado nos autos, a saber o processo nº 93.0005759-6, que tramitou pela 16ª Vara Federal do Distrito Federal, conforme certidão de fls. 04.

Encontrado o processo, porque juntado aos autos pela Recorrente, a decisão recorrida sustenta que o decisum era tão-somente para a repetição dos pagamentos efetuados a maior, logo, não estava autorizada a promover as compensações pleiteadas.

Portanto, a contribuinte apresentou impugnação com argumentos generalistas juntando documentos comprobatórios da existência de ação judicial.

Em nenhum momento anterior ao auto de infração houve notificação à contribuinte sobre as divergências inicialmente apuradas, conforme exige o art. 142 do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:

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 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.

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, 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 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-se o critério jurídico.

Relativamente à mudança de critério jurídico, peço vênias para introduzir parte do voto proferido pelo I. Conselheiro Neicyr de Almeida, (Ac. 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.

Em face do exposto, e diante da manifesta omissão quanto às formalidades legais ou pela mudança de critério jurídico, voto no sentido de declarar a NULIDADE do auto de infração *ab initio*.

Sala das Sessões, em 26 de junho de 2012

Antônio Lisboa Cardoso

Relator