



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

Processo nº 13894.000221/2002-82
Recurso nº 01 Voluntário
Acórdão nº 3301-001.651 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de outubro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente ITAQUAREIA INDÚSTRIA EXTRATIVA DE MINÉRIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1997

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA EM DCTF. Nulo é o processo que não atende às formalidades prescritas em lei.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Votaram pelas conclusões os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes e Paulo Guilherme Déroulède.

[assinado digitalmente]

Rodrigo da Costa Pôssas

Presidente

[assinado digitalmente]

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Paulo Guilherme Déroulède, Andrea Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Em razão da clareza e objetividade adoto o relatório da DRJ de Campinas/SP, que manteve parcialmente procedente o auto de infração de Cofins, do ano-calendário de 1997, nos seguintes termos:

Trata o presente processo de auto de infração relativo à Contribuição para o Financiamento da seguridade Social - COFINS, lavrado em 03/11/2001 (fls. 05), cientificado ao contribuinte por via postal em 17/12/2001 (fls. 43), formalizando crédito tributário no valor total de R\$ 71.958,17, em virtude de não confirmação do processo judicial indicado para fins de suspensão da exigibilidade dos débitos declarados para os períodos de janeiro a outubro de 1997.

Em oposição ao lançamento, foi protocolizada em 11/01/2002 a impugnação de fls. 01/02, acompanhada dos documentos de fls. 03/37, com alegação de que a lavratura do auto de infração é equivocada, em decorrência das provas anexadas a esta impugnação, ou seja:

1) certidão da 12ª Vara da Justiça Federal, comprovando que o processo 95.0038511-2 existe e que inclusive encontra-se em fase sentencial (doc. 03, fls. 25);

2) cópia autenticada das inclusas guias de depósitos referentes ao período apontado no auto de infração, comprovando que os valores foram depositados em juízo (doc. 04 a 13, fls. 26/35).

O acórdão recorrido encontra-se assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1997

DCTF. REVISÃO INTERNA. DEPOSITO JUDICIAL. Ausente prova da vinculação do depósito à matéria discutida judicialmente, não há como concluir pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Nestas circunstâncias, somente a conversão do depósito em renda da União seria hábil a obstar a cobrança do crédito tributário correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. DÉBITOS DECLARADOS. Em face do princípio da retroatividade benigna, exonera-se a multa de ofício no lançamento decorrente de suspensão da exigibilidade não comprovada, apurada em declaração prestada pelo sujeito passivo, por se configurar hipótese diversa daquelas versadas no art. 18 da Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, com a nova redação dada pelas Leis nº 11.051/2004 e nº 11.196/2005.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/11/2012 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 03/06/20

13 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 23/11/2012 por ANTONIO LISBOA CARDOSO

Impresso em 05/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Cientificada em 21/06/2011 (AR – fl. 91), a Recorrente interpôs recurso voluntário em 15/07/2011, às fls. 92 e seguintes, alegando, em síntese, que tendo em vista a existência do processo judicial nº 950038511-2, em trâmite na 12ª Vara Cível da Subseção Judiciária Federal de São Paulo, através do qual se discutia a exigibilidade do tributo face o disposto no artigo 155, §3º da CF/88, a recorrente impugnou o auto de infração, informando: a) o deferimento da suspensão da exigibilidade do tributo, juntando certidão da situação do processo; e b) o depósito em juízo dos valores correspondentes ao período apontado no auto de infração, juntando cópia das guias; e, por fim, requerendo o cancelamento do débito fiscal.

Desta forma entende que pelo fato de o tributo estar sendo discutido judicialmente, e ante os depósitos em juízo de seu valor integral, tem-se que a exigibilidade está suspensa, nos termos do artigo 151, II do CTN.

Atualmente, os valores depositados judicialmente aguardam que a Caixa Econômica Federal - CEF proceda a sua conversão em renda em favor da União, o que já foi deferido pelo juiz em agosto de 2010 (doc.05), conforme se observa do print anexo (doc. 06), estando comprovado que o tributo se encontra com a respectiva exigibilidade suspensa, e que os valores depositados em juízo pela recorrente estão aguardando serem convertidos em renda pela CEF, devendo, portanto, o auto de infração ser julgado insubsistente ante a perda de seu objeto e, conseqüentemente, cancelado, aguardando-se, então, as devidas providências pela Caixa Econômica.

Requerendo a insubsistência do auto de infração nº 0003486, com seu imediato cancelamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades legais devendo ser conhecido.

Trata-se de auto de infração eletrônico, lavrado em 03/11/2001 (fls. 05), decorrente de revisão interna de DCTF, sob o fundamento “*proc jud não comprova*” (fls. 4/13).

Às fls. 25, o contribuinte junta cópia da certidão de objeto e pé do processo No.95.0038511-2, constando que o mesmo foi distribuído em 13/06/2005, protocolado em 12/06/2005, encontrando-se em 08/05/2001, concluso para sentença.

Às fls. 27/32, encontram-se os comprovantes de depósitos do crédito tributário em discussão no âmbito do Poder Judiciário (1997).

Às fls. 41, consta despacho da DRF afirmando que “*Tendo em vista a existência de processo judicial na 12ª Vara da Justiça Federal assim como guias de depósito judicial, proponho o encaminhamento para DRF-GUA-GAJ-SP(0119614-6), solicitando sua apreciação*”, tendo sido proferida, por fim, a decisão recorrida.

Encontrado o processo, porque juntado aos autos pela Recorrente, a decisão recorrida sustenta que, embora tenha sido confirmada a existência do processo judicial, o crédito tributário não estaria com sua exigibilidade suspensa porque os depósitos judiciais não teriam sido, ainda, convertidos em renda da União, configurando mudança de fundamentação, ensejando o cancelamento do auto de infração, conforme reiterada jurisprudência deste colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

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:

Art. 142. 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 25 de outubro de 2012

Antônio Lisboa Cardoso