



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

Processo nº 18471.002264/2003-78
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3402-002.356 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de março de 2014
Matéria COFINS
Recorrente ALGAR TELECOM LESTE S/A E DRJ RIO DE JANEIRO II
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/12/1998, 30/09/2002

Recurso de ofício

VARIAÇÃO CAMBIAL. RECONHECIMENTO NO MOMENTO DA LIQUIDAÇÃO OU REGIME DE CAIXA. AUTUAÇÃO PELO REGIME DE COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos do art. 30, da Medida Provisória nº 1.858-10, de 1999, com os acréscimos da Medida Provisória nº 1.991-14, de 2000, as variações cambiais serão oferecidas a tributação quando da liquidação da correspondente operação, vigorando a regra do regime de caixa, sendo que apenas por opção da pessoa jurídica essas variações poderão ser consideradas segundo o regime de competência. Tendo o sujeito passivo optado expressamente pelo regime de caixa, deve ser cancelado o lançamento tributário que constitui crédito sobre receitas mediante a aplicação do regime de competência.

COFINS. RECEITAS. EXCLUSÕES. CANCELAMENTO E DEVOLUÇÕES DE VENDAS E IPI. POSSIBILIDADE.

Os valores referentes aos cancelamentos e devoluções de vendas e ao IPI destacado em notas fiscais separadas relativo a tais cancelamentos e devoluções, comprovados através de registros no Livro Razão do sujeito passivo, são dedutíveis da base de cálculo da COFINS, devendo ser cancelado o lançamento que impõe exigência glosando referidas exclusões.

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.

Padece de nulidade por cerceamento do direito de ampla defesa, o lançamento tributário que deixa de identificar com clareza e precisão a matéria tributável que dá suporte à acusação da ocorrência do fato gerador,

ferindo-se direitos do contribuinte e garantias inerentes ao Processo Administrativo Fiscal.

Preliminar acolhida.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de Ofício, e, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso Voluntário para anular o lançamento por cerceamento do direito de defesa. Fez sustentação oral pela recorrente o Sr. Luciano Martins Ogawa, OAB 195564 e, pela Fazenda Nacional, a Procuradora Luciana Ferreira Gomes Silva.

(assinado digitalmente)

Silvia de Brito Oliveira – Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros SILVIA DE BRITO OLIVEIRA (Presidente), FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, MONICA MONTEIRO GARCIA DE LOS RIOS (SUPLENTE), JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, LUIZ CARLOS SHIMOYAMA (SUPLENTE), FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausentes, justificadamente, os conselheiros GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO e NAYRA BASTOS MANATTA.

Relatório

Versam os autos de lançamento de ofício lavrado a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), no valor consolidado e originário de R\$ 37.401.430,31 (trinta e sete milhões, quatrocentos e um mil, quatrocentos e trinta reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 17.541.551,41 a título de principal, R\$ 6.703.715,48 referente aos juros de mora, e R\$ 13.156.163,42 a título de multa proporcional (75%), relativamente ao período de 31/12/1998 a 30/09/2002.

A descrição dos fatos e enquadramento legal constante do auto de infração (folhas 14 do processo – numeração eletrônica) dá conta de que a autuação se deu em razão de diferenças apuradas entre o valor declarado e os valores escriturados pelo contribuinte, relativamente à COFINS.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento em 24/09/2003, o sujeito passivo apresentou tempestivamente a impugnação de fls. 138 e ss. – numeração eletrônica, cujos argumentos, por bem sintetizados pelo julgador em 1ª Instância (DRJ/RJO-II), merecem ser transcritos:

a) há vícios observados na instituição e execução do Mandado de Procedimento Fiscal que, por si, já demandariam a declaração de nulidade do lançamento. Primeiramente, o MPF-F, emitido em 10/09/2002, e cientificado à impugnante em 18/09/2002, deveria ter sido executado até o dia 08/01/2003, ou seja, 120 dias depois de emitido, o que não ocorreu.

b) Além de não ter sido concluído tampouco foi prorrogado com ciência do contribuinte, dentro do mesmo prazo. Ademais, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, jamais foi entregue pela fiscalização à impugnante. Houve sim, a emissão do MPF-Complementar, com indicação de data de emissão de 26/12/2002, prorrogando a fiscalização para até 07/02/2003. Porém, esse MPF-C somente

foi levado ao conhecimento da impugnante no dia 14/01/2003, isto é, 6 dias após o prazo máximo de validade do MPF-F;

c) Se o MPF-C carece de validade, e o MPF-F não teve seu prazo prorrogado

validamente, tampouco foi emitido novo MPF-F, então todos os atos praticados pelas autoridades fiscais, a partir de 08/01/2003, também carecem de validade, ou seja, são nulos;

d) Além disto, consta que o único tributo que seria objeto da fiscalização seria o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. No

MPF-C emitido em 26/12/2002, que tentou, sem sucesso, prorrogar o prazo do procedimento, também não havia menção expressa de que a revisão alcançaria outros tributos ou contribuições. Considerando tal fato, não poderia o Agente Fiscal proceder à fiscalização da Cofins, pois de acordo com o § 1º do artigo 7º da Portaria nº 3.007, de 2001, o MPF-F deverá indicar expressamente o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado;

e) Por tais motivos, todos os atos praticados pela fiscalização são nulos, sendo nulo o auto de infração consequente de tal procedimento. Não obstante, também no mérito não caberia tal autuação, pelos seguintes motivos;

f) Deduz que parte das divergências encontradas pela fiscalização deve-se a dedução das tarifas de interconexão. Assevera que com o advento do artigo 3º, §2º da Lei nº 9.718/98, os valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos para outra pessoa jurídica poderiam ser excluídos da receita bruta para fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da Cofins. Tal regra alcançou inúmeras pessoas jurídicas, dentre elas a impugnante, cuja atividade operacional exige a contabilização de receitas de terceiros em suas demonstrações financeiras, seja por questões comerciais, seja por questões regulatórias, receitas estas posteriormente transferidas aos seus efetivos titulares.

g) Considerando tais definições e a sistemática sob a qual está obrigada a atuar, tendo em vista as regras estabelecidas pela ANATEL, ao excluir, das bases de cálculo da COFINS, as tarifas de interconexão ou tarifas de uso realizadas no período de fevereiro de 1999 até maio de 2000, a impugnante nada mais fez do que obedecer ao disposto no inciso II do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/98, que autorizava a exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins dos valores que, embora computados como receita, fossem transferidos para outras pessoas jurídicas. Ou seja, a impugnante apenas cumpriu uma determinação legal existente e vigente à época de ocorrência dos fatos geradores.

h) Deduz, ainda, que parte das divergências encontradas pela fiscalização deve-se ao fato de ela ter reconhecido, para fins fiscais, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações, em função da taxa de câmbio, pelo regime de caixa, enquanto que a fiscalização aparentemente adotou o regime de competência. Para amparar sua alegação, transcreveu, o disposto no artigo 30 da MP 2.158-35, de 24/08/2001 (reedição da MP 1.991-12, de 14/12/99).

i) Tal item corresponde a aproximadamente 90% do valor da autuação. Já a suposta dedução das tarifas de interconexão representa, aproximadamente, 5% do valor total da autuação. Para os demais 5%, não foi possível identificar ou pressupor causa(s) plausível (plausíveis), devido à ausência de explicitação no auto de infração.

j) ainda no que diz respeito à utilização do regime de caixa aduz que com relação ao ano-calendário de 1999, os contratos que

geraram o registro de variação cambial ativa em contas de resultado somente foram liquidados a partir do ano-calendário de 2001. Portanto, também não caberia a autuação pretendida pela fiscalização, pois caso a impugnante tivesse efetivamente recolhido a Cofins sobre os valores correspondentes aos citados registros de variação cambial, teria o direito a créditos que poderiam ser utilizados a partir do ano-calendário de 2000, conforme disposto no artigo 31 da MP nº 1.858-10 e reedições (atual MP nº 2.158-35);

k) assim, como não houve qualquer realização de variação monetária, no citado ano-calendário todo e qualquer pagamento que eventualmente tivesse sido efetuado tornar-se-ia excedente, isto é, teria se transformado em crédito para ser utilizado em períodos de apuração subsequentes.

l) As diferenças apuradas para o ano-calendário de 1998 decorreram de o Agente Fiscal haver computado em seus cálculos os valores lançados a crédito nas contas de receitas de vendas, ignorando todos os valores lançados a débito nas mesmas contas;

m) Ocorreu que, no ano-calendário de 1998, alguns valores relativos ao cancelamento de vendas de aparelhos, acessórios e habilitação foram registrados na contabilidade — Livro Razão — a débito das correspondentes contas de receita, ao invés de terem sido registrados nas contas cancelamento de vendas;

n) Tal fato pode ser facilmente constatado, ao se examinarem os citados registros no Livro Razão da impugnante, para o mês de dezembro do ano-calendário de 1998.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

A fim de formular sua convicção para julgar o lançamento em questão, a DRJ solicitou três diligências a serem cumpridas pelo fiscal (sendo a última reiterando a intenção das anteriores), com o seguinte objetivo:

a) esclarecesse se a contribuinte agiu na forma prescrita pelo art. 30 da MP 2.158-35 (reedição da MP 1.991-12);

b) em caso afirmativo, informasse se existe algum motivo para que os valores de variação cambial não tenham sido considerados apenas quando da liquidação da correspondente operação;

c) e caso não houvesse motivo para isto, solicitei que fosse elaborado um novo demonstrativo de apuração de débito, levando-se em conta o prescrito no artigo acima citado;

d) Analise as planilhas apresentadas na impugnação de fls. 132/155 e se manifeste sobre elas, verificando se os registros contábeis da contribuinte as amparam;

Em resposta aos esclarecimentos solicitados pela DRJ, o Auditor Fiscal da Receita Federal afirmou o seguinte:

a) Pela análise dos Livros de Apuração do Lucro Real — LALUR de fs 1, 2, 3 e 4, verifica-se que, no ano de 1999, não houve qualquer ajuste relacionado ao regime de caixa para variação cambial, até porque a legislação não o permitia. Em relação aos demais anos, a contribuinte efetuou sempre adições ao lucro líquido relativas à variação cambial passiva não realizada e exclusões referentes à variação cambial ativa não realizada. Vale observar que, conforme art. 30, da MP nº 2.158-35/2001, a opção pelo regime de caixa deve ser realizada para todos os tributos e contribuições, valendo por todo o ano-calendário;

b) Não.

c) A resposta aos itens c e d fica prejudicada, uma vez que a empresa autuada ajuizou Ação Ordinária questionando a majoração da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718/98, que recebeu o nº 2005.34.00.016824-5. S. M. J., o sujeito passivo está questionando judicialmente a mesma matéria que está sendo discutida em âmbito administrativo. Conforme disposição expressa no art. 38, parágrafo Único, da Lei nº 6.830/80 e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96, a propositura, pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois da autuação, com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso interposto. Importa observar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em casos semelhantes pela inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da COFINS imposta pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, conforme acórdãos proferidos nos autos dos RE nos 346084/PR, 357950/RS, 358273/RS e 390840/MG.

Em análise e atenção aos pontos suscitados pela interessada na impugnação apresentada, bem como ao resultado das Diligências solicitadas, a Quarta Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Rio de Janeiro, proferiu o Acórdão de nº. 13-15.032, julgando procedente em parte o lançamento tributário, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/12/1998 a 30/09/2002

NORMAS PROCESSUAIS - MPF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO.
O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos

de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e a dispositivo da Lei nº 2.354, de 1954 e Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985, que trata da competência funcional para a

lavratura do auto de infração.

DEVER DE PROVAR. Compete à Fiscalização o dever de comprovar a ocorrência do fato jurídico tributário, indicando as circunstâncias em que este se verificou, e como determinou a matéria tributável e apurou o montante devido.

IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA - ÔNUS DO CONTRIBUINTE. Por expressa disposição do Decreto nº 70.235/72, na impugnação do lançamento o contribuinte deve apresentar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO SEM PROVAS. Cabe ao contribuinte no momento da impugnação trazer ao julgado todos os dados e documentos que entende comprovadores dos fatos que alega.

VARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE COMPETÊNCIA. Até dezembro de 1999, o regime de competência era utilizado como regra de tributação para a Cofins e para o PIS sobre as receitas provenientes de variações monetárias, seja em função da taxa de câmbio, seja em função de outros índices aplicáveis por disposição legal ou contratual.

VARIAÇÃO CAMBIAL. REGIME DE CAIXA. A partir de 01 de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações em função da taxa de câmbio serão consideradas para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o PIS segundo o regime de caixa ou, à opção do contribuinte, segundo o regime de competência. O regime de apuração da variação cambial (caixa ou competência) deve ser aplicado igualmente ao IRPJ, à CSLL, à Cofins e à contribuição para o PIS em todo o Ano-calendário.

SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CUSTOS. INDEDUTIBILIDADE. A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e Cofins é o total do valor cobrado pela prestação de serviços de telecomunicação. Não podem ser deduzidos os custos de utilização, pela prestadora do serviço, de rede de telecomunicações de terceiros. Dispositivos Legais: Lei nº 9.718/1998, arts. 2º e 3º; AD SRF nº 56/2000.

BASE DE CÁLCULO. DEVOLUÇÕES DE VENDAS E IPI. Os valores registrados como vendas canceladas, dentre os quais se incluem as devoluções

de vendas, bem como o IPI destacado em separado em documento fiscal, podem ser excluídos da base de cálculo da Cofins.

Lançamento Procedente em Parte

A DRJ/RJO-II afastou a alegação de nulidade do lançamento em face de vícios apontados no trâmite do MPF. Em relação ao mérito, a DRJ exonerou parcialmente os lançamentos realizados nos anos de 2000 e 2002 relativamente às receitas de variação cambial reconhecidas pelo contribuinte pelo regime de caixa, conforme planilha de fls. 670 – numeração eletrônica, bem como excluiu da base de cálculo da COFINS os valores registrados como devolução de vendas e IPI nas contas de Habilitação, Acessórios e Aparelho móvel celular, conforme planilha de fls. 675 – numeração eletrônica.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Diante do resultado do julgamento que exonerou o sujeito passivo do pagamento do tributo em valor superior à alçada estipulada no art. 2º da Portaria do Ministro de Estado da Fazenda n.º 375, de 07.12.2001 e de acordo o art. 34, inciso I, do Decreto n.º 70.235, de 06.03.1972, com a nova redação dada pelo art. 67 da Lei n.º 9.532, de 10.12.1997, houve recurso de ofício por parte da DRJ/RJO-II.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificado da decisão de 1ª instância em 17/08/2007, conforme documento de fls. 679 – numeração eletrônica, e não concordando com os termos em que foi proferida a mencionada decisão, o sujeito passivo apresentou, em 17/09/2007, Recurso Voluntário à este Conselho.

O recurso de fls. 720 a 743 – numeração eletrônica - dos autos, traz, em resumo, os seguintes argumentos da Recorrente:

→ Preliminarmente:

- A nulidade da autuação em face da não comprovação da inexatidão cometida pelo contribuinte, nos termos do artigo 149 CTN, V c/c o artigo 9º do Decreto n.º 70.235/72, o que, por sua vez, impossibilitou ao contribuinte de promover a sua defesa tendo em vista que não conseguiu identificar os fatos que motivaram o lançamento;

→ Meritoriamente:

- A exclusão de todos os valores decorrentes da apuração de variação monetária pelo regime de competência no período de 2001 a 2002, sendo que acusa o fiscal de ter inserido valores em linha incorreta, pois acresceu à base de cálculo da COFINS montantes a título de variação cambial apurados segundo o regime de competência;
- O reconhecimento do direito previsto no artigo 31 da MP n.º 2.158-35/2001, a fim de que se lhe autorize ter excluído da base de cálculo da COFINS as receitas provenientes de variação monetária ativa, apuradas pelo regime de competência, diferidas para o momento da liquidação (regime de caixa);

- Que os valores correspondentes aos montantes repassados pela contribuinte às demais operadoras a título de interconexão, pela prestação de serviços que essas operadoras exerceram em suas áreas de concessão, não podem ser configurados como receitas para efeito de tributação da COFINS;
- A base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser limitada às receitas próprias decorrentes das vendas de mercadorias e de serviços, vez que o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98;
- Que na verdade a contribuinte recolheu no período valores superiores ao que efetivamente seria devido, devendo não só ser cancelado o débito como reconhecido o direito de crédito do contribuinte.

DA DILIGÊNCIA

Às fls.778 – numeração eletrônica, foi expedida intimação nº 2551/2011, em decorrência da Resolução nº 3402-000.2008, da 2ª Turma, da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF, na qual o relator Júlio César Alves Ramos determinou que o sujeito passivo esclarecesse *se possui medida judicial relativa aos créditos tributários objetos do presente processo administrativo*.

Cientificado da Intimação acima mencionada em 05/10/2011, conforme Termo de Ciência e Recebimento de Intimação de fls. 813 – numeração eletrônica, o contribuinte, em 03/11/2011, acostou aos autos todas as peças processuais da ação ordinária nº 2005.34.00.016824-5 na qual o TRF da 1ª Região, manteve a sentença que reconheceu a inconstitucionalidade do “alargamento” da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pela Lei nº 9.718/98.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a esse relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 06 (seis) Volumes, numerado até a folha 1052 (mil e cinquenta e duas – numeração eletrônica – ne.), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

Versam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário, de modo que passo a abordagem separadamente de cada insurgência.

I. Recurso de Ofício

Considerando que os valores exonerados superaram ao montante de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), conheço do recurso de ofício.

Analisando a decisão da DRJ/RJO-II, constata-se que foram excluídos do lançamento os valores relativos à tributação de receitas provenientes de variação cambial ativa dos anos de 2000 e 2002, por ter o contribuinte adotado o regime de caixa para tais períodos, assim como foram excluídos da base de cálculo da COFINS, os valores relativos a cancelamentos e devoluções de vendas de aparelhos, acessórios e habilitações, e respectivos valores de IPI, pelo que passo a apreciar cada item separadamente.

I.a. Reconhecimento da variação cambial pelo regime de caixa:

No que diz respeito à exoneração do lançamento sobre as receitas provenientes da variação cambial ativa, reputo inteiramente acertada e coerente a fundamentação lançada pela própria decisão recorrida, razão pela qual peço *vênia* para transcrever o trecho abaixo:

Até dezembro de 1999, o regime de competência era utilizado como regra de tributação para a Cofins e para o PIS sobre as receitas provenientes de variações monetárias, seja em função da taxa de câmbio, seja em função de outros índices aplicáveis por disposição legal ou contratual. Em relação às variações cambiais, contudo, essa regra foi alterada com a edição da Medida Provisória nº 1.858-10, de 26 de outubro de 1999, com os acréscimos da Medida Provisória 1.991-14, de 11 de fevereiro de 2000, nos seguintes termos:

“Art 30. A partir de 10 de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para PIS/PASEP e da COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.

§ 1º À opção da pessoa jurídica as variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de todos tributos e contribuições referidos no caput deste artigo, segundo o regime de competência.

§ 2º A opção prevista no parágrafo anterior aplicar-se-á a todo o ano-calendário.

§ 3º No caso de alteração do critério e reconhecimento das variações monetárias, em anos-calendário subsequente, para efeito de determinação da base de cálculo dos tributos das contribuições serão observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal." (Atual MP 2.158-35/2001).

A partir de janeiro de 2000, portanto, por determinação legal, a regra foi alterada apenas em relação às variações monetárias em função da taxa de câmbio. A norma supra transcrita preconizou a apropriação das referidas receitas pelo regime de caixa, facultando à pessoa jurídica o direito de optar pelo regime de competência na determinação do imposto de renda (IRPJ), da contribuição social (CSLL), do PIS e da Cofins. De acordo com o art. 30, §§ 1º e 2º, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, matriz legal do art. 13 do Decreto nº 4.524/2002 (Regulamento do PIS e da Cofins), essa opção prevalecerá para todos os tributos e contribuições e para todo o ano calendário.

Nos termos do § 3º do art. 30 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a Secretaria da Receita Federal estabeleceu nas Instruções Normativas nº 247, de 21 de novembro de 2002, e nº 345, de 28 de julho de 2003, as normas a serem observadas pelos contribuintes em caso de alteração do critério e reconhecimento das variações monetárias.

No presente caso, a impugnante contestou a utilização do regime de competência nos cálculos da fiscalização. Sustentou a defendente que, nos períodos de apuração autuados, nos anos de 2000, 2001 e 2002, contabilizou as variações cambiais pelo regime de caixa para fins de apuração do PIS e da Cofins.

Em consulta às declarações de rendimentos entregues pela contribuinte – DIPJ referentes aos anos-calendários 2001, 2002 e 2003 (fls. 306/359), verifica-se que a opção pelo regime de caixa encontra-se evidenciada. Ademais, o cumprimento, ainda que parcial, da diligência comprovou a alegação da impugnante.

Portanto, o lançamento referente aos anos de 2000 e 2002 deve ser parcialmente exonerado.

Como bem pontuou a decisão reexaminada, a autoridade autuante equivocou-se em considerar as variações cambiais ativas pela aplicação do regime de competência, quando, pelo teor do art. 30, da MP nº 1.858-10/99, houvera alteração da regra geral para que referidos resultados fossem reconhecidos apenas quando de sua liquidação, ou seja, pelo regime de caixa, sendo essa a opção feita pelo sujeito passivo.

A DRJ, portanto, nada mais fez do que aplicar a legislação ao caso em concreto, restabelecendo o direito do sujeito passivo em diferir o momento da incidência da tributação sobre referidas receitas financeiras, não havendo o que retocar quanto a essa conclusão.

I.b. Cancelamento de vendas:

No que tange aos valores referentes à cancelamento e devoluções de vendas de aparelhos, acessórios e habilitação constantes na cópia do Livro Razão apresentada junto à impugnação de fls. 386/391 – numeração eletrônica, tenho que novamente acertou a DRJ/RJO-II em excluir da base cálculo da Cofins os valores registrados como devolução de vendas nas contas “Habilitação” (41121611), “Acessórios” (41211) e “Aparelho móvel celular” (41212), assim como o IPI destacado separadamente nas respectivas notas fiscais.

E isto porque, segundo preceitua o inciso I, do §2º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, referidos eventos são dedutíveis da base de cálculo da COFINS, possuindo o sujeito passivo o direito a tal exclusão, *in verbis*:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

(...)

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;”

Desta forma, embora num primeiro momento a fiscalização não tenha identificado, por equívocos nos lançamentos do próprio sujeito passivo, que haviam tais exclusões de sua receita bruta, que posteriormente vieram a ser devidamente comprovados com a juntada das cópias do Livro Razão, inclusive mediante realização de diligência, resta acertada a decisão que permite que referida exclusão de receita seja efetivada pelo sujeito passivo, pois que igualmente é um direito emanado da Lei.

Com efeito, deve se mantido o cancelamento da exigência no tocante aos cancelamentos e devoluções de vendas e do IPI, conforme os próprios fundamentos da decisão reexaminada.

I.c. Conclusão

Consequentemente, entendo que andou corretamente a DRJ/RJO-II, e, pelos próprios fundamentos por ela ostentados para afastar da base de cálculo do lançamento as referidas receitas, entendo que igualmente deve ser mantida a decisão proferida pela regional.

Ante o exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao Recurso de Ofício.

II. Recurso Voluntário:

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos de tempestividade de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Versam os autos de lançamento de ofício relativo à COFINS, fundamentado em supostas diferenças apuradas entre o valor declarado e os valores escriturados pelo contribuinte, relativamente a contribuição exigida, sendo que após decisão da DRJ/RJO-II, que

cancelou parcialmente a exigência, insurge-se a Recorrente contra a parte mantida da exigência pleiteando seu cancelamento integral por entender, em apertada síntese, que, em preliminar, [01] haveria nulidade na autuação fiscal; e, no mérito, [02] que seria detentora do direito de aplicar o regime de caixa também para os anos calendários de 1999 e 2001, mantidos pela decisão “a quo”; [03] bem como que é detentora de decisão judicial, ratificadora do pacífico entendimento do STF, que sustenta ser inconstitucional o “alargamento” das bases de cálculo da COFINS promovido pelo §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, pelo que dever-se-ia, além de cancelar a exigência [04], reconhecer crédito em seu favor; [05], e, finalmente, que quanto às receitas de “interconexão”, por não se tratarem de receitas suas, não poderiam compor a autuação.

Restaram preclusas matérias constantes da impugnação, que, improcedentes após a decisão da DRJ, não foram objeto de irresignação pelo Recurso Voluntário.

Apesar de focalizados todos os pontos que restaram controvertidos nos autos, vejo que a apreciação da preliminar suscitada é prejudicial à análise de quaisquer outros aspectos de mérito trazidos no Recurso Voluntário, uma vez que entendo que deva a mesma ser acolhida, como passo a expor.

Da leitura do relatório antes transcrito, bem como de uma mais delongada análise dos autos, tornou-se possível verificar que apesar de muitos esforços, o lançamento discutido no processo restou, inegavelmente, obscuro no que tange à materialidade dos fatos geradores.

Tendo falhado a Autoridade Lançadora na determinação da matéria tributável e na comprovação da ocorrência dos fatos geradores apontados, acabou por comprometer o integral e amplo direito de defesa do contribuinte e ainda, incidiu em desobediência ao preceito pelo qual a atividade de lançamento é vinculada à lei, conforme dispõe o art. 142, do CTN.

Veja-se:

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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.
(grifou-se)*

Desnecessário trazer a interpretação que se extrai da leitura do dispositivo legal acima, pois a questão é mansa e não demanda controvérsias no ordenamento jurídico: descumpridos os requisitos legais previstos no dispositivo transcrito, nulo é o lançamento, por ofensa a inúmeros direitos e garantias do contribuinte, como os da segurança jurídica, direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como aos princípios que abarcam e garantem a solidez do Processo Administrativo Fiscal, sob pena de se comprometer sua exequibilidade.

Desta feita, após a infrutífera e inaugural 1ª diligência, ou seja, já na 2ª
Diligência determinada no processo, da lavra do Presidente da 4ª Turma da DRJ/RJO-II,

Marcos Soares da Mota e Silva às fls. 632-641 (numeração eletrônica) dos autos, restou bem clara a afirmação de que faltaram provas para a efetivação do lançamento sob análise, especificamente quanto a determinação da matéria tributável e da ocorrência do fato gerador, justificando então a realização da 3ª diligência pela imprescindibilidade da Delegacia de Julgamento bem compreender o lançamento, na medida em que sua justificativa estava voltada em “adotar todas as ações possíveis e previstas em lei de forma a trazer a lume o pleno conhecimento do objeto do procedimento.”

Data maxima venia, ao meu ver, o arrazoado da referida Autoridade Julgadora sobre as falhas na instrução probatória da pretensão creditória da Autoridade Fiscal no ato de lançamento, já é, de *per si*, suficiente para denotar a inobservância da Lei, não sendo apenas justificadores da realização de uma diligência, mas sim, da decretação da nulidade do lançamento ventilado.

Observo ainda que *“trazer a lume o pleno conhecimento do objeto do procedimento”* (salienta-se, apenas após realização de diligência determinada pela Delegacia de Julgamento), é demonstrar que este objeto não foi claramente delimitado no lançamento efetuado e consequentemente que o direito de defesa do contribuinte já em primeira instância foi cerceado, pois a então “Impugnante” teve que apresentar suas razões de defesa sem o pleno conhecimento dos fatos (determinação da matéria tributável) sobre os quais deveria defender-se, ofendendo também assim o duplo grau de jurisdição, garantido pela Carta Magna.

Neste sentido, e em vários outros aspectos do processo, como a determinação ainda de uma 3ª diligência e da falta de documentos que demonstrassem as bases de cálculo utilizadas pela fiscalização, ainda como, a adoção, pela DRJ, da planilha de cálculo trazida pela própria Recorrente para tentar “encontrar” parte das diferenças que demonstrariam *possivelmente/presumivelmente* 95% das matérias tributáveis, são a demonstração cabal de que nestes autos não foram observadas todas as formalidades legais, comprometendo, conforme já mencionado acima, o ato administrativo de lançamento, tornando-o nulo, por cerceamento do direito a ampla defesa.

Extrai-se da decisão de piso as conclusões do Ilustre Relator da DRJ:

Passo a analisar o mérito e inicio por registrar que no caso em tela, os únicos elementos apresentados nos autos que indicam as bases de cálculo utilizadas no auto de infração são as planilhas de fls. 18/35 e as planilhas intituladas Demonstração de Resultados — ATL de fls. 39/128; tendo sido as primeiras elaboradas pelo fiscal autuante e quanto às últimas não há indicação de que tenham sido elaboradas pela impugnante ou de que tenham a sua anuência.

Assim, pelo menos em princípio, não se pode afirmar, com absoluta certeza, que os valores insertos nas planilhas de fls. 18/35 sejam realmente os valores devidos pela impugnante. O simples preenchimento dos citados demonstrativos, sem que tenham sido trazidos aos autos elementos documentais, ou mesmo demonstrativos que, sem qualquer dúvida, tenham sido preenchidos pela própria impugnante, reconhecendo os valores ali constantes, não nos permite atestar a sua veracidade.

Por conseguinte, à mingua de instrução primária que desse os contornos materiais que levaram a fiscalização a encontrar os valores lançados, fazia-se imprescindível a realização da

diligência fiscal no domicílio do contribuinte, até para que se pudesse contrapor os valores trazidos pela impugnante em sua impugnação de fls. 132/155.

Por três vezes o processo foi baixado em diligência. Ainda assim, ela foi apenas parcialmente realizada, tendo o fiscal que cumpriu a diligência se manifestado diante dos questionamentos na forma já descrita no relatório, que transcrevo novamente abaixo, juntamente com a pergunta, por uma questão didática:

a) esclarecer se a contribuinte agiu na forma prescrita pelo art. 30 da MP 1.991-12;

Pela análise dos Livros de Apuração do Lucro Real — LALUR de nº I, 2, 3 e 4, verifica-se que, no ano de 1999, não houve qualquer ajuste relacionado ao regime de caixa para variação cambial, até porque a legislação não o permitia. Em relação aos demais anos, a contribuinte efetuou sempre adições ao lucro líquido relativas à variação cambial passiva não realizada e exclusões referentes à variação cambial ativa não realizada. Vale observar que, conforme art. 30, da MP nº 2.158-35/2001, a opção pelo regime de caixa deve ser realizada para todos os tributos e contribuições,

valendo por todo o ano-calendário;

b) em caso afirmativo, informar se existe algum motivo para que os valores de variação cambial não tenham sido considerados apenas quando da liquidação da correspondente operação;

Não;

c) caso não houvesse motivo para isto, elaborar um novo demonstrativo de apuração de débito, levando-se em conta o prescrito no artigo acima citado;

d) Analisar as planilhas apresentadas na impugnação de fls. 132/155 e se manifestar sobre elas, verificando se os registros contábeis da contribuinte as amparam;

A resposta aos itens c e d fica prejudicada, uma vez que a empresa autuada ajuizou ação ordinária questionando a majoração da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718/98, que recebeu o nº 2005.34.00.016824-5. S.MJ., o sujeito passivo está questionando judicialmente a mesma matéria que está sendo discutida em âmbito administrativo. Conforme disposição expressa no art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80 e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96, a propositura, pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois da autuação, com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso interposto. Importa observar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em casos semelhantes pela inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da Cotins imposta pelo art. 30, § 1º, da Lei nº 9.718/98, conforme acórdãos proferidos

nos autos dos RE nº 346084/PR, 357950/RS, 358273/RS e 390840/MG.

Sendo assim, despidiendo que se proceda a análise de toda a documentação trazida aos autos dos processos administrativos em epígrafe. De imediato verifica-se que com o cumprimento, ainda que parcial, da diligência ficou consignado que: a) a impugnante agiu na forma prescrita pelo art. 30 da MP 1.991-12, ou seja, utilizou-se do regime de caixa para contabilizar as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações, em função da taxa de câmbio, conforme permitido pela legislação tributária e, b) não existe qualquer motivo para que os valores de variação cambial não tenham sido considerados apenas quando da liquidação da correspondente operação.

Quanto à resposta aos itens c e d entendeu o fiscal que esta estaria prejudicada, devido à empresa autuada ter ajuizado ação ordinária questionando a majoração da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718/98 (2005.34.00.016824-5), de forma que o sujeito passivo estaria questionando judicialmente a mesma matéria que está sendo discutida em âmbito administrativo e, que conforme disposição expressa no art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80 e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96, a propositura, pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois da autuação, com o mesmo objeto, importaria a desistência do recurso interposto.

Sobre esta última assertiva cabe registrar, primeiramente, que não foi juntada aos autos qualquer peça da referida ação, sendo sequer informado o seu andamento e em qual vara ela teria sido ajuizada. Por tal motivo fica impossível confirmar se a matéria questionada judicialmente é exatamente a mesma matéria que está sendo discutida em âmbito administrativo. Mas de qualquer forma, levando-se em conta a afirmação do fiscal de que a impugnante ajuizou ação ordinária questionando a majoração da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718/98, há que se considerar que a questão da opção pelo regime de caixa para contabilizar as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações, em função da taxa de câmbio, não será discutida na esfera judicial.

Destarte, a não apreciação deste fato na esfera administrativa acarretaria o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, uma vez que tal questão não seria apreciada nem em âmbito judicial nem em âmbito administrativo, sendo que, segundo afirmação do impugnante, **este item corresponde a aproximadamente 90% do valor da autuação.** (grifou-se)

Como se vê, a DRJ já reconheceu que o procedimento de Fiscalização não deixou extirpadas as dúvidas a integral materialidade dos fatos geradores que foram objeto do lançamento tributário. Porém, ainda assim, acabou por superar esta realidade, pois que estaria demonstrado que o lançamento estaria abrangido na aplicação do regime de caixa para as variações cambiais, em cerca de 90%, sem, no entanto, elucidar qual a origem dos demais 10%.

No entanto, diferentemente do entendimento da decisão de piso, tenho que não é porque o contribuinte conseguiu “entender” 90% das diferenças que *possivelmente* (presunção que partiu do contribuinte, e foi aceita pelo órgão julgador como verdadeiro, em prol do julgamento da causa), estejam *materialmente* abarcadas no lançamento, que tenha lhe sido dado condições de entender 100% do lançamento, ou que tenha lhe sido oportunizado o AMPLO e INTEGRAL direito de defesa. Era necessário que a autoridade fiscal deveria ter identificado exaustivamente a materialidade dos fatos tributados, na dicção do art. 142, do CTN, já transcrito.

Devemos lembrar que estamos diante de um lançamento de ofício, em que o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do Poder Público ao crédito tributário dele objeto, compete à Administração,

É a decorrência da máxima da processualística em geral, pela qual compete ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto que ao réu, cabe o ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, de modo a lhe desconstituir o direito contra o qual resiste. É o que se colhe do art. 333, II, do CPC.

Vejamos:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

O que se constata, no caso em análise, é que a autuação fiscal partiu de indícios da suposta existência de diferenças entre os valores declarados e os pagos, na realidade deixou a Administração de exaurir a prova da materialidade dos fatos geradores mediante atos de investigação ou auditoria fiscal, de modo que acabou por produzir um lançamento calcado em indícios desprovidos de integral demonstração, o que, por se tratar de Auto de Infração, certamente que lhe competiria.

Discorrendo sobre o ônus da prova em sede fiscal, PAULO CELSO BERGSTROM BONILHA, em sua obra “Da Prova no Processo Administrativo Tributário” (Ed. LTR, 1992, p. 93), assim explicita:

De fato, com a obra de Gian Antonio Micheli, os efeitos processuais da presunção de legitimidade dos atos administrativos foram devidamente equacionados, evidenciando-se a imprestabilidade dos argumentos que o invocaram para justificar a exoneração da prova da administração. Eis a lição do grande mestre peninsular:

Não pode ser, ao reverso, invocada a presunção de legitimidade inerente ao ato administrativo, de vez que ela não é suficiente para explicar os seus efeitos no âmbito do processo em questão, exatamente porque, nele, o juiz administrativo é posto na condição de formar seu próprio convencimento com a máxima liberdade e, portanto, a precitada presunção não está com força para vincular a formação da decisão judicial, no caso de

dívida'. Como bem salientou o saudoso e ilustre professor que se destacou de forma proeminente na literatura processual e tributária, a presunção de legitimidade do ato administrativo confere à Administração uma 'relevatio ab onere agendi' e não uma 'relevatio ab onere probandi', isto é, a presumida legitimidade do ato permite à Administração aparelhar e exercer, diretamente, sua pretensão e de forma executória, mas este atributo não a exime de provar o fundamento e a legitimidade de sua pretensão.' – grifou-se.

Aplicando tais ensinamentos ao caso concreto, verifica-se que se a Fiscalização, gozando da prerrogativa de acessar os documentos e registros societários, contábeis e fiscais do contribuinte, cujos indícios de divergência entre os valores declarados e os pagos suscitarão possível ocorrência de falta de recolhimento de tributo, deveria ter instaurado procedimento de efetiva fiscalização, para então se comprovar, com todos os meios em Direito admitidos, a existência dos pressupostos que poderiam conduzir a conclusão da existência de tributo sem recolhimento e, então, aí sim, constituir validamente o crédito tributário em favor do Poder Público.

Se assim não agiu, deixando de cumprir o ônus da prova que lhe incumbe, tornou o lançamento tributário improcedente, pois que desprovido de suporte fático, lastreado em elementos que pudessem atestar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou mesmo, a conduta tipo da imposição da penalidade tributária.

E não de forma diferente a jurisprudência deste Conselho acompanha este entendimento, merecendo sejam trazidos precedentes em mesmo sentido, a fim de ilustrar que em casos similares o caminho tem sido o de acolher a nulidade do ato de lançamento:

Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA DA FALTA DE CLAREZA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA AUTUAÇÃO. NULIDADE.

A auditoria fiscal deve lançar a obrigação tributária com a discriminação clara e precisa dos seus dos motivos fáticos, sob pena de cerceamento de defesa e consequentemente nulidade. É nulo o lançamento efetuado se não há a demonstração de todos os requisitos que levaram ao Fisco desconsiderar a imunidade prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal. Esses requisitos são importantes para a defesa do sujeito passivo da relação obrigacional tributária que lhe foi imputada pelo Fisco, não bastando a simples menção de que a empresa não requereu a sua isenção (imunidade) ao INSS.

AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DOS MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS DO LANÇAMENTO FISCAL. VÍCIO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

A determinação dos motivos fáticos e jurídicos constituem elemento material/intrínseco do lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. A falta desses motivos constituem ofensa aos elementos substanciais do lançamento, razão pelo qual deve ser reconhecida sua total nulidade, por vício material.

Recurso Voluntário Provido.”

(ACÓRDÃO 2402-003.657 - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF – 2ª Seção – 4ª Cam./2ª Turma. Data de decisão: 24/09/2013) – grifou-se.

Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/04/2007

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE. ÔNUS DO FISCO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES. O Fisco tem o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do fato gerador das contribuições lançadas. No presente caso, em se tratando de serviços prestados mediante cessão de mão de obra, deve o relatório fiscal conter toda a fundamentação de fato e de direito que possa permitir ao sujeito passivo exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Logo, caberia ao Fisco a demonstração da ocorrência da prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, o que não aconteceu.

LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA DA FALTA DE CLAREZA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA AUTUAÇÃO. NULIDADE. A auditoria fiscal deve lançar a obrigação tributária com a discriminação clara e precisa dos seus dos motivos fáticos, sob pena de cerceamento de defesa e consequentemente nulidade. É nulo o lançamento efetuado se não há a demonstração de todos os requisitos que levaram ao Fisco desconsiderar a empreitada integral (empreitada total) consignada no contrato de prestação de serviço.

AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DOS MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS DO LANÇAMENTO FISCAL. VÍCIO MATERIAL. OCORRÊNCIA. A determinação dos motivos fáticos e jurídicos constituem elemento material/intrínseco do lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. A falta desses motivos constituem ofensa aos elementos substanciais do lançamento, razão pelo qual deve ser reconhecida sua total nulidade, por vício material.”

(ACÓRDÃO 2301-003.561 - CARF – 2ª Seção – 3ª Câmara/1ª Turma. Data de decisão: 13/01/2014) – grifou-se.

Além disso, *mutatis mutandis*, pertinente trazer o entendimento que foi consolidado pelo 1º Conselho Federal de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, atualmente consolidados no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, nos seguintes julgados:

“PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A ausência, nos autos, de descrição minuciosa dos fatos e, ainda, de demonstrativos hábeis a esclarecer o critério adotado para apurar o montante de 'recursos' e 'aplicações', consignados nos demonstrativos de acréscimo patrimonial a descoberto, além de cercear a garantia constitucional de ampla defesa, impedem o exame da matéria pela autoridade julgadora de segunda instância. DECLARAR a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa."

(1º Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Acórdão ° 106-11.750).

"VICIO FORMAL – NULIDADE – INEXISTÊNCIA.

Os vícios formais são aqueles que não interferem no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação." (1º Conselho de Contribuintes. 8ª Câmara. Acórdão ° 108-07.556).

Assim sendo, à míngua de prova cabal e integral da materialidade da matéria tributável, entendo que o lançamento acabou por cercear o amplo direito de defesa do contribuinte, e, conseqüentemente, incidiu em nulidade material insanável, razão pela qual deve ser cancelado e que seja exonerada a exigência fiscal nele veiculada.

Por essas razões, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, especificamente para **acolher a preliminar de nulidade** por cerceamento do direito de defesa, cancelando o crédito tributário.

III. Conclusão:

Ante ao exposto, voto no sentido de **negar provimento ao Recurso de Ofício** e em **dar provimento ao Recurso Voluntário**, para cancelar o lançamento tributário por vício material, nos termos do que acima foi exposto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Jr. – Relator.

Processo nº 18471.002264/2003-78
Acórdão n.º **3402-002.356**

S3-C4T2
Fl. 1.067

CÓPIA