



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

Processo n° 19679.009850/2003-80
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-001.756 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de julho de 2012
Matéria COFINS
Recorrente SANTO AMARO AUTOMÓVEIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

PRAZO DECADENCIAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº 08 - 05 ANOS CONTADOS DA DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, decisão que é objeto de súmula vinculante do STF, cabe a aplicação da regra de decadência prevista no CTN, qual seja, da ocorrência da decadência após decorridos 05 anos da data do fato gerador do tributo.

AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO - PROCESSO JUDICIAL NÃO COMPROVADO

O Auto de Infração lavrado eletronicamente em virtude da não localização, pelo sistema da Secretaria da Receita Federal, dos processos judiciais que deram ensejo ao não recolhimento do tributo ou mesmo da guia DARF de pagamento, deve ser cancelado se o contribuinte comprovar a falsidade destas premissas. Caso a fiscalização, após constatada a efetiva existência do processo, ainda pretenda constituir os créditos, agora por razão diversa: falta de autorização judicial, para fim de evitar a decadência de valores, etc; deve iniciar mandado de procedimento fiscal e elaborar novo auto de infração, com outro fundamento. Inclusive, se for apenas para evitar a decadência, não haverá a incidência de multa. Não compete ao julgador alterar o fundamento do auto de infração para fim de regularizá-lo e manter a exigência, tal competência é privativa da autoridade administrativa fiscalizadora.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA

Presidente

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Amauri Amora Câmara Júnior, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fl. 06), formalizado eletronicamente pelo cruzamento de informações, visando à constituição e cobrança de supostos débitos de COFINS, apurados ano-calendário 1998, cuja ciência foi dada ao contribuinte em 11/08/2003 (fls. 22). Segundo os demonstrativos do Auto de Infração (fls. 07/16), os valores lançados teriam sido objeto de compensação em “processo judicial não comprovado”, exceto pelas competências de fevereiro/98 e abril/98, que teriam sido objeto também de pagamento parcial (compensação + pagamento) que, todavia, foi identificado pelo Fisco como “pagamento não localizado”. Não identificados os pagamentos e/ou as comprovações dos créditos derivados de processo judicial os valores foram objeto de auto de infração, acrescidos de multa de ofício de 75%.

Importa notar, também, que embora o contribuinte tenha promovido compensações em todos os meses, também realizou pagamentos parciais em todos os meses objeto do lançamento – sendo que apenas os pagamentos relativos aos meses de fevereiro e abril foram questionados no lançamento.

Intimada do lançamento em 11/08/2003 a Recorrente apresentou sua Impugnação (fls. 01/03), na qual alega que:

- nulidade do lançamento fundamentado equivocadamente em falta de pagamento da COFINS, pois os valores foram devidamente pagos e/ou compensados com base em créditos constituídos em processo judicial;
- os valores lançados pelo Fisco não correspondem aos valores de COFINS por ela apurados naquele período;
- os valores devidos foram objeto de compensação com quantias pagas indevidamente a título de FINSOCIAL – pois reconhecida inconstitucional esta cobrança;
- posteriormente ajuizou medida judicial (processo nº 2001.61.00010063-2) visando reconhecimento de seu direito de pagar a COFINS com base na diferença entre o preço de compra e o preço de venda de seus produtos (automóveis), ao invés de utilizar como base de cálculo seu faturamento, o que teria sido reconhecido em decisão do Conselho de Contribuintes por ele citada em sua peça impugnatória (sem referência, todavia).

Em despacho decisório proferido na sequência (fls. 27), a DRF reconhece que houve o pagamento parcial dos valores devidos nas competências de fevereiro e abril de 1998 – conforme demonstrativo de fls. 23 – e propõe o prosseguimento do feito apenas em relação aos valores remanescentes. Foi efetuada a revisão do lançamento, para retirada destes valores e correspondentes multas de ofício, aplicadas sobre eles (fls. 28/32).

Na sequência foram anexadas aos autos cópias de extratos processuais da ação judicial nº 92.0035903-5 (mesmo número referenciado no lançamento, como processo originário dos créditos compensados, que o Fisco alega não ter sido comprovado), além da decisão final proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 33/48). Referida decisão reforma parcialmente a sentença proferida em primeira instância, alterando apenas a questão acerca da sucumbência. No mérito, portanto, foi confirmado o entendimento de que a Recorrente teria direito à repetição do indébito correspondente ao pagamento de FINSOCIAL efetuado em valor além da alíquota de 0,5%, limitado aos excessos efetivamente demonstrados naqueles autos, acrescidos de correção monetária do momento do pagamento ao da efetiva restituição, além de juros de 1% ao mês, após o trânsito em julgado. O acórdão foi publicado em 12/09/1995 e contra ele não foi apresentado nenhum recurso, tendo ocorrido seu trânsito em julgado.

Foram anexados ao autos, também, DCTF's e demonstrativos (fls. 58/83).

A DRJ julgou parcialmente procedente o lançamento (fls. 87/96), apenas para determinar o cancelamento da multa de ofício lançada, em virtude da retroatividade benigna das disposições contidas no artigo 18 da Lei nº 10.833/03, que afastou a possibilidade de lançamento de multa de ofício em casos de não homologação de compensação.

No mérito entendeu que não cabe razão à Recorrente, porque embora tenha sido reconhecido seu direito à repetição de indébito, o artigo 66 da Lei nº 8.383/91, no qual se fundaria a compensação, não permitia a compensação de FINSOCIAL com COFINS (tributos distintos). Ademais, em relação à questão da medida judicial ajuizada para garantir à Recorrente a aplicação de base de cálculo diferenciada, na apuração da COFINS, ressalta que se trata de fato novo em relação ao qual a Recorrente não apresentou nenhuma prova (sequer cópia da medida judicial), razão pela qual afastou a alegação.

O Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte (fls. 102/125) insurge-se contra a decisão da DRJ, exceto no que se refere ao cancelamento da multa de ofício. No mais, reitera os argumentos trazidos em sua Impugnação, acrescentando os seguintes esclarecimentos:

- há nulidade no auto de infração por não ter sido apontado claramente o fundamento do lançamento nem as disposições legais que teriam sido infringidas, o que ofende seu direito de defesa;

- questiona a aplicação de multa qualificada, que, no entanto, não foi aplicada no auto de infração sob análise.

Vieram-me então, os autos para decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele o conheço.

Inicialmente faz-se necessário abordar o tema da decadência que, embora não tenha sido alegado pelo contribuinte, por ser matéria de ordem pública pode (e deve) ser analisado de ofício.

No presente caso **estão em discussão quantias relativas ao ano-calendário de 1998, sendo que a ciência do lançamento somente se deu em 11/08/2003**, conforme a própria DRJ reconheceu em seu acórdão.

Desta feita, constata-se que parte dos valores foram lançados após o transcurso de 05 anos contados a partir do fato gerador tributário. Assim, **o crédito tributário relativo aos fatos geradores do período de janeiro a junho de 1998** já se encontravam extintos pela ocorrência da decadência (art. 156, V do CTN), na data em que o lançamento sob análise foi efetuado pela autoridade fiscal.

É de conhecimento geral que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nº 556.664, 559.882 e 559.943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante nº 8, *in verbis*:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

A simples edição da citada súmula já é suficiente para o cancelamento total do presente auto de infração. Não apenas em razão de ser uma orientação vinculante, mas em virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal que pretendia majorar **em mais cinco anos o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir tributos.**

Desta forma, não há meios de se manter a exigência em relação a este período, uma vez que o fato gerador ocorreu antes de 05 anos da lavratura do auto de infração.

Importa, ainda, destacar que **durante todo o período, embora tenham havidos valores compensados, uma parte foi submetida a pagamento com DARF**, de onde se constata que o prazo a ser aplicado é, de fato, o do artigo 150 §4º do CTN – ou seja, de 05 anos contados a partir do fato gerador, pois em todos os casos houve pagamento parcial. Portanto, reconheço a necessidade de cancelamento do lançamento em relação ao período de janeiro a junho de 1998 (inclusive).

No que se refere às demais competências objeto do lançamento (fato gerador de julho a dezembro de 1998), necessária a análise do mérito do Recurso.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração eletrônico lavrado para fim de constituir débitos de COFINS, que foram compensados com créditos decorrentes de processo judicial. Fato é que o processo judicial, em que se discutia a constitucionalidade da majoração do FINSOCIAL **transitou em julgado 1995** garantindo ao contribuinte o direito à restituição dos valores pagos a maior (ou seja, com aplicação de alíquota superior à 0,5%), embora o acórdão do Tribunal não tenha analisado especificamente o tema da compensação.

No âmbito administrativo, a Recorrente compensou os créditos relativos a este processo judicial com débitos do ano de 1998, por meio de DCTF's apresentadas em 1999 (portanto, após o trânsito em julgado). **Registra-se que não se discutiu nos autos a suficiência ou não do crédito, pois a compensação não foi aceita sob a mera alegação de que o processo judicial (indicado nas DCTF's) não teria sido comprovado.**

Todavia, nenhuma das informações processuais, a meu ver, é relevante para o deslinde da questão. Isto porque, assim como esclarecido, o auto de infração foi lavrado em função do entendimento de que a Recorrente estava inadimplente sem o supedâneo de qualquer procedimento judicial que validasse o não recolhimento (resultante da compensação realizada). Neste sentido, com a comprovação da existência de processo judicial, a razão do auto de infração, a meu ver, deixa de existir.

Após o cruzamento eletrônico das informações prestadas pela Recorrente, o sistema de controle da Secretaria da Receita Federal apontou a insuficiência de recolhimento dos valores de COFINS referentes ao ano de 1998 (na medida em que, além das compensações não reconhecidas, houve pagamento parcial em todos os meses). Esta indicação – falta de pagamento – teve como fundamento a não comprovação, pelo Recorrente, à Receita Federal (e ao sistema de controle), da existência do processo judicial – o que foi indicado no Auto de Infração como justificava do lançamento.

Entretanto, o pressuposto adotado pela fiscalização estava errado. O processo judicial existia e sua comprovação encontra-se nestes autos. Este simples fato, no entender desta julgadora, é suficiente para constatar a nulidade do auto de infração, uma vez que este foi lavrado com base em suposição falsa. Caso a fiscalização pretendesse constituir os débitos em razão da eventual impossibilidade de compensação dos créditos de FINSOCIAL com os débitos de COFINS – fundamento este que foi adotado pelo acórdão recorrido – deveria ter promovido a fiscalização neste sentido e elaborado novo auto de infração, com este fundamento diverso. Contudo, não foi o ocorrido.

Processo nº 19679.009850/2003-80
Acórdão n.º **3302-001.756**

S3-C3T2
Fl. 15

Imperioso lembrar que não compete ao julgador administrativo alterar o fundamento do auto de infração para fim de regularizá-lo e manter a exigência, tal competência é privativa da autoridade administrativa fiscalizadora.

Ante o exposto, conheço do presente recurso para o fim de DAR-LHE provimento, cancelando a exigência em comento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de julho de 2012

(assinado eletronicamente)

Relatora Fabiola Cassiano Keramidas