



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

Processo nº 10840.001338/2002-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-003.618 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de abril de 2017
Matéria Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Recorrente Construtora Industrial e Comercial SAID Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/1997 a 30/06/1997

COMPENSAÇÃO. PROVA DO CRÉDITO. OBRIGATORIEDADE. Para fazer jus à compensação pleiteada, o contribuinte deve comprovar a existência do crédito reclamado à Secretaria da Receita Federal do Brasil, sob pena de indeferimento de seu pedido.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

Luiz Augusto do Couto Chagas - Presidente.

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto do Couto Chagas (Presidente), José Henrique Mauri, Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Valcir Gassen e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Trata-se de auto de infração eletrônico decorrente de auditoria em DCTF, consubstanciado na exigência de Cofins, no período de apuração de 01/04/97 a 30/06/97.

A DCTF de fls. 47/49 demonstra que o contribuinte fez autocompensação de tributos, deixando de recolher a Cofins ora em cobrança sob o pressuposto de possuir créditos do FINSOCIAL.

Conforme mencionado na DCTF, e comprovado pelas cópias dos autos judiciais, a Recorrente interpôs ação (processo nº 96.0310223-7), com pedido de tutela antecipada, visando à compensação do FINSOCIAL indevidamente recolhido acima da alíquota de 0,5% com débitos vincendos da COFINS.

O relatório da decisão recorrida traz outros detalhes do litígio:

Trata-se de lançamento consubstanciado em auto de infração, lavrado em 18/02/2002, em virtude de apuração de irregularidades quanto à quitação de débitos declarados em Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), para exigir da empresa acima identificada o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), código de receita nº 2172, concernente aos meses de abril a junho de 1997, no valor de R\$ 9.856,74, acrescida da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), na importância de R\$ 7.392,56 e dos juros de mora na quantia de R\$ 9.433,65.

Regularmente cientificada, a autuada ingressou com a impugnação de fls. 01/04, acompanhada dos documentos de fls. 05/66, por meio da qual fustiga a exigência ao argumento, em síntese, que os débitos aguardam extinção por compensação, na forma do artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, cujos créditos, oriundos de pagamentos a maior que o devido feitos à contribuição para o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), encontram-se em discussão nos autos da ação ordinária nº 96.0310223-7, tramitada na 2ª Vara da Justiça Federal de Ribeirão Preto/SP e que se encontra em grau de recurso perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região em face do decisório judicial monocrático ter declarado a decadência do direito de repetir, o que certamente virá a ser reformado na medida em que o prazo decadencial de cinco (5) anos ditados pelo artigo 168 do Código Tributário Nacional (CTN) deve ser contado a partir da data em que os créditos tributários do FINSOCIAL foram considerados extintos, o que se dá após cinco (5) anos do fato gerador, quando ocorreu a homologação tácita do lançamento, na forma do artigo 150, § 4º, desse codex.

Ao final, requereu o sobrestamento do feito, até o deslinde da questão posta ao Judiciário.

Analisando a impugnação, o Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto concluiu pela inexistência de erro de fato no lançamento, motivo pelo qual determinou a cobrança do crédito, fl. 87.

Interpretando que o despacho da autoridade fiscal constituir-se-ia em julgamento de primeira instância administrativa a interessada aviou a peça de fls. 108/129, denominando-a de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, onde reprisou as razões iniciais noticiando, ainda, que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou parcialmente procedente seu apelo, reconhecendo-lhe o direito à compensação de créditos do FINSOCIAL com débitos da COFINS, porém, pende julgamento de embargos declaratórios acerca da aplicação de juros SELIC sobre os créditos.

A 5ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto/SP considerou procedente o lançamento, com decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1997 a 30/06/1997

Ementa: AUDITORIA INTERNA NA DCTF. FALTA DE RECOLHIMENTO. COFINS. DISCUSSÃO JUDICIAL. LIMITES DA CONTENDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Os limites da discussão judicial, em tema de dispensa no recolhimento de tributos, devem ser criteriosamente observados pelo sujeito passivo, sob pena de lançamento de ofício, com incidência dos acréscimos legais.

Os fundamentos da decisão da DRJ foram:

1- O instituto da compensação regulamentado pelo artigo 66 da Lei 8.383, de 1991, é cristalino no sentido de permitir o encontro de contas pelo próprio contribuinte (autocompensação) desde que envolvidos tributos da mesma espécie, assim eventuais créditos do contribuinte a título de FINSOCIAL são inservíveis para a extinção de dívidas da Cofins, salvo se o procedimento for levado a efeito pela Receita Federal, a tanto autorizada pelo artigo 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

2- É certo que à época da apresentação da DCTF em 23/10/1997, a interessada possuía a antecipação de tutela autorizando-lhe a compensação, porém, como a própria recorrente noticia, referida concessão fora cassada em junho de 1998, de forma que remanesceu indevido o unilateral encontro de contas, pois flagrantemente contrário às normas contidas na Instrução Normativa SRF nº 21, de 10/03/1997, posteriormente alterada pela Instrução Normativa SRF nº 73, de 15/09/1997, a qual estipulou que em se tratando de créditos decorrentes de decisão judicial, é condição *sine qua non* que a sentença já tenha transitado em julgado.

3- Não foi comprovado o direito creditório no momento da compensação efetuada pelo contribuinte, ou seja, há que se aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial para que a compensação tenha efeito extintivo do crédito tributário.

4- Mesmo que houvesse concessão de medida liminar ou antecipação de tutela não teriam essas o condão de extinguir o crédito tributário pela compensação, mas tão somente o efeito de suspender a sua exigibilidade (CTN, art. 151, V), até que decisão definitiva (transitada em julgado) fosse proferida.

Em sentido contrário, no recurso voluntário, o contribuinte:

1 - Alega que a matéria relativa à inconstitucionalidade do FINSOCIAL encontra-se devidamente pacificada nos tribunais, que reconhecem o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos.

2 - Deve ser julgado totalmente improcedente o lançamento, cancelando a cobrança, em razão da situação prevista no art. 156, II, do CTN.

3 - Requer o reconhecimento da inaplicabilidade da Taxa SELIC, por não encontrar respaldo jurídico para sua aplicação.

4 - Requer seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 75%, devendo a mesma ser redimensionada para 20% em conformidade com o art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, retificando-se o auto de infração lavrado.

Em sessão plenária de 27/06/2006, por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário, o Segundo Conselho de Contribuintes decidiu - por maioria de votos - anular o processo *ab initio* por considerar o lançamento insubsistente por falta de motivação. O acórdão 202-17.140 foi lavrado com a seguinte ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. AUDITORIA DCTF.

Descrição insuficiente de fatos. Nulo o processo eis que não atendidas às formalidades prescritas em lei. Processo anulado ab initio.

A PGFN propôs Recurso Especial que, após a interposição de agravo contra r. decisão que lhe havia negado seguimento, foi admitido. Por sua vez, em 30 de agosto de 2011, a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no acórdão nº 9303-001.600, acolheu o recurso do procurador, decretando a validade do auto e de todo o processo administrativo, nestes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1997 a 30/06/1997

Lançamento de Ofício. Formalidades Legais Observadas. Nulidade não caracterizada. A descrição inequívoca da infração imputada ao sujeito passivo, e a observância, na lavratura da exigência fiscal, das formalidades legais do auto de infração, asseguram a ampla defesa e o contraditório, o que, de per si, afasta qualquer possibilidade de se decretar a nulidade do lançamento por cerceamento de direito de defesa, ainda mais quando tal nulidade não foi suscitada pela parte interessada, única legitimada a fazê-lo, visto que o direito à decretação da nulidade por cerceamento de defesa é personalíssimo, somente aquele que teve seu direito cerceado é que pode alegá-lo.

Recurso Especial do Procurador Provido.

Enfim, a Câmara Superior afastou a nulidade declarada no acórdão do recurso voluntário e determinou o retorno dos autos ao órgão julgador *a quo* para o enfrentamento das demais questões devolvidas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme relatado, a controvérsia principal destes autos é a possibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial, pois a compensação fora amparada em tutela antecipada posteriormente cassada, mas com decisão final a favor do pleito do contribuinte.

A Recorrente interpôs ação (processo nº 96.0310223-7), com pedido de tutela antecipada, visando à compensação do FINSOCIAL indevidamente recolhido acima da alíquota de 0,5% com débitos vincendos da COFINS. O juízo concedeu a tutela antecipada, autorizando a compensação, oportunidade em que o contribuinte a efetuou.

Todavia, a sentença acolheu a preliminar de decadência, alegada pela União Federal, cassou a tutela antecipada e julgou extinto o processo. O lançamento foi lavrado com base em crédito inexistente a compensar, visto que a liminar que sustentava a ação do contribuinte fora extinta. Saliente-se que a existência da ação estava consignada nas DCTFs que registraram a compensação e, portanto, sua existência consta do bojo do auto de infração respectivo.

Posteriormente, a apelação da empresa foi julgada parcialmente procedente, com decisão assim ementada:

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. ART. 170 DO CTN COMBINADO COM ART. 66, § 1º DA LEI Nº 8.383/91. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. TAXA SELIC.

1. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, o contribuinte poderá compensar esses valores com débitos referentes a contribuições da mesma espécie. Inteligência do § 10 do art. 66 da Lei nº 8383/91 combinado com o art. 170 do CTN.

2. FINSOCIAL sujeita-se ao lançamento por homologação e, não se dando esta, impossível cogitar em extinção do crédito tributário.

3. Fundando-se o pedido em inconstitucionalidade de norma reconhecida incidentalmente pela Corte Suprema, o termo inicial do lapso prescricional quinquenal devese ater à data da publicação da primeira-decisão-proferida.

4. Tendo sido declaradas inconstitucionais, por maioria de votos, as majorações de alíquotas do Finsocial para as empresas mercantis, comerciais e mistas, excedentes do percentual de

0,6% no ano de 1988, e 0,5% a partir de 1989, (RE nº 150.764-1/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.92), decisão essa publicada no D.J., em 02.04.93, dessa data ter-se-á o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de cinco anos.

5. Como medida de equidade de relacionamento entre o fisco e o contribuinte, a correção monetária deverá ser feita pelos índices oficiais utilizados pela Receita Federal para correção de seus créditos, esclarecendo que não são devidos juros de mora.

6. Incabível a aplicação da taxa Selic no instituto da compensação de créditos fiscais, preconizada pela Lei nº 9.250/96, porquanto o elemento vetor de sua utilização é econômico e não jurídico.

7. No período compreendido entre jan/96 a dez/2000, o fator de correção a ser utilizado nos créditos a serem compensados é a UFIR; e de jan/2001 em diante, o IPCA-E, divulgado pelo IBGE, na forma do Provimento nº 26, de 10.09.2001, da Egrégia Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região.

8. A teor do disposto no art.462 do CPC, é mister que se observe a norma disposta no artigo 170-A do CTN, na redação que lhe emprestou a Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, por força da qual, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

9. Sucumbência recíproca nos termos do art. 21 do CPC.

10. Apelação parcialmente provida.

Dessa decisão, a empresa interpôs Embargos de Declaração para sanar omissão quanto à ofensa ao art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, no tocante à aplicabilidade da taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

Ressalte-se a inexistência nestes autos de cópia da decisão final desses embargos, inclusive, não há nestes autos, tampouco, a comprovação do trânsito em julgado do processo judicial original.

Assim, a ausência da compilação das peças finais do processo judicial a este processo administrativo, acarretou o desconhecimento do conteúdo da parte dispositiva final a que faz jus o contribuinte quanto à compensação dos créditos do FINSOCIAL com a COFINS; bem como o desconhecimento dos índices de correção a serem aplicados ao indébito.

Quanto à observância do trânsito em julgado para a compensação, o STJ julgou em sede de recurso repetitivo, no REsp 1.167.039 – DF (DJ 02/09/2010), que a vedação do art. 170-A do CTN não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. É o caso destes autos, que foram propostos em 1996.

Todavia, é imperiosa a observância do decidido neste caso concreto. Observe-se novamente o tópico 8 da Apelação:

8. A teor do disposto no art.462 do CPC, é mister que se observe a norma disposta no artigo 170-A do CTN, na redação que lhe emprestou a Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, por força da qual, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

Assim, a decisão do processo da Recorrente expressamente vedou a compensação antes do trânsito em julgado.

Por outro lado, entendo que não constam nestes autos a escrituração dos valores e a base de cálculo do FINSOCIAL, do período de apuração de 01/09/1989 a 30/11/1991, relativo à parcela excedente à aplicação da alíquota de 0,5%, como condição necessária para apurar o saldo credor de pagamento como líquido e certo.

A compensação tributária somente é possível, se demonstrada a liquidez e certeza dos créditos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, conforme a prescrição do art. 170 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Pelas peças judiciais acostadas aos autos a Recorrente foi autorizada a compensar os valores recolhidos indevidamente ao FINSOCIAL com valores vincendos da COFINS. Entretanto, a autorização no que se refere ao "quantum", este deve ser verificado pela fiscalização através da escrita fiscal do contribuinte e dos pagamentos comprovados. Como bem ressalta a decisão judicial, não está vedada, em decorrência de decisão judicial, a prática de quaisquer atos administrativos que devam ser praticados pela Receita Federal, cabendo ao Poder Judiciário autorizar o procedimento da compensação, mas à autoridade administrativa cabe a verificação da liquidez e certeza do crédito.

Alegação da confiscatoriedade da multa aplicada

Todos os traços da multa aplicada estão previstos em lei, atendendo ao princípio da legalidade, nos termos dos art. 5º, II e 37, *caput* da Constituição e art. 97 do CTN.

Cumpre salientar que, de acordo com o parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Dessa forma, constatada a falta de liquidez e certeza de créditos da compensação, a autoridade fiscal não só está autorizada como, por dever funcional, está obrigada a proceder ao lançamento de ofício da multa pertinente, que neste caso foi de 75%.

A caracterização da multa como efeito confiscatório implica em análise de constitucionalidade, o que encontra óbice na Súmula CARF nº 02, dispõe que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, deve ser afastado também esse pleito da Recorrente.

Aplicação da Taxa Selic

O CTN, no art. 161, estabelece que os juros moratórios serão de 1% quando não houver lei tributária que disponha em sentido contrário. Mas a Lei nº 9.430/96 prescreve no parágrafo 3º do art. 61, a Taxa SELIC como os juros a serem aplicados, a partir de 01 de janeiro de 1997, aos débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administradas pela RFB. Ademais, nessa matéria cumpri colacionar também a Súmula nº 4 do CARF:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante disso, a Taxa SELIC deve ser utilizada como indicadora dos juros moratórios, porquanto excepciona a regra contida no art. 161 do CTN, afastando-se o pleito da Recorrente de inaplicabilidade desse índice.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, 27 de abril de 2017.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Processo nº 10840.001338/2002-11
Acórdão n.º **3301-003.618**

S3-C3T1
Fl. 256
