



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 28 / 07 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

Recorrente : **MATTARAIA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**
Recorrida : **DRJ em Ribeirão Preto - SP**

COFINS. PAF. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Só resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa quando se verifica que o autuado, ciente do lançamento de ofício, não conseguiu identificar as razões da autuação, o que, *in casu*, não ocorreu.

ATIVIDADE DE LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA.

Nas atividades inerentes à constituição de créditos da Fazenda Nacional administrados pela Secretaria da Receita Federal não se aplicam aos Auditores Fiscais da Receita Federal quaisquer limitações relativas à habilitação profissional.

MULTA DE OFÍCIO.

É devida a exigência de multa de ofício nos casos em que a tutela antecipada concedida não assegurou a compensação de tributos de diferentes espécies, e a sentença judicial está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

JUROS DE MORA.

Nos lançamentos de créditos tributários relativos à matéria discutida judicialmente, se não restar provado que houve depósito integral efetuado em data anterior ou coincidente com o vencimento da obrigação tributária, são devidos os juros de mora, por expressa previsão legal.

TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, deve ser acrescida de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic. Tal procedimento, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **MATTARAIA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antonio Mario de Abreu Pinto, Serafim Fernandes Corrêa, Sérgio Gomes Velloso, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

Recorrente : MATTARAIA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

Mattaraia Engenharia Indústria e Comércio Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 302/322, contra o Acórdão nº 2.777, de 27/11/2002, prolatado pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, fls. 268/277, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração da Cofins, fls. 1/3.

Por ser suficientemente elucidativo, adoto como meu o relatório da autoridade julgadora de primeira instância que passo a transcrever:

“Versa o presente processo sobre Auto de Infração (fls. 01 a 10) relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins lavrado contra a empresa em epígrafe e decorrente de Ação Fiscal para verificação do cumprimento das obrigações tributárias, no qual foi apontada como irregularidade a falta de recolhimento de referida contribuição.

Consoante o descrito no Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 230/231) ao analisar os documentos contábeis e fiscais apresentados pela empresa constatou-se irregularidades nos recolhimentos da contribuição, cujos valores foram devidamente confirmados nos registros informatizados SINAL 08. Tais verificações, em resumo, foram assim explicadas:

1. Não foram encontrados recolhimentos nos meses de 07/99 e 08/99, nos seguintes valores: R\$ 4.091,25 e R\$ 4.196,16 respectivamente.

2. Foram realizados recolhimentos a menor, no período 03/98 até 06/99, em razão de compensação com valores recolhidos a maior de contribuição para o PIS, de acordo com o processo judicial nº 96.0310726-3, que apresenta a seguinte situação:

A contribuinte propôs Ação Ordinária Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária concomitante com pedido de compensação de créditos tributários e Antecipação de Tutela contra a União Federal, para que fosse declarada Inexistência de Relação Jurídica Tributária, entre as partes, face da exigência da contribuição do PIS, com os recolhimentos subseqüentes, inclusive com os parcelamentos, se houvessem, do PIS e da Cofins.

A Tutela Antecipada foi concedida em 12/11/97, para que a empresa procedesse à compensação dos valores excedentes recolhidos a título de PIS, sob a vigência dos indigitados diplomas legais, com as contribuições da mesma exação.

Em sentença favorável o MM. Juiz Federal reconheceu o direito à compensação dos valores já recolhidos a título de PIS exclusivamente com as contribuições devidas do próprio PIS, no quinquênio anterior à distribuição da ação, acrescidos de juros. Consta também a autorização para a compensação do excedente recolhido a título de PIS com a COFINS, no que deve ser observada a providência aludida no artigo 15, § 1º, da IN/SRF nº 21 de 1997.



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

Em conclusão, como o processo judicial em comento não havia transitado em julgado, lavrou-se o auto de infração para a constituição do crédito tributário referente à Cofins correspondente aos meses de 04/98 até 06/99, sem exigibilidade suspensa, de acordo com o que determina a tutela antecipada, até que o julgamento seja confirmado pelo tribunal. Exigiu-se também a Cofins correspondente aos meses de 07/99 e 08/99, por falta de recolhimento.

Foram lançados os valores de Cofins de R\$ 74.538,07, multa de ofício de R\$55.903,51; e juros de mora de R\$ 13.334,45; totalizando um crédito tributário de R\$143.776,03. O enquadramento legal da exigência está descrito nos documentos de fls.02/03, e 10.

Ciente do lançamento, a contribuinte, por meio de seu representante legal, Sr. Lincoln Mattaraia, ingressou com impugnação, de fls. 237 a 240, na qual, em resumo, fez as seguintes considerações:

1. A empresa, que é prestadora de serviços, com exclusividade no ramo da construção civil, portanto sujeita ao recolhimento do PIS com base na Lei Complementar 7/70 (Pis-Repique); interpôs ação ordinária com pedido de antecipação de tutela - processo nº 96.0310726-3, visando à compensação do excedente recolhido indevidamente a título de PIS, obtendo sentença favorável e tutela antecipada para proceder à compensação.

2. Em preliminar, entende a requerente que o Auto de infração não tem fundamento, haja vista que a matéria está 'sub-judice', em face da ação judicial proposta, que se encontra em grau de recurso junto ao TRF. Ademais a compensação se deu por expressa autorização do Decreto Federal nº 2.138/97 regulamentado pela IN 21/97, que autoriza a compensação de tributos e contribuições federais administrados pela SRF, independentemente da destinação constitucional. Assim, entende a requerente que não cometeu nenhuma infração que ensejasse a lavratura do auto de infração, uma vez que os atos até então praticados o foram sob o manto de "Liminar Judicial em Antecipação de Tutela" concedida nos autos do processo encimado.

3. De qualquer maneira a requerente impugna os valores constantes do auto de infração, pela complicada forma utilizada, pelo agente fiscalizador, para a apuração dos valores e dos prazos de recolhimentos, supostamente utilizados pela requerente quando do pagamento do principal. Fica difícil senão impossível exercer a requerente seu sagrado direito de defesa.

4. No mérito impugna o lançamento pelas seguintes razões:

a) A correção monetária exigida com base na TR ou TRD, consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

b) Inaplicabilidade de multa de 75% porque a requerente não incorreu em nenhuma penalidade, posto que está autorizada por medida judicial emanada de tutela antecipada e sentença, de forma que o crédito, se devido, ficou suspenso até decisão final da ação, conforme se depreende do art. 151, c/c. art.138 CTN.

Por fim, solicitou provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidas, especialmente por PERÍCIA, e também por refazimento de planilhas, auditorias, expedições de ofícios, diligências e demais atos necessários ao deslinde da questão.

O processo foi encaminhado à DRF de origem para aplicação do ADN nº 03 de 1996, no entanto, verificou-se, posteriormente, a existência de argumentos não levantados no processo judicial, tais como cerceamento do direito de defesa, não aplicabilidade da TRD como correção monetária e a não aplicabilidade dos acréscimos legais, já que a

deu

deu



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

compensação estaria sendo apreciada judicialmente. Por essas razões, o processo foi distribuído para apreciação e julgamento.

É o relatório."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP manteve o lançamento, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1998, 1999.

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

JUROS DE MORA. TAXA REFERENCIAL SELIC.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. ILEGALIDADES. INCONSTITUCIONALIDADES.

O artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, alude expressamente a juros (equivalentes à taxa referencial do sistema Selic), e não à correção monetária. Os juros de mora, com base na taxa SELIC, encontram previsão em normas regularmente editadas, não tendo o julgador administrativo competência para apreciar arguições de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, pelo dever de agir vinculadamente às mesmas.

Lançamento Procedente".

Ciente da decisão de primeira instância em 27/12/2002, fl. 284, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 27/01/2003, onde, em síntese, argumenta:

1) cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de clareza e exatidão do feito fiscal;

2) falta de habilitação profissional da autoridade autuante;

3) impossibilidade de inscrição do crédito tributário ora exigido, em dívida ativa, por ter sido ajuizada ação judicial em que se discute a possibilidade de compensar o PIS com a Cofins;

4) ilegalidade da aplicação dos juros de mora e da multa, tendo em vista que não incorreu em mora, pois no período de 04/98 a 06/99 estava amparada por decisão judicial em ação ajuizada antes do vencimento dos supostos débitos; e

5) impossibilidade de aplicação da taxa Selic, por violação ao princípio da legalidade.

Por fim, pede pela reforma da decisão recorrida, para que sejam acolhidas as preliminares levantadas, julgando-se nulo de pleno direito o presente lançamento e, no mérito, seja considerado improcedente o lançamento nos tópicos elencados nesta peça recursal.

À fl. 327, consta despacho informando acerca da existência de processo de arrolamento de bens (Processo nº 10840.000133/00-11), formalizado por ocasião da lavratura do

DA

5

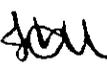


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

auto de infração, que serve também para fins de seguimento do presente recurso a este Colegiado.

É o relatório.  



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Analisando as preliminares aduzidas, temos:

1º) Cerceamento do direito de defesa – só resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa quando se verifica que a autuada, ciente do lançamento de ofício, não conseguiu identificar as razões da autuação, o que, *in casu*, não ocorreu, tendo em vista seus argumentos trazidos aos autos tanto na impugnação como no recurso.

Ademais, de acordo com o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não se trata de causa de nulidade do lançamento de ofício.

Entretanto, ainda convém esclarecer que não procedem as razões alegadas pela recorrente de que falta clareza e exatidão ao feito fiscal, pois de uma simples leitura desse, é fácil perceber que os valores considerados como bases de cálculo para as autuações, que constam à fl. 3, estão detalhados na planilha à fl. 11, e foram retirados do Livro Razão Periódico que consta às fls. 33/40, e ainda, tendo em vista todas as considerações efetuadas pela autoridade autuante em seu Termo de Encerramento de Ação Fiscal, fls. 230/231, percebe-se exatamente o objeto e as causas da autuação, cujo enquadramento legal também está previsto no auto de infração.

Portanto, sob este aspecto, descabe falar-se em nulidade do lançamento fiscal.

2º) Falta de habilitação profissional da autoridade lançadora – também sob este argumento o auto de infração persiste irretocável. É que inexiste norma legal que restrinja a atividade de fiscalização das obrigações tributárias e, por via de consequência, a atividade de lançamento do crédito tributário, à determinada especialização.

Neste sentido, convém trazer à tona o que dispõe o Código Tributário Nacional, no tocante à atividade de fiscalização:

“Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

(...)

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais, ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.” (grifou-se)

Da mesma forma, quando regulamentou a atividade de lançamento, não cuidou o legislador do CTN de promover qualquer limitação quanto à formação profissional da autoridade lançadora, como se pode depreender do art. 142, *verbis*:



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

“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.”

Sob a ótica da legislação que regulamenta a carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal, desde a Medida Provisória nº 1.915/99, passando pela MP nº 2.093/2000 e reedições, seguidas da MP nº 2.175/2001 e reedições, que foi convertida na Lei nº 10.593, de 2002, fica também evidente que o legislador ordinário, em momento algum, estabeleceu a prerrogativa de habilitação junto ao Conselho Regional de Contabilidade como requisito para o exercício do cargo e, uma vez integrante da carreira, restará cumprida a exigência a que se refere o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, a que se referiu a recorrente.

Assim, para exercer a profissão de Auditor-Fiscal é exigida tão-somente a formação superior em qualquer ciência, tendo em vista que se trata de um cargo público, cujo objetivo é verificar o cumprimento das obrigações fiscais de todos os contribuintes, e não só dos que têm escrituração contábil, e ainda, a auditoria fiscal pode, inclusive, basear-se em informações obtidas fora da empresa, tais como: saldo de fornecedores, de clientes, de bancos, informações cadastrais junto a outras repartições federais, estaduais ou municipais.

Coadunando com o pensamento ora manifestado, está a jurisprudência deste Conselho de Contribuintes, que abaixo transcrevo:

“PAF. ATIVIDADE DE LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA.

Nas atividades inerentes à constituição de créditos da Fazenda Nacional administrados pela Secretaria da Receita Federal não se aplicam aos Auditores Fiscais da Receita Federal quaisquer limitações relativas à profissão de contador.” (Ac. nº 201-76.478, de 16/10/2002 – Rel. Cons. Josefa Maria Coelho Marques)

“AUDITORIA CONTÁBIL-FISCAL HABILITAÇÃO EXIGIDA. A competência dos agentes do Fisco para procederem auditorias contábil-fiscal decorre do exercício regular das funções inerentes ao Cargo de Auditor Fiscal, e prescinde de habilitação específica em contabilidade ou de inscrição na entidade de Classe representativa de contadores.” (Ac. nº 202-14.635, de 18/03/2003 – Rel. Cons. Henrique Pinheiro Torres)

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRELIMINARES DE NULIDADE: 1) VERIFICAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. COMPETÊNCIA DOS AUDITORES-FISCAIS DO TESOURO NACIONAL - Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional são os agentes públicos competentes para, a partir do exame dos livros e documentos da contabilidade do contribuinte, aferir a regularidade destes em face da legislação tributária.” (Ac. nº 203-08.674, de 25/02/2003 – Rel. Cons. Maria Teresa Martinez Lopes)

3º) Impossibilidade de inscrição do débito em dívida ativa – de acordo com a decisão que concedeu a tutela antecipada, fls. 104/107, foi deferida a tutela para compensar os valores excedentes recolhidos a título de PIS com as contribuições da mesma exação. A possibilidade de compensar Cofins com os recolhimentos a maior de PIS somente foi

MU



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

reconhecida pela sentença às fls. 108/119, sujeita, portanto, ao duplo grau de jurisdição, e, ainda assim, "*mediante comunicado à Receita Federal*".

Ocorre que tal comunicado não foi feito, e, como a decisão judicial que reconheceu a possibilidade de compensação não possuía eficácia, nos termos do art. 475 do CPC, o lançamento torna-se devido.

Em sendo legítimo o lançamento, e não se tratando de hipótese de exigibilidade suspensa, pois a antecipação de tutela, como já esclarecido, não se reportou a compensações entre tributos de diferentes espécies, não se pode impedir sua inscrição em dívida ativa.

No mérito, a discussão cinge-se na cobrança da multa de ofício e juros de mora, e estes, calculados tomando por base a taxa Selic.

No tocante à multa de mora, em razão das considerações tecidas acima, quando da apreciação da possibilidade de inscrição dos débitos em dívida ativa, resta clarividente que, afastada a situação de exigibilidade suspensa, é devida a cobrança da multa de mora nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, de forma que inexistente previsão legal que autorize a cobrança do presente lançamento sem a exigência da aludida multa.

Da mesma forma, por expressa previsão legal, qual seja o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, são devidos os juros de mora.

Com efeito, ao optar pela via judicial, a contribuinte afastou a apreciação da matéria das instâncias julgadoras administrativas; logo, não se pode aqui discutir a existência ou não dos créditos compensados, devendo prevalecer o que foi discutido no âmbito judicial. Entretanto, a recorrente não dispõe de tutela antecipada, nem de decisão judicial eficaz para lhe autorizar as referidas compensações, logo, como não poderia ter efetuado tais compensações, os débitos compensados passam a ser devidos, e sobre estes há previsão legal de incidência da multa de ofício e dos juros de mora.

Urge esclarecer, entretanto, que se a recorrente tivesse promovido depósitos judiciais da Cofins e se estes fossem tempestivos, isto é, se tivessem sido efetuados antes ou em data coincidente com os vencimentos dos débitos exigidos no presente processo, descaberia a cobrança dos aludidos juros. Porém como esta hipótese não foi levantada nem pela fiscalização, nem pela parte recorrente, entendo que não ocorreu no presente caso.

Quanto à alegada violação ao princípio da legalidade, no que diz respeito à cobrança dos juros de mora em razão da taxa Selic, informo à recorrente que o art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao ressaltar: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês". (grifei)

Como a Lei nº 9.430/96 estabeleceu em seu art. 61, § 3º, de modo diverso, prevalecerá o que ela dispôs, ou seja: "*Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento*".

Onde o art. 5º, § 3º, desta Lei, dispõe: "*As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo*

SEM



Processo nº : 10840.004978/99-43
Recurso nº : 122.755
Acórdão nº : 201-77.506

mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.”

Importante, ainda, acrescentar que, ao teor do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, salvo nos casos expressamente ali previstos, é defeso a este Colegiado afastar lei vigente ao argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade, de sorte que devem ser mantidas as exigências relativas aos juros de mora cobrados pela taxa Selic, por expressa previsão legal.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004.

Adriana Gomes Rego Galvão
ADRIANA GOMES REGO GALVÃO