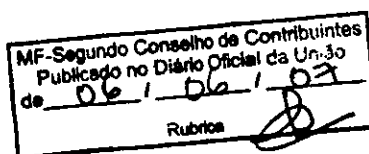




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10855.000666/00-34
Recurso n°	133.519 Voluntário
Matéria	Cofins - Auto de Infração
Acórdão n°	203-11.421
Sessão de	20 de outubro de 2006
Recorrente	MATERCOL MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES E TRANSPORTES LTDA.
Recorrida	DRJ/RIBEIRÃO PRETO-SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 30/11/1997 a 31/12/1997, 31/01/1998 a 31/12/1998

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. LAVRATURA. LOCAL DA FALTA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A lei determina que a lavratura do auto de infração deve ser feita no local de verificação da falta, o que não implica na obrigatoriedade de efetuar o ato nas dependências da empresa fiscalizada.

COMPETÊNCIA. AUDITOR-FISCAL. REGISTRO NO CRC.

A competência do auditor-fiscal para fiscalizar tributos federais provém da lei e do concurso público que antecedeu sua nomeação e não de registro no CRC.

COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. DÉBITOS NÃO RECOLHIDOS EM FACE DE COMPENSAÇÃO CUJO CRÉDITO NÃO FORA RECONHECIDO. DCTF. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Procedente o lançamento de ofício de débito que ficara em aberto por conta de compensação efetuada sem o reconhecimento do direito ao crédito (Finsocial) correspondente. Por outro lado, deve ser realizado o encontro de contas em face de decisão administrativa que reconheceria o direito à parte do crédito (PIS/Pasep) oferecido para a compensação,

observando-se ainda os efeitos de decisão judicial em fase de apelação no STJ.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. FATOS.
DESCRIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Restando evidenciado que a descrição dos fatos e do enquadramento legal foram suficientemente claros para propiciar o entendimento da infração imputada e o seu embasamento legal, descabe acolher alegação de nulidade do auto de infração.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

O pedido de cancelamento da multa de ofício, por supostamente ter caráter confiscatório, não pode ser conhecido no âmbito administrativo, tendo em vista que o exame da constitucionalidade da norma transborda a competência dos Conselhos de Contribuintes.

JUROS DE MORA.

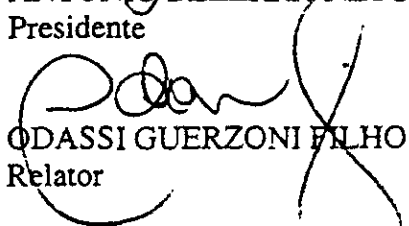
Os tributos e contribuições arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, pagos após a data de vencimento, estão sujeitos a juros de mora calculados segundo a legislação vigente.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.


ANTONIO BEZERRA NETO
Presidente


ODASSI GUERZONI FILHO
Relator

Processo n.º 10855.000666/00-34
Acórdão n.º 203-11.421

CC02/C03

Fls. 238

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/inp

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida de fls. 141/156.

"(...)

Contra a empresa acima qualificada, foi emitido o auto de infração às fls. 01/07, em virtude da apuração de falta de recolhimento das contribuições para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), conforme descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 02/03.

Segundo constou dos autos, a interessada deixou de recolher as contribuições devidas nos meses de competência de novembro de 1997 a dezembro de 1998.

Na realidade, as contribuições daqueles períodos foram compensadas de forma indevida pela interessada, tendo em vista o indeferimento do seu pedido de restituição/compensação dos indébitos utilizados por ela, processo administrativo n.º 10855.000437/98-51.

Assim, o auditor-fiscal autuante as glosou e lavrou o presente auto de infração, exigindo-as por meio de lançamento de ofício, acrescidas das cominações legais, juros de mora e multa.

De acordo com os demonstrativos de apuração da Cofins de fls. 04/05 e de multa e juros de mora de fls. 06/07, o crédito tributário constituído totalizou R\$70.469,44, sendo R\$33.101,17 de contribuições, R\$12.542,46 de juros de mora calculados até 29/02/2000 e R\$24.825,81 de multa proporcional passível de redução.

A base legal do lançamento foi quanto à contribuição: Lei Complementar (LC) n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, arts. 1º e 2º; aos juros de mora: Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, art. 13, e Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 61, § 3º; e à multa proporcional: LC n.º 70, de 1991, art. 10, parágrafo único, Lei n.º 8.218, de 29 de agosto de 1991, art. 4º, I, e Lei n.º 9.430, de 1996, art. 44, I, c/c a Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 106, II, c.

Devidamente cientificada do lançamento, a interessada apresentou a impugnação de fls. 91/110, requerendo a esta DRJ, preliminarmente, a nulidade do lançamento e, no mérito, que o julgue insubsistente pela inexistência de causas legais e legítimas que lhes dêem embasamento, alegando, em síntese, que:

I – Preliminares de nulidade do lançamento

1.1 – Auto de infração lavrado fora do estabelecimento do contribuinte

A lavratura do auto de infração fora do seu estabelecimento ou do local onde houve a suposta infração contrariou a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), art. 37, caput, e o Código Tributário Nacional (CTN), art. 142 e seu parágrafo único, bem como o Código Civil, arts. 145, II, IV; e 146 e seu parágrafo único.

1.2 – Exame de escrita e levantamentos contábeis

O exame de escrita e levantamentos contábeis e fiscais com base em verificação de livros, lançamentos e documentos são trabalhos privativos de contador habilitado no Conselho Regional de Contabilidade, segundo estabelecem o Decreto-lei n.º 9.295, de 1946, arts. 10, 12, 25, c, e 26, e a Lei n.º 6.385, de 1976, art. 26 e §§. Assim, se o autuante não for legalmente habilitado ao exercício da profissão de contador não poderia ter lavrado o presente auto. Portanto, os atos dele decorrentes também são nulos, nos termos da CF/1988 e CTN, arts. 141, 142 e seu parágrafo único, e 144.

1.3 – Da inexigibilidade do auto e a imprecisão da narração dos fatos

No procedimento administrativo fiscal, a infração cometida por ela foi definida com sendo a falta de recolhimento da Cofins.

No entanto, os valores exigidos são objetos de pedido de compensação na esfera administrativa, processo n.º 10855.000437/98-51, cuja decisão final ainda não foi prolatada pelo 2º Conselho de Contribuintes. Além do mais, há liminar em mandado de segurança, com sentença confirmada, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade das alterações introduzidas pelos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.448, ambos de 1988, na contribuição para o PIS, e indevidos os valores que excedam a exação na forma da LC n.º 7, de 1970, e, ainda, reconhecendo-lhe o direito de compensação do referido indébito, observada a prescrição quinquenal.

Dessa forma, o crédito tributário ora lançado encontra-se com sua exigibilidade suspensa por força do disposto no CTN, art. 151, III e IV.

Conforme se nota do auto de infração, o autuante não levou em conta a decisão judicial nem o recurso voluntário interposto para o 2º Conselho de Contribuintes contra a decisão que indeferiu seu pedido de restituição/compensação, se limitando a narrar que "...entre 11/97 a 12/98, não declarou em DCTF, efetuou compensação e não procedeu a recolhimentos."

Não houve narrativa sobre o recurso administrativo interposto, o que contraria o disposto no Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 10, III.

Além de parcial, na descrição dos fatos, equivocou-se o autuante ao denominar a infração como falta de recolhimento da Cofins.

Ressaltou, ainda, que os valores a pagar são semelhantes aos apresentados pela fiscalização e que não existe falta de pagamento e sim compensação.

1.4 – Falta de fundamentação legal

No presente caso, o autuante entendeu que houve infringência da LC n.º 70, de 1991, arts. 1º e 2º. Contudo, conforme demonstrado anteriormente, não houve falta de recolhimento e sim compensação de débitos. Também, no auto de infração, não foi levada em consideração a compensação efetuada por ela.

1.5 – Da inexistência de relação jurídico-obrigacional

O auto de infração deveria ter sido lavrado com toda clareza, sem rasuras ou emendas e conter: a) local, dia e hora da sua lavratura, com indicação das pessoas presentes; b) exposição detalhada dos fatos que hajam motivado a sua lavratura e das circunstâncias em que foram praticados ou verificados, com indicação das respectivas provas e os nomes e a qualificação das pessoas envolvidas; c) capitulação legal da infração ou infrações cometidas por ela; e d) a sua ciência.

Os fatos teriam sido narrados parcialmente, portanto, não condizentes com a realidade. O autuante sequer teria mencionado a existência de recurso no processo administrativo onde estão declarados todos os débitos lançados.

Por meio dos documentos em anexo, nota-se que ela declarou seus débitos por meio dos processos n.º 10855.000437/98-51 e n.º 10855.002744/97-40.

Assim, em razão da imprecisão na descrição dos fatos, concluiu-se que inexistia a relação jurídico-obrigacional.

1.6 – A falta de provas

Segundo seu entendimento, o crédito tributário ora exigido foi extinto por compensação nos termos do CTN, art. 156. II. A compensação efetuada por ela se deu nos termos da Lei n.º 8.383, de 1991, art. 66. Para comprovar que o crédito tributário não foi extinto por compensação, o autuante deveria comprovar por meio de uma decisão final desfavorável àquela. Isso não foi feito.

Assim, até decisão final a ser proferida pelo Conselho de Contribuintes, não se poderá comprovar que a autuada deixou de recolher as contribuições ora exigidas. Também, por este motivo e com fundamento na CF/1988, art. 5º, LIV e LV, o presente auto de infração deverá ser anulado.

1.7 – Crédito tributário constituído duplamente

Como a Cofins está sujeita ao lançamento por homologação, nos termos do CTN, art. 156, no presente caso, a constituição do crédito tributário já foi realizada por ela própria por meio da formalização de um processo administrativo visando à compensação dos débitos ora exigidos.

O processo administrativo de compensação, per si, já é suficiente e eficaz para se apurar o crédito tributário em favor da União. Havendo uma decisão favorável à interessada, quanto à compensação pleiteada, o crédito não poderá ser exigido. Por outro lado, uma decisão desfavorável a ela, implicará a remessa do processo administrativo à Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) para a conseqüente inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal.

1.8 – O princípio da impessoalidade do ato administrativo

O lançamento não teria observado o princípio da impessoalidade, pois ao invés de abranger todas as empresas de um determinado ramo, por exemplo, supermercados, hipermercados, mercearias ou mercadinhos,

isto não ocorreu nem ficou provado, pois não se conhecem autos de infração lavrados contra os hiper e supermercados, após o desencadeamento desta operação.

Não se comprovando a existência da generalidade e da universalidade da "operação de fiscalização", em relação a todos os contribuintes do ramo da autuada, não há como fugir do tratamento tributário diferenciado. Como a Receita Federal possui todas as informações necessárias a fiscalizações de contribuintes (DCTFs e DIRPJs), se entender que existem diferenças, deveria obrigatoriamente (CTN, art. 142) efetuar lançamentos contra todos e não somente contra ela.

1.9 – O devido processo legal antes do lançamento

Deveria ter sido intimada, antes da lavratura do presente auto de infração, a prestar esclarecimentos sobre as diferenças apuradas e a falta de recolhimento detectadas. Isto não ocorreu. Nenhuma intimação foi feita neste sentido.

A CF/1988, art. 5º, garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Como não foi intimada a prestar informações ou apresentar alegações, configurou um desrespeito ao princípio do devido processo legal, implicando cerceamento à defesa.

1.10 – A decisão judicial

Na decisão judicial na qual discute seu direito a repetição/compensação de indébitos do PIS, recolhidos nos termos dos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.449, ambos de 1988, excedentes à exação devida nos termos da LC n.º 7, de 1970, o MM Juiz Federal da 2ª Vara em Sorocaba, decidiu:

" ...

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido para o fim de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade das alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 2.445/88 e Decreto-lei n.º 2.449/88 na contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e indevidos os valores que excedam aos termos da exação na forma da LC n.º 7, de 7 de setembro de 1970, bem como declarar o direito de compensação do referido indébito cujas guias de recolhimento tenham sido carreadas aos autos com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal ...

... Concedo a segurança a fim de determinar à autoridade coatora que se abstenha de qualquer ato impositivo quanto à compensação efetuada, se nos termos desta sentença, ..."

É certo que cabe ao Fisco verificar se a compensação efetuada por ela está em consonância com a decisão judicial. Entretanto, isto está sendo feito por meio de um processo administrativo específico. Assim, a lavratura do presente auto de infração não observou a decisão judicial.

II – Mérito

II.1 – Da legalidade do seu crédito e a decisão judicial

2.

Afirmou que recolheu as contribuições para o PIS nos termos dos Decretos-lei n.º 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e com o afastamento de suas execuções pelo Senado Federal, essas contribuições tornaram-se devidas segundo as LCs n.º 7, de 1970, e n.º 17, de 1973.

A LC n.º 7, de 1970, art. 6º, parágrafo único, determina que o recolhimento de um mês deve ser feito com base no faturamento do sexto mês anterior. O despacho decisório proferido no processo de compensação foi devidamente impugnado porque os cálculos não foram efetuados de acordo com a decisão judicial. Daí, a conclusão da DRF em Sorocaba, pela inexistência dos débitos compensados.

No entanto, tem direito à repetição/compensação dos valores recolhidos a maior, resultante da semestralidade da base de cálculo dessa contribuição, prevista no art. 6º, parágrafo único da LC n.º 7, de 1970. Tudo isto reconhecido por sentença judicial e conforme tem decidido, também, o Conselho de Contribuintes.

II.2 – Dos juros de mora e correção indevidos

Como não há dívida para com a Fazenda Nacional, não houve atraso no recolhimento das contribuições, inexistindo, pois, a mora considerada no auto de infração. Logo a exigência de juros de mora e de correção monetária não tem qualquer causa legítima ou legal.

II.3 – Multa confiscatória

Conforme já argumentado, os débitos ora exigidos foram devidamente declarados e o crédito tributário foi constituído por ela própria. Assim, a multa de ofício não é cabível. Esta, além de indevida, assume caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente inconstitucional, ferindo a Constituição Federal de 1988, art. 150, IV.

Em virtude da sentença judicial favorável a ela, os débitos ora exigidos encontram-se suspensos nos termos do CTN, art. 151, IV, o que impediria o lançamento da multa. Ainda, de acordo com a Lei n.º 9.430, de 1996, art. 63, não cabe multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência.

II.4 – Crédito tributário inexistente

Mais uma vez, suscitou a nulidade do lançamento, porque o crédito tributário ora exigido já foi constituído anteriormente de outra forma, ou seja, por meio da formalização do pedido de compensação, processo administrativo n.º 10855.000437/98-51, em trâmite no 2º Conselho de Contribuintes. Um novo lançamento configura um mero arbitramento unilateral, sem a observância da legislação tributária.

II.5 – Inscrição e execução nulas

Afirmou, ao final, que se o crédito tributário ora exigido vier a ser inscrito na dívida ativa, tal inscrição será nula, e a própria execução fiscal daí originada estará eivada de nulidade, porque o título executório em que se escuda não tem origem legal pela ausência de prova material do fato gerador do tributo exigido nem valor legal.

É o relatório.”

O julgamento de primeira instância foi no sentido de dar provimento parcial ao lançamento e o Acórdão DRJ/RIBEIRÃO PRETO-SP nº 5.600, 14 de junho de 2004, está assim ementado:

"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

Os tributos e contribuições arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, pagos após a data do vencimento, estão sujeitos a juros de mora calculados segundo a legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA. EXCLUSÃO

Aplica-se retroativamente aos atos e fatos pretéritos não definitivamente julgados as normas legais que beneficiam o sujeito passivo, excluindo a multa no lançamento de ofício de crédito tributário lançado em face de compensações indevidas.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

Aplica-se ao crédito tributário constituído em virtude de glosas de compensações efetuadas com débitos fiscais, cujo pedido de repetição e/ ou compensação tenha sido indeferido em primeira instância, a suspensão da exigibilidade prevista na legislação tributária, ou seja, permanecerá até a decisão definitiva na instância administrativa do respectivo lançamento.

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora, que impeça o sujeito passivo de conhecer os dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

LANÇAMENTO. NULIDADE

É válido o procedimento administrativo desenvolvido em conformidade com os ditames legais."

Assim, rejeitou a DRJ todas as preliminares quando, inclusive, afirmou que fora cumprida a decisão judicial referida na impugnação (Mandado de Segurança nº 98.0901055-9), concedida para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88 e reconhecer o direito de compensação do indébito correspondente, conforme fls. 138/145.

No mérito, não conheceu da compensação alegada, objeto do Processo nº 10855.000437/98-51, em face do indeferimento dos pedidos nele contidos.

Cientificada da decisão em 12/07/2004 conforme Aviso de Recebimento (AR) à fl. 167, interpôs recurso voluntário a este Conselho em 11 de agosto de 2004 (fls. 168/192).

onde reitera a argumentação já apresentada na impugnação, acrescentando que a decisão recorrida não atende ao princípio da moralidade administrativa.

Referindo-se à compensação alegada, objeto do Processo n.º 10855.000437/98-51, relativa a indébitos por pagamentos a maior com base nos Decretos-Leis n.ºs 2.445/88 e 2.449/88, e do Processo n.º 10855.002744/97-40, aduz que no período lançado a empresa não possui débito, mas sim crédito.

Por fim, requer a interessada a nulidade do Auto de Infração, em razão da matéria preliminar argüida, ou, então, a sua insubsistência, por inexistência de causas legais e legítimas que lhes dêem embasamento.

Às fls. 193/194 consta o arrolamento de bens para seguimento do recurso.

É o Relatório.

0.

Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

Trata-se, portanto, de lançamento da Cofins dos períodos de apuração de novembro e dezembro de 1997 e janeiro a dezembro de 1998, pelo fato das compensações efetuadas pela empresa envolvendo tais débitos não terem sido homologadas pela Secretaria da Receita Federal, sendo que o lançamento se deu por não terem sido os mesmos declarados em DCTF e não recolhidos aos cofres da Fazenda.

A decisão de primeira instância afastou todas as prejudiciais de nulidade e de cerceamento do direito de defesa entendendo, quanto ao mérito, procedente o lançamento, exceção feita à **multa de ofício**, a qual foi excluída em decorrência da aplicação do princípio da retroatividade benigna das leis, a teor do artigo 106, II, do CTN e da vigência da Lei nº 10.833, de 29/09/2003, artigo 18.

Assim, nesta fase, o auto de infração está a exigir o valor original, acrescido dos juros moratórios, da Cofins dos períodos de apuração de novembro e dezembro de 1997 e janeiro a dezembro de 1998.

Preliminares

A recorrente afirma que o **Auto de Infração** foi lavrado fora do estabelecimento autuado, pelo que conteria vício insanável, tornando-o nulo. Todavia, a jurisprudência iterativa dos Conselhos de Contribuintes, aliada à melhor interpretação do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 - segundo o qual "*O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta*" -, não corroboram tal entendimento. O Auto de Infração não há de ser lavrado, necessariamente, no estabelecimento comercial. Desde que a autoridade administrativa possua os elementos necessários à "verificação da falta", ou da infração, na própria repartição fiscal - o que é comum acontecer, cabe ressaltar -, é perfeitamente possível a constituição do lançamento até mesmo sem qualquer visita às instalações físicas do autuado.

Quanto à **competência para o lançamento**, esta é privativa do Auditor-Fiscal da Receita Federal (AFRF), na forma da legislação em vigor. No âmbito dessa competência encontram-se os atos relativos à análise da escrita fiscal e contábil da pessoa fiscalizada, além de outros documentos, sob pena de impossibilidade do exercício da competência assegurada por lei. Como destacado pela decisão recorrida, assim atuando o Auditor-Fiscal não desempenha funções reservadas legalmente aos contadores habilitados, tais como confecção e assinatura de demonstrativos contábeis. Apenas se servem do trabalho produzido por esses profissionais.

O Auto de Infração atende plenamente ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Foi lavrado por servidor competente, possui todos os elementos exigidos, identifica a matéria tributada e contém o enquadramento legal correlato.

2.

No tocante à **alegação de ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia** - vislumbrada pela recorrente porque a fiscalização foi dirigida aos contribuintes do seu ramo comercial -, bem como do devido processo legal - porque a contribuinte não foi intimada, antes da autuação, para se pronunciar sobre as irregularidades detectadas pela fiscalização -, cabe reafirmar o entendimento da decisão recorrida, no sentido de que a atividade de fiscalização é plenamente vinculada e não houve qualquer tratamento antiisonômico, além de que o devido processo legal tem início com a impugnação, que instala o contraditório.

De todo modo, cabe aqui destacar que arguições de ofensa a princípios constitucionais, ou de inconstitucionalidades, é matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste processo administrativo. Inclusive, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie. Neste sentido já informa o art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

Destarte, e considerando ainda que o contribuinte exerceu plenamente o direito de defesa, demonstrando conhecer toda a matéria fática e de direito da autuação, deixo de conhecer as questões levantadas sobre inconstitucionalidade de leis e rejeito as preliminares de nulidade do lançamento argüidas.

Mérito

A Cofins objeto do presente lançamento se refere, como se viu, aos períodos de apuração de **novembro e dezembro de 1997 e janeiro a dezembro de 1998**.

Segundo se depreende do Termo de Constatação de fl. 88, o auto de infração foi lavrado porque *"...a empresa acima identificada não declarou em DCTF, efetuou compensação e não procedeu a recolhimentos."*

No Relatório da decisão recorrida, encontramos, à fl. 143: *"Na realidade, as contribuições daqueles períodos foram compensadas de forma indevida pela interessada, tendo em vista o indeferimento do seu pedido de restituição/compensação dos indébitos utilizados por ela, processo administrativo nº 10855.000437/98-51"*.

Ocorre, porém, que o exame dos pedidos de compensação de fls. 17/19 revela que os débitos da Cofins dos meses de novembro e dezembro de 1997 e janeiro de 1998 foram compensados, ou, indicam a origem do crédito de outro processo administrativo, qual seja, o de nº 10855.002744/97-40, diferentemente, portanto, do que afirmara a DRJ em seu relatório.

Esclareça-se que referido processo lastreia-se em crédito de Finsocial.

Portanto, somente os débitos da Cofins dos períodos de apuração de fevereiro a dezembro de 1998 é que foram compensados por meio do citado Processo Administrativo nº 10855.000437/98-51.

O quadro abaixo demonstra melhor o afirmado, ressaltando que os valores coincidem com os apurados pela fiscalização (fl. 84/85), havendo entre eles diferenças irrelevantes:

D.

Processo Administrativo	Crédito	Débitos da Cofins compensados				
		Período de apuração	Valor R\$	Vencimento do débito	Entrega Pedido	Folhas
10855.002744/97-40	Finsocial	Nov/97	1.255,13	10/12/97	10/12/97	17-121
		Dez/97	2.603,81	09/01/98	09/01/98	18-122
		Jan/98	2.409,79	10/02/98	10/02/98	30-123
10855.000437/98-51	PIS	Fev/98	2.415,92	10/03/98	10/03/98	31-125
		Mar/98	2.425,30	08/04/98	08/04/98	32-126
		Abr/98	2.603,55	08/05/98	08/05/98	33-127
		Mai/98	2.406,24	10/06/98	10/06/98	34-128
		Jun/98	3.103,10	10/07/98	08/07/98	35-129
		Jul/98	2.415,16	10/08/98	10/08/98	36-130
		Ago/98	2.447,21	10/09/98	10/09/98	37-131
		Set/98	2.402,99	09/10/98	09/10/98	38-132
		Out/98	2.400,86	10/11/98	10/11/98	39-133
		Nov/98	2.400,99	10/12/98	10/12/98	40-134
		Dez/98	1.805,52	08/01/99	11/01/99	41-135

O quadro também evidencia que a decisão quanto à procedência do auto de infração está na dependência do que tiver sido decidido nesses dois processos contendo pedidos de compensação dos débitos que acabaram por serem exigidos no lançamento.

→ **Processo 10855.002744/97-41: Crédito de Finsocial x Débitos de Cofins**

Os pedidos de compensação de débitos do Processo 10855.002744/97-41 foram indeferidos pela DRF de Sorocaba em fevereiro de 1998 (fls. 226/233). Inconformada, a empresa buscou guarida junto ao poder judiciário, não tendo, igualmente, obtido sucesso, com decisão final, inclusive, já transitada em julgado. Assim, não tendo sido reconhecido pela SRF o crédito no qual se basearam os pedidos para a compensação dos débitos dos períodos de apuração da Cofins de novembro e dezembro de 1997 e janeiro de 1998, mostra-se procedente o lançamento feito pelo fisco para exigi-los, devidamente excluída a multa de ofício, a teor da decisão neste ponto da DRJ.

→ Processo 10855.000437/98-51: Crédito de PIS x Débitos de Cofins

Por outro lado, no que se refere aos débitos da Cofins de fevereiro a dezembro de 1998, cujos pedidos de compensação estão atrelados ao crédito informado no Processo n.º 10855.000437/98-51, guardam os mesmos umbilical relação e de pendência do que for decidido na ação judicial n.º 98.0901055-9, que, em sede de Mandado de Segurança, teve sentença de primeiro grau prolatada em 6 de maio de 1998 nos seguintes termos (fls. 112/119):

“(…)

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido para o fim de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade das alterações produzidas pelo Decreto-lei n.º 2.445/88 e Decreto-lei n.º 2.449/88 na contribuição para o Programa de Integração Social – PIS/Pasep e indevidos os valores que excedam aos termos da exação na forma da LC n.º 7, de 7 de setembro de 1970, bem como declarar o direito à compensação do referido indébito cujas guias de recolhimento tenham sido carreadas aos autos com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observada a prescrição quinquenal, tudo nos termos da fundamentação. (grifei)

Conseqüentemente, CONCEDO A SEGURANÇA a fim de determinar à autoridade coatora que se abstenha de qualquer ato impositivo quanto à compensação efetuada, se nos termos desta sentença, garantida, todavia, a fiscalização quanto ao acerto do procedimento pelo contribuinte.

O valor do indébito deverá ser devidamente corrigido pela Ufir até dezembro/95 e após janeiro/96 pela taxa Selic, mais juros moratórios de 1% a.m. após o trânsito em julgado”.

Referido processo judicial, agora com o n.º 1999.03.99.040055-9, se encontra em fase de apelação no STJ, onde a interessada é a apelante e, presume-se, esteja pelejando pela prescrição decenal, em vez da quinquenal que fora reconhecido pela sentença de primeiro grau, conforme pesquisa no sítio da *internet* do TRF da 3ª Região, em 13/09/2006.

Na esfera administrativa, porém, o processo administrativo n.º 10855.000437/98-51 já foi julgado, Acórdão n.º 202-14703, em sessão de 15/04/2003, estando a decisão e ementa assim redigidas (conforme resultado da consulta efetuada no sítio do Conselho de Contribuintes na *internet*, em 1º/10/2006):

“Por unanimidade de votos: I) não se conheceu do recurso, na parte objeto de ação judicial; e II) no mérito, deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator, quanto à semestralidade.

Ementa:

NORMAS PROCESSUAIS. RENÚNCIA. A propositura de medida judicial cujo objeto é o mesmo daquele do processo administrativo fiscal, acarreta renúncia ao direito de discutir a questão na esfera administrativa. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). SEMESTRALIDADE. Na vigência da Lei Complementar n.º 7/70, a base de cálculo do PIS era o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do respectivo fato gerador, sem correção monetária,

observadas as alterações introduzidas pela Lei Complementar n.º 17/73. Recurso não conhecido quanto à matéria objeto de Ação Judicial e parcialmente provido quanto à semestralidade".

Assim, não resta dúvida de que aquelas compensações relacionadas a este processo (Cofins dos períodos de apuração de fevereiro a dezembro de 1998) devem ser consideradas, tendo em vista que os respectivos pedidos de compensação de fls. 31/41 foram entregues no decorrer do ano de 1998 e no início de 1999, antes de vencidos os prazos de seus respectivos recolhimentos e antes do início da fiscalização que resultou no Auto de Infração em tela, lavrado em 23/03/2000.

Assim, pelo mecanismo da compensação, que considera os débitos extintos sob condição resolutória ulterior, os valores lançados pelo fisco e que haviam sido declarados em pedido de compensação haverão de ser considerados extintos, desde que, do seu confronto com o montante do crédito de PIS/Pasep que vier a ser apurado em face da execução do Acórdão do CC n.º 202-14703, de 15/04/2003, que acolhera a tese da semestralidade da base de cálculo, bem como do que restar definitivamente decidido pelo Poder Judiciário quanto ao prazo prescricional das parcelas que compõem o montante do crédito, restar algum valor descoberto.

Em outras palavras, a exigência fiscal do presente auto de infração, no que se refere aos períodos de apuração de fevereiro a dezembro de 1998, somente se manterá firme se, quando da execução da decisão do Conselho de Contribuintes no processo administrativo n.º 10855.000437/98-51, conjugada com os efeitos da decisão judicial final do processo 1999.03.99.040055-9, ainda restar valor a descoberto. E nesse caso, ou seja, na hipótese de o montante do crédito reconhecido não ser suficiente para quitar todos os débitos, cabe manter a multa de ofício e os juros de mora sobre o eventual saldo não compensado.

O suposto caráter confiscatório da multa de ofício, por se constituir em arguição de inconstitucionalidade, descabe apreciar neste Recurso administrativo, como já informado acima. É que decorrendo a multa do lançamento de ofício, nos termos do art. 4º, I, da Lei n.º 8.218/91, com a redução estabelecida pelo art. 44, I, da Lei n.º 9.430/96, está correta a sua aplicação/manutenção para o caso de insuficiência de recolhimento e de existir saldo não coberto pela compensação.

Os juros de mora, calculados com base na taxa Selic, são aplicados em virtude do atraso no pagamento do tributo e estão previstos na Lei n.º 9.065/95, art. 13, cabendo salientar que podem ser superiores a 1% ao mês, pois o art. 161 do CTN, no seu parágrafo único, determina: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Este dispositivo não impede que o percentual seja superior a 1%, quando a lei assim dispõe.

Conclusão

Em face de todo o exposto, rejeito todas as prejudiciais de nulidade apontadas e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso nos seguintes termos:

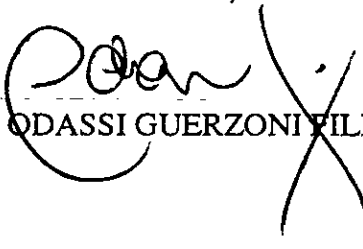
I) considero procedente a exigência da Cofins dos períodos de apuração de novembro a dezembro de 1997 e janeiro de 1998, acrescido apenas dos juros de mora:

9.

II) reconheço o direito da interessada em ver efetuado o encontro de contas entre os seus créditos de PIS (resultantes do decidido no Acórdão CC 202-14703 e no processo judicial 1999.03.99.040055-9) e os débitos oferecidos em compensação, cancelando as parcelas do crédito tributário mantido pela decisão recorrida, se, desse encontro de contas, resultarem quitados todos os valores; prosseguindo-se na cobrança dos débitos eventualmente remanescentes; e

III) considero procedente a imposição da multa de ofício e dos juros de mora nos termos em que constam do auto de infração.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2006


ODASSI GUERZONI FILHO