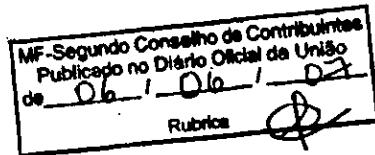




MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10855.001765/00-51
Recurso nº	133.517 Voluntário
Matéria	Cofins - Auto de Infração
Acórdão nº	203-11.419
Sessão de	20 de outubro de 2006
Recorrente	DISPROPAN - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA.
Recorrida	DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1995 a 30/04/1995,  
31/03/1998 a 31/07/1998

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.  
AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DA LAVRATURA. O Auto de Infração não deve ocorrer necessariamente nas dependências da empresa fiscalizada, inexistindo óbices para que seja lavrado na repartição fiscal.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DE AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL.  
EXAME DE ESCRITA FISCAL E CONTÁBIL.  
INSCRIÇÃO EM CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. DESNECESSIDADE.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal possui competência, outorgada por lei, para efetuar o lançamento tributário, podendo para tanto examinar a escrituração contábil e fiscal das pessoas jurídicas sem que tal exame implique em desempenhar atividade reservada aos contadores, pelo que desnecessária a inscrição em Conselho Regional de Contabilidade para tanto.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO CONTENDO IDENTIFICAÇÃO DA MATERIA TRIBUTADA E ENQUADRAMENTO LEGAL.  
Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade do lançamento, quando o

auto de infração atende ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, identifica a matéria tributada e contém a fundamentação legal correlata.

**ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIAS DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO.** Alegações de ofensa a princípios constitucionais são matérias da competência exclusiva do Poder Judiciário, não podendo ser consideradas nem pela fiscalização, cuja atividade é vinculada, nem pelo julgador do Processo Administrativo Fiscal, que não possui competência para apreciá-las. Preliminares rejeitadas.

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

**COMPENSAÇÃO RECONHECIDA. SOLICITAÇÃO ANTERIOR À FISCALIZAÇÃO. REDUÇÃO DO LANÇAMENTO.** Compensação deferida, tendo sido solicitada antes do início de fiscalização que resultou em auto de infração abrangendo períodos de apuração incluídos nos débitos a compensar, deve ser considerada de forma a reduzir os valores lançados, na proporção dos créditos comprovados.

**MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO.** A falta de recolhimento do tributo autoriza o lançamento de ofício acrescido da respectiva multa nos percentuais fixados na legislação, sendo que o seu suposto caráter confiscatório, por se constituir em arguição de constitucionalidade, é matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste Processo Administrativo Fiscal, por ser da competência exclusiva do Poder Judiciário.

**JUROS DE MORA.** Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, apenas se a lei não dispuser de modo diverso os juros serão calculados à taxa de 1% ao mês, sendo legítimo o emprego da taxa SELIC, nos termos da legislação vigente.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
**DISPROPAN DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA.**

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

*Antônio Bezerra Neto*  
ANTÔNIO BEZERRA NETO  
Presidente

*Odassi Guerzoni Filho*  
ODASSI GUERZONI FILHO  
Relator

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. 99/115.

"(...)

*Contra a empresa acima qualificada, foi emitido o auto de infração às fls. 02/06, em virtude da apuração de falta de recolhimento das contribuições para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), conforme descrição dos fatos e enquadramento legal à fl. 03.*

*Segundo constou dos autos, a interessada recolheu a menor a contribuição devida no mês de competência de abril de 1995. Já as contribuições dos meses de competência de março a julho de 1998 foram compensadas por ela com indébitos do PIS.*

*Contudo, tendo em vista o indeferimento do pedido de restituição/compensação dos indébitos utilizados por ela, processo n.º 10855.000698/98-34, o auditor-fiscal autuante glosou as compensações efetuadas e lavrou o presente auto de infração, exigindo-as por meio de lançamento de ofício, juntamente com a diferença apurada para o mês de abril de 1995, acrescidas das cominações legais, juros de mora e multa no lançamento de ofício.*

*De acordo com os demonstrativos de imputação de pagamentos de fl. 04, de apuração da Cofins de fl. 05 e de multa e juros de mora de fl. 06, o crédito tributário constituído totalizou R\$ 21.050,14, sendo R\$ 10.080,54 de contribuições, R\$ 3.409,21 de juros de mora calculados até 25/10/1999 e R\$ 7.560,39 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 científicada do lançamento, a interessada apresentou a impugnação de fls. 44/65, 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 argüidas de nulidade do auto de infração*

*I.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 10855.000698/98-34, 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 as compensações efetuadas por ela, se limitando a informar: "Falta de recolhimento de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS..."

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

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

#### 1.4 – Falta de fundamentação legal

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.

No presente auto de infração, não foi levada em consideração a compensação efetuada por ela.

Ademais, utilizou o Sr. Agente Fiscal de outros atos normativos, tais como o Regulamento do PIS/Pasep, aprovado pela Portaria n.º 142, de 1982, e as Medidas Provisórias (MPs) n.º 1.212 e n.º 1.249, ambas de

1995, contrariando a CF/1988, arts. 150, I, uma vez que medidas provisórias não podem fundamentar um auto de infração.

#### 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 tenham 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. Além disso, houve omissão nos chamados “demonstrativos” apresentados pela autoridade fiscal. Tanto no “Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada” como no de “Apuração de Débito”, nota-se que ficou “em branco” a coluna “Débito Declarado Pelo Contribuinte”, sendo que ela declarou seus débitos por meio do processo 10855.000698/98-34.

Assim, em razão da imprecisão na descrição dos fatos, conclui-se que inexistente 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

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.

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 consequente inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal.*

*I.8 – O princípio da impessoalidade do ato administrativo*

*O lançamento não observou 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 conhece 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 existe diferenças, deveria obrigatoriamente (CTN, art. 142) efetuar lançamentos contra todos e não somente contra ela.*

*I.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 apurados 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.*

*I.10 – A decisão judicial*

*Na decisão judicial na qual discute seu direito à 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:*

*“CONCEDO A SEGURANÇA a fim de determinar à autoridade coadora que se abstenha de qualquer ato impositivo quanto à compensação efetuada...”.*

*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*

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.

O Agente Fiscal não atentou para a decisão judicial, cópia em anexo, onde o MM Juiz Federal decidiu.

"... Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para o fim de declarar incidentalmente a constitucionalidade das alterações introduzidas pelo Decreto-lei 2.445/88 e Decreto-lei 2.449/88 na contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e indevidos os valores que excedam aos termos da exação na foram da LC n.º 7, de 7 de setembro de 1970..."

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 indébitos compensados.

No entanto, tem direito à repetição/compensação dos valores recolhidos a maior, resultantes 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 os créditos tributários foram constituídos 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 constitucional, ferindo a Constituição Federal de 1988, art. 150, IV.

Também, no seu entendimento, o efeito da compensação se equipara ao da DCTF, pois neste caso, como naquele, o contribuinte declara ao Fisco o seu débito, cabendo, portanto, a aplicação do disposto no CTN, art. 138, excluindo a multa do lançamento. Além disso, por força do disposto na Lei n.º 9.430, de 1996, art. 63, essa não poderia ser aplicada.

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.

#### 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 do pedido de restituição/compensação em que as contribuições ora exigidas foram reconhecidas. 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 privada 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 5.582, de 07 de junho de 2004, está assim ementado:

*“Período de apuração: 01/04/1995 a 30/04/1995, 01/03/1998 a 31/07/1998*

*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.*

*Nos lançamentos de ofício de créditos tributários não-pagos, incide multa punitiva, calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição lançados, segundo a legislação tributária 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 indébitos fiscais, cujo pedido de repetição e/ou compensação foi indeferido em primeira instância, a suspensão da exigibilidade prevista na legislação tributária, ou seja, permanecerá até a decisão definitiva na esfera 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.*

*Lançamento procedente em parte "*

Assim, rejeitou a DRJ todas as preliminares quando, inclusive, afirmou que foi cumprida a decisão judicial referida na impugnação (Mandado de Segurança nº 98.0903706-6, concedido para declarar incidentalmente a constitucionalidade dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88 e reconhecer o direito de compensação do indébito correspondente, conforme fls. 66/75).

No mérito, não conheceu da compensação alegada, objeto do Processo nº 10855.000698/98-34.

Cientificada da decisão em 26/07/2004, conforme Aviso de Recebimento (AR) à fl. 123, interpôs recurso voluntário a este Conselho em 24 de agosto de 2004 (fls. 124/148), onde, basicamente, 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 nº 10855.000698/98-34, relativa a indébitos por pagamentos a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, aduz que no período lançado a empresa não possui débito, mas sim crédito.

Sobre essa compensação há que se registrar o trânsito em julgado da decisão administrativa proferida pela Segunda Câmara deste Segundo Conselho de Contribuintes por meio do Acórdão nº 202-13417, de 07/11/2001, Recurso Voluntário nº 112.619.

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 dê embasamento.

À fl. 149/150 consta o arrolamento de bens para seguimento do recurso.

É o Relatório.

## 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.

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 incidente sobre os valores da Cofins dos meses de março a julho de 1998, visto que, integrantes de um pedido de compensação (Processo Administrativo nº 10855.000698/98-34, fls. 40/41 e 76/83), constituíam débitos declarados à Fazenda antes do início da ação fiscal e se encontravam com a sua exigibilidade suspensa.

Assim, nesta fase, o auto de infração está à exigir:

a) o valor original (+) juros moratórios (+) multa de ofício sobre o valor da Cofins do período de apuração de abril de 1995, o qual se deveu a uma diferença de recolhimento em desfavor do fisco; e

b) o valor original (+) juros moratórios da Cofins dos períodos de apuração de março a julho 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, 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.

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 argüições 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, rejeito as preliminares de nulidade do lançamento argüidas.

#### Mérito

A Cofins objeto do presente lançamento se refere aos períodos de apuração de abril de 1995 e de março a julho de 1998.

O exame dos autos revela que o indeferimento do pedido de compensação, contido no citado Processo Administrativo nº 10855.000698/98-34, relacionado aos débitos da Cofins dos períodos de apuração de março a julho de 1998 (vide tabela abaixo), resultou em que esses débitos ficassem a descoberto, o que propiciou a sua exigência por meio deste auto de infração.

Período de apuração	Valor R\$	Vencimento	Entrega Pedido
Março	1.973,08	10/04/98	10/04/98
Abril	1.774,43	10/05/98	10/05/98
Maio	1.854,33	10/06/98	10/06/98
Junho	2.368,80	10/07/98	10/07/98
Julho	2.076,93	10/08/98	10/08/98

Os valores acima coincidem com os apurados pela fiscalização (fl. 27), havendo entre eles diferenças irrelevantes.

Portanto, a quase que totalidade do valor exigido pelo auto de infração está na dependência do que tiver sido decidido naquele pedido de compensação. E, conforme se observa no resultado da consulta efetuada no sítio do Conselho de Contribuintes na internet.

em 12/09/2006, o mencionado processo administrativo já foi julgado, Acórdão nº 202-13417, estando a decisão e ementa assim redigidos:

*"Decisão : Por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Luiz Roberto Domingo e Adriene Maria de Miranda (suplente) que davam provimento quanto à atualização monetária.*

*Ementa : PIS - COMPENSAÇÃO - Os pagamentos indevidos realizados com fulcro nos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF, deverão até março de 1996, ser calculados considerando a defasagem de seis meses entre o mês de mensuração da base de cálculo e o do respectivo fato gerador do PIS. CORREÇÃO MONETÁRIA - A atualização monetária, até 31/12/95, dos valores recolhidos indevidamente deve ser efetuada com base nos índices constantes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR Nº 08, de 27/06/97, devendo incidir a Taxa SELIC a partir de 01/01/96, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. JUROS MORATÓRIOS - Na repetição de indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Recurso provido em parte"*

Assim, não resta dúvida de que aquela compensação deve ser considerada, tendo em vista que os Pedidos de Compensação de fls. 79 e 81/83 foram entregues no decorrer do ano de 1998, antes de vencido o prazo de seu recolhimento e do início da fiscalização que resultou no Auto de Infração em tela, lavrado em 19/11/99.

Os valores lançados pelo Fisco e que haviam sido declarados em pedido de compensação devem ser cancelados. Para tanto deve ser empregado o art. 163, IV, do CTN, ou seja, primeiramente na liquidação dos débitos informados no Processo nº 10855.000698/98-04, cancelando-se os valores deste lançamento na ordem decrescente dos seus montantes, e em seguida na liquidação do período de apuração de abril de 1995.

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, sendo que o suposto caráter confiscatório da primeira, por se constituir em arguição de inconstitucionalidade, descabe apreciar neste Recurso Administrativo, como já informado acima.

No tocante ao período de apuração abril de 1995, se acaso não compensado na sua integralidade, a multa de ofício é cabível porque o lançamento refere-se à diferença entre o valor recolhido e aquele declarado e pago pela recorrente, levando-se em conta que no período o crédito tributário não foi integralmente pago.

Decorrendo a multa do lançamento de ofício, nos termos do art. 4º, I, da Lei nº 8.218/91, com a redução estabelecida pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, está correta a sua aplicação, inclusive no tocante aos períodos de apuração 03/98 a 07/98, na parte acaso não compensada com os créditos do Processo nº 10855.000698/98-04.

Quanto aos juros de mora, calculados com base na taxa Selic, são aplicados em virtude do atraso no pagamento do tributo e estão previstos na Lei nº 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.

Caberá à DRF de origem, responsável pela execução do presente Acórdão, a tarefa de verificar o desfecho da ação judicial acima citada (Processo n.º 98.0903706-6), já que, a sentença de primeiro grau foi apenas parcialmente favorável à interessada, ou seja, obteve a segurança quanto à compensação dos valores tido como recolhidos indevidamente sob a égide dos DLs 2.445 e 2.449, de 1988, porém, observada a prescrição quinqüenal. Assim, o juiz de primeiro grau considerou "...prescrita a restituição por compensação quanto a valores com data de efetivo pagamento anterior ao prazo de cinco anos contados da propositura desta ação.." (fl. 70/72).

Nestes termos, o encontro de contas (crédito x débitos) deverá considerar os efeitos da decisão judicial definitiva, ou seja, caso mantidos os termos da sentença de primeiro grau, o montante do crédito da interessada poderá não ser suficiente para quitar todos os débitos discutidos neste processo.

### Conclusão

Em face de todo o exposto, rejeito todas as prejudiciais de nulidade apontadas e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para, observado o teor da decisão judicial, cancelar as parcelas do crédito tributário mantido pela decisão recorrida, na medida da compensação efetuada nos termos do Acórdão nº 202-13.417, prolatado no Recurso Voluntário nº 112.619, Processo nº 10855.000698/98-04, devendo ser liquidados por meio da compensação primeiramente os débitos de maior valor informados naquele processo, na forma do art. 163, IV, do CTN.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2006

  
ODASSI GUERZONI FILHO