

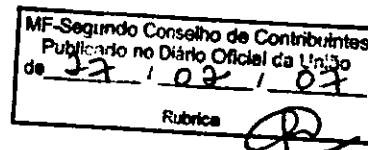


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

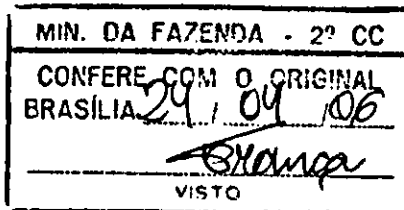
2ª CC-MF

Fl.

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030



Recorrente : CLIMAR CLÍNICAS S/C LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR



COFINS. DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo à Cofins é de dez anos.

NORMAS PROCESSUAIS.

PERÍCIA. Incabível realização de perícia ou diligência com o fito de produzir provas que a contribuinte deixou de apresentar para embasar suas razões de defesa, ainda mais quando a acusação fiscal está demonstrada por meio de documentos em sentido contrario ao alegado pela recorrente.

FALTA DE RECOLHIMENTO. A compensação informada em DCTF cujos créditos a serem usados na referida compensação foram rejeitados pelo Judiciário, permite o lançamento do tributo declarado indevidamente como compensado face à inexistência de direito creditório.

COMPENSAÇÃO. A compensação é um direito discricionário da contribuinte, não cabendo ao Fisco realizá-la de ofício, nem podendo ser usada, caso não tenha sido realizada antes do início do procedimento fiscal, como razão de defesa para elidir lançamento decorrente da falta de recolhimento de tributo devido.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. Tributos e contribuições não pagos ou pagos fora do prazo de vencimento sujeitam-se à incidência de juros de mora, mesmo que os créditos tributários lançados estejam com a exigibilidade suspensa, o que não é a hipótese dos autos.

MULTA DE OFÍCIO. É devida a multa de ofício na constituição de crédito tributário cuja exigibilidade não esteja suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CLIMAR CLÍNICAS S/C LTDA.

11/02/07



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 29/04/06
<i>Branca</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Os Conselheiros Flávio de Sá Munhoz e Rodrigo Bernardes de Carvalho, votaram pelas conclusões.

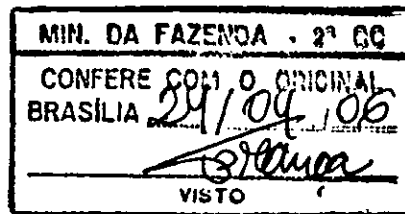
Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente
Nayra Bastos Manatta
Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

Recorrente : CLIMAR CLÍNICAS S/C LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração do qual a contribuinte tomou ciência em 03/07/2002, objetivando a cobrança da Cofins relativa aos períodos de apuração de janeiro/97 a dezembro/98 tendo em vista a compensação realizada pela empresa com base na autorização judicial concedida nos autos do Processo nº 95.0020957-3/RJ, cujo objetivo era realizar compensação de créditos oriundos do Finsocial recolhido no período de setembro/89 a março/92 com alíquota superior a 0,5%.

Foi concedida tutela antecipada em 02/10/95 para que a contribuinte se compensasse com os valores recolhidos a maior a título do Finsocial até o limite de 20.608,04 UFIR, acrescido de juros. Em 24/05/98 foi proferida sentença declarando subsistentes os termos da antecipação de tutela concedida.

Todavia, em 12/04/2000 foi exarado Acórdão pelo TRF da 2ª Região reformando a sentença de 1ª instância, declarando constitucional a majoração de alíquota do Finsocial para as empresas prestadoras de serviço.

Face à decisão proferida pelo TRF da 2ª Região declarando constitucional a majoração de alíquota do Finsocial para as empresas prestadoras de serviço passou a inexistir crédito do Finsocial capaz de fazer frente aos débitos da Cofins nos períodos em que a referida compensação foi informada pela contribuinte em DCTF, razão pela qual efetuou-se o lançamento.

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa:

1. decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário cujos fatos geradores são anteriores a 31/07/97 face ao disposto no art. 150 do CTN;
2. os débitos da Cofins estão devidamente quitados pela compensação autorizada pelo Judiciário na Ação Ordinária nº 95.0002467-5, com a sua exigibilidade suspensa nos moldes do art. 151, V do CTN, sendo incabível o lançamento; e
3. inaplicabilidade de juros de mora e multa de ofício na constituição de crédito tributário com a exigibilidade suspensa, cuja função do lançamento é prevenir a decadência.

A DRJ em Curitiba - PR manteve o lançamento.

Cientificada em 11/08/05 a contribuinte apresentou em 09/09/05 recurso voluntário alegando em sua defesa:

1. decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário cujos fatos geradores são anteriores a 31/07/97 face ao disposto no art. 150 do CTN;
2. embora a decisão recorrida tenha afirmado que a compensação com créditos oriundos do PIS objeto da Ação Judicial nº 95.0002467-5 não tenha sido efetuada pela recorrente, e sim argüida na fase impugnatória, é de se verificar,

134 / 3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24.09.06
<i>B. Hamca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

“pela documentação ora anexada, bem como por nova diligencia fiscal à Recorrente” que tal afirmação é inverossímil;

3. discorre sobre a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2445/88 e 2449/88 e sobre a possibilidade de compensação de créditos oriundos do PIS recolhido a maior com base nas referidas normas declaradas inconstitucionais com débitos de outros tributos, em especial, no caso dos autos, a Cofins; e
4. inaplicabilidade de juros de mora e multa de ofício aos valores objeto do lançamento face à suspensão da exigibilidade do crédito tributário hora constituído.

Foi efetuado arrolamento de bens conforme documentos de fls. 196/201.

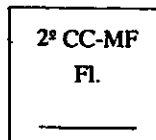
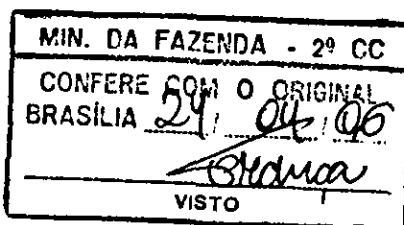
É o relatório.

BM



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Em relação à decadência do direito de constituir o crédito da Cofins, tem-se que seu prazo é de 10 anos, e não 5 anos, como alegou a impugnante. Observemos, o art. 150, § 4º do CTN, que assim dispõe:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Como se verifica, a norma do CTN estipula regra geral de prazo à homologação, deixando facultado à lei a prerrogativa de estipular, de modo específico, prazo diverso para a ocorrência da extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito.

A Cofins é contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, nos termos do art. 195, inciso I da Constituição Federal, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as normas específicas da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991 e republicada em 11/04/1996, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e cujo art. 45 prevê: —

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; (...)

Desta forma, quando da lavratura do Auto de Infração em tela (03/07/2002), ainda não decaía o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento relativo aos períodos anteriores a 31/07/97, uma vez que a Peça Infracional foi lavrada antes de transcorridos os dez anos previstos na lei.

Vale ressaltar aqui que a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes, a larga maioria votou pelo reconhecimento do prazo decencial para a Cofins.

11/134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA 29/04/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Verifica-se que idêntico posicionamento foi adotado pela Segunda Turma do STJ quando do julgamento do RESP 475559/SC, datado de 17/11/2003, tratando de contribuições previdenciárias, cuja ementa encontra-se assim transcrita:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

PRESCRIÇÃO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CF/88 E LEI Nº 8.212/91.

1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN cinco anos e, após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal.

2. In casu, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1989, 1990 e 1991, sendo a notificação fiscal datada de 07.04.97, acha-se atingido pela decadência, salvo quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de

25 de julho de 1991, quando entrou em vigor o prazo decenal para a constituição do crédito previdenciário, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

3. Recurso Especial parcialmente provido.

No que tange à compensação que a contribuinte alega ter efetuado com créditos oriundos de recolhimento a maior do PIS efetuado com base nos Decretos-Leis nºs 2445/88 e 2449/88 declarados inconstitucionais e objeto de Ação Judicial própria tombada sob o nº 95.0002467-5, é de se observar que tal compensação não foi informada pela contribuinte em DCTF nem constavam dos seus registros contábeis quando da época da fiscalização. A compensação informada pela recorrente em DCTF e constante dos seus registros contábeis refere-se àquela objeto do Processo Judicial nº 95.0020937-3/RJ, que trata do Finsocial recolhido em alíquota superior a 0,5%.

Embora em seu recurso a recorrente tenha afirmado que a compensação com créditos oriundos do PIS estaria devidamente comprovada pela documentação anexada, nenhum documento foi juntado aos autos.

Dissociadas de provas documentais que as sustente as razões de defesa argüida tornam-se meras alegações e não podem ser consideradas no julgamento do litígio.

À Fiscalização cabe demonstrar, de forma inequívoca, os fatos elegidos como ensejadores do ato ilícito praticado pelo contribuinte, bem como a seriedade e consistência do vínculo com a infração, para que esta reste comprovada.

É imperioso ressaltar que, no que diz respeito ao ônus da prova na relação processual tributária, a idéia de "*onus probandi*" não significa, propriamente, a obrigação no sentido da existência de dever jurídico de provar, tratando-se, antes, de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível se obter o êxito na causa.

Sob esta perspectiva a pretensão da Fazenda deve estar fundada na ocorrência do fato gerador, cujos elementos que o configuram se supõem presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda, o ônus de comprovar a sua existência. Da mesma forma, o sujeito passivo não tem a obrigação de produzir a prova, tão só o

134 6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24/04/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

ônus, à medida que, omitindo-se na produção de provas contrárias às que ampararam a exigência fiscal, compromete suas possibilidades de defesa.

Assim, duas são as situações a serem observadas no confronto entre as provas apresentadas pelo Fisco e as apresentadas pelo contribuinte, no curso do processo administrativo fiscal. Ou as providencias e elementos colhidos pelo Fisco são convincentes no sentido de atestar que o ato praticado pelo administrado é ilícito, ou as provas trazidas pelo contribuinte são suficientes para comprovar a licitude dos seus atos.

Todavia, deixando de produzir as provas que sustentem a sua defesa, que é o caso dos autos, a contribuinte deixa de ver suas alegações analisadas. Mais especificamente, no caso em concreto, a fiscalização embasou sua acusação em provas documentais que não foram contrastadas pela contribuinte com novas provas em sentido contrário. Assim sendo, é de se acatar como verdadeira a acusação fiscal embasada em provas documentais que não foram demonstradas inverídicas ou equivocadas pela recorrente, seja na fase impugnatória ou recursal.

Ressalte-se ser incabível, neste caso, a realização de nova diligência com o fito de verificar se realmente a recorrente efetuou compensação dos débitos da Cofins, objeto deste lançamento, com créditos do PIS objeto da Ação Judicial nº 95.0002467-5 simplesmente porque caberia à recorrente trazer aos autos tais provas, já que a fiscalização trouxe provas de que a referida compensação não foi realizada pela recorrente.

Caberia, neste caso, à recorrente, comprovar suas alegações e desconstituir as provas trazidas aos autos pela fiscalização, e não ao Fisco produzir provas que embasem as razões de defesa da contribuinte e que visem exatamente ir de encontro às suas afirmações. Razão estas pelas quais denego o pedido de perícia formulado.

Desta forma, é de se considerar de acordo com a informação fiscal e as provas constantes dos autos que apenas em grau de defesa a recorrente arguiu a compensação com créditos do PIS objeto da Ação Judicial nº 95.0002467-5, uma vez que inexiste qualquer documento comprobatório de que a referida compensação tenha sido realizada antes de qualquer procedimento fiscal.

Ainda que tivesse efetuado, comprovadamente, pagamento a maior de créditos tributários devidos, poderia, a contribuinte, solicitar a compensação com outros débitos, nos termos da legislação que disciplina a matéria. Todavia, o direito compensatório, não comprovadamente exercido pela recorrente antes do início da ação fiscal, não há de ser utilizado como argumento de defesa, na fase impugnatória ou recursal, para elidir cobrança de tributo devido e não recolhido.

Analisando-se agora a compensação objeto da Ação Judicial nº 95.0020937-3/RJ, que é a que foi declarada pela recorrente em DCTF e escriturada nos seus registros contábeis.

Na referida ação a contribuinte desejou ver declarada a inconstitucionalidade da majoração de alíquota do Finsocial no percentual superior a 0,5% e ver reconhecido o seu direito de compensar os valores recolhidos a maior que os devidos à aplicação da alíquota de 0,5% com débitos do próprio Finsocial e da Cofins. Obteve inicialmente antecipação de tutela autorizando-a a efetuar a referida compensação até o limite de 20.608,04 UFIR. Tal autorização foi confirmada pela sentença de primeira instância.

11 134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 24/04/06
VISTO

2º CC-MF Fl.

Todavia, em 12/04/2000 foi proferido Acórdão pelo TRF da 2ª Região que reformou a sentença de primeira instância declarando constitucional a majoração de alíquota do Finsocial para as empresas prestadoras de serviço.

Diante do comando legal objeto do Acórdão acima citado passou a inexistir qualquer crédito advindo de recolhimento efetuado a título do Finsocial que pudesse fazer frente à Cofins devida e não recolhida em virtude de haver sido declarada como compensada pela recorrente exatamente com os tais créditos do Finsocial agora declarados inexistentes pelo Judiciário.

Sendo devida a Cofins no período objeto do lançamento e não tendo sido o referido crédito tributário pago ou compensado, é devido o lançamento de ofício acrescido de juros de mora e multa de ofício.

Observe-se que o referido crédito tributário não se encontrava com a exigibilidade suspensa nos moldes do art. 151, incisos IV e V do CTN quando foi efetuado o lançamento razão pela qual torna-se inaplicável ao caso em concreto o disposto no art. 63 da Lei nº 9430/96.

Quanto aos juros de mora, é preciso observar que a exigência dos juros moratórios decorre de lei e a indenização da mora. Os juros de mora são calculados sobre o tributo não pago, a título de ressarcir o Estado pela não disponibilidade do dinheiro, representado pelo crédito tributário.

No Código Tributário Nacional existe apenas duas hipóteses contempladas em que a fluência dos juros de mora fica excluída: na pendência de consulta formulada pelo interessado (art. 161, § 2º) e quando a falta de pagamento de tributo é devida à observância, pelo contribuinte, de normas complementares da legislação tributária (art. 100, parágrafo único). Nos dois casos, saliente-se, a causa da mora é imputável à autoridade administrativa, daí porque inexigível na espécie.

Em rigor, a natureza dos juros de mora, juros legais que se deve *ex vi legis*, visa reparar o dano pelo atraso no adimplemento da obrigação, variando em função do tempo transcorrido entre a data do vencimento do crédito e a data da sua extinção. A fluência dos juros de mora, portanto, deve ser a partir da data do vencimento da obrigação tributária.

A exigência de juros de mora, em acréscimo aos créditos tributários não saldados no vencimento, é regulada justamente pelo artigo 161 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), com status de lei complementar, que assim dispõe:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º (...).

Vale a pena transcrever os ensinamentos do prof. Leon Frejda Szklarouwsky (apud Bernardo Ribeiro de Moraes, *Compêndio de Direito Tributário*, 3ª Edição, Forense, pág. 583):

124



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.003060/2002-79
Recurso nº : 131.475
Acórdão nº : 204-01.030

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24/04/06
<i>[Assinatura]</i>

2ª CC-MF
FL

na aplicação dos juros de mora mister se faz lembrar a distinção entre vencimento da dívida e exigibilidade da mesma. O vencimento do crédito tributário tem seu momento certo e dele se deve os juros de mora. Há hipóteses em que o crédito tributário, mesmo vencido, apresenta-se ainda inexigível (v.g. casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário), que não tem o condão de suprimir o pagamento do crédito tributário com os seus acréscimos legais, inclusive com o valor dos juros de mora. Em outras palavras, os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança (exigibilidade) esteja suspensa.

Ademais, na forma da legislação em vigor, os juros de mora são devidos inclusive se a respectiva cobrança estiver suspensa por decisão administrativa ou judicial (art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979) e, portanto, os juros de mora são sempre devidos desde o vencimento da obrigação.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA