



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

Processo n° 13804.006550/2003-80
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3802-004.268 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 19 de março de 2015
Matéria COFINS - Auto de Infração
Recorrente COMÉRCIO DE MOTO MATSUO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1998 a 31/12/1998

COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIE DISTINTA. REGIME DO ART. 66 DA LEI 8.383, DE 1991. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A compensação de tributos de espécie diferentes, nos moldes do art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, não podia ocorrer somente na contabilidade do contribuinte, sendo necessária a apresentação de Pedido de Compensação nos termos do art. 12, da Instrução Normativa SRF nº 21, de 1997.

JUROS DE MORA . TAXA SELIC. MATÉRIA SUMULADA

A aplicação da taxa Selic para a atualização do crédito tributário é determinada em Lei, devendo a Administração Tributária observá-la, aplicando o referido índice (Súmula CARF nº 4).

AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em nulidade do procedimento administrativo.

COFINS. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 por meio de Súmula Vinculante nº 08, o prazo decadencial para constituição das contribuições sociais, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I, do CTN, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE. PRAZO PARA JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO OU DO RECURSO. SÚMULA CARF Nº11.

Realizado o lançamento e constituído o crédito tributário, não há mais que se falar em prazo decadencial. Há que se falar em prescrição, que se refere à ação para a cobrança do crédito tributário (art.174, do CTN) e cujo prazo é contado somente a partir da decisão administrativa definitiva, quando o contribuinte interpõe impugnação e recurso. Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Súmula CARF nº 11.

Recurso do qual se conhece para negar-lhe provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Mércia Helena Trajano Damorim - Presidente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Mércia Helena Trajano Damorim (Presidente), Cláudio Augusto Gonçalves Pereira, Francisco José Barroso Rios, Solon Sehn e Waldir Navarro Bezerra. Ausente momentaneamente o Conselheiro Bruno Maurício Macedo Curi.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 9ª Turma da DRJ de São Paulo I – SP (fls. 180/195), a qual, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte as razões de impugnação e julgar procedente em parte o crédito tributário lançado referente a COFINS, nos termos do acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/02/1998 a 31/12/1998

AUTO DE INFRAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em nulidade do procedimento administrativo.

COFINS - DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 por meio de Súmula Vinculante nº 08, o prazo decadencial para constituição das contribuições sociais, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, contando-se o prazo do

primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

COMPENSAÇÃO - TRIBUTOS DA MESMA ESPÉCIE

A auto compensação nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 só é possível com tributos da mesma espécie.

COFINS – AUTO COMPENSAÇÃO COM FINSOCIAL E/OU PIS - CONTRIBUIÇÕES DE ESPÉCIES DIFERENTES - IMPOSSIBILIDADE Em cumprimento ao ADN COSIT 15/94, de 30/03/1994 não é passível de auto compensação o crédito do FINSOCIAL com o débito da COFINS por se tratar de contribuição de espécies diferentes.

COMPENSAÇÃO - TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIFERENTES.

Indispensável pedido administrativo prévio para implementação de compensação entre tributos e contribuições de espécies diferentes (COFINS com FINSOCIAL e/ou PIS), sendo necessária a comprovação de certeza e liquidez desses indêbitos, atendidos aos requisitos exigidos pela IN SRF nº 21/97 e 73/97.

MULTA DE OFÍCIO - RETROATIVIDADE BENIGNA DO ART. 18 DA LEI Nº 10.833/2003.

Com a edição da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, não cabe mais imposição de multa excetuando-se os casos mencionados no seu art. 18. Sendo tal norma aplicável aos lançamentos ocorridos anteriormente à edição da MP nº 135/2003 em face da retroatividade benigna (art. 106, II, “c” do CTN), impõe-se o cancelamento da multa de ofício lançada.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na taxa SELIC, porque encontra-se amparada por lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Por muito bem retratar os fatos, transcrevo, a seguir, o relatório objeto da decisão recorrida:

Em auditoria fiscal levada a efeito em face do contribuinte acima identificado foi constatado “Pgto não localizado” e “Comp. C/pagto não localizado” da Contribuição para

Financiamento da Seguridade Social - COFINS dos fatos ocorridos nos períodos de 02/1998 a 12/1998 e declarados nas DCTF, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 30 a 43 integrado pelos ternos e documentos nele mencionados, apurando-se o crédito tributário composto de contribuição, multa de ofício e juros de mora com cálculos válidos até 30/06/2003 perfazendo o total de RS 315.838,70 (trezentos e quinze mil, oitocentos e trinta e oito reais e setenta centavos), com o seguinte enquadramento legal: Arts 1º a 4º da Lei Complementar nº 70/91; art 1 L 9249/95; art. 57 L 9069/95; arts 56 e par. un, 60 e 66, L 9430/96; arts. 53 e 69 L 9532/97.

2. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 01/08/2003(AR à fl. 172), o contribuinte protocolizou, em 09/09/2003 a impugnação de fls. 1 a 20 acompanhada dos documentos de fls. 21-170, na qual alega:

2.1. PRELIMINARMENTE, DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE DEU ORIGEM AO AUTO DE INFRAÇÃO.

2.1.1. Conforme depreende-se, a lavratura do auto de infração decorreu de verificação da auditoria interna nas DCTF tendo sido o auto de infração lavrado eletronicamente. singelamente com base em tais informações sem maiores verificações, inclusive DCTF posteriores objeto de retificações.

2.1.2. A norma que disciplina o processo administrativo fiscal não prevê a possibilidade de lavratura eletrônica de auto de infração.

2.1.3. A própria assinatura do autuante que é elemento indispensável e obrigatório na autuação fiscal e é exigido pelo artigo 10 do Decreto 70.235, não consta do auto de infração eletrônico.

' ' 2.1.4. Nem se alegue que a digitalização aposta no campo reservado à assinatura do AFRF é suficiente para atender aos requisitos formais e de validade de formação do auto de infração e ao disposto no artigo 10 do Decreto 70235 sob pena de afronta a garantia do devido 'processo legal e da própria segurança jurídica, na medida em que não havendo previsão legal para tanto e sendo admitida a forma da presente autuação, poder-se-ia abrir ensejos e admitir que outras e maiores arbitrariedade e modificações fossem unilateralmente realizadas pelas autoridades administrativas.

2.1.5. Portanto, sendo um ato administrativo que se reveste de formalidades e não estando a forma pela qual foi lavrado o auto de infração previsto em Lei, o auto de

infração é nulo, devendo ser reconhecida e declarada a sua nulidade inicialmente para evitarmos a continuidade de procedimento que contém vício insanável em sua origem.

2.2. Do cerceamento de defesa e da ausência dos pressupostos de validade do ato administrativo.

2.2.1. No caso, não houve o embasamento adequado das infrações e sua correlação com a penalidade aplicada, sendo totalmente impertinente a descrição e os artigos mencionados.

2.2.2. A capitulação legal da infração não guarda qualquer correlação com os fatos narrados, não sendo suficientes para embasar o presente auto de infração, sem prejuízo das garantias constitucionais do devido processo legal e ampla defesa.

2.2.3. O levantamento fiscal deve colher provas objetivas suficientes para embasar a autuação, demonstrando exatamente as causas e as razões dos fatos imputados que supostamente caracterizam a infração tributária, não podendo, simplesmente, atuar de forma deficiente na comprovação e demonstração de sua exigibilidade, como ocorreu no presente em que houve a autuação eletrônica.

2.2.4. No art. 10 do Decreto nº 70.235 (conforme reproduzido), está disposto os requisitos obrigatórios para que se lavre o auto de infração, onde consta a descrição do fato e a disposição legal. Transcreve a ementa das decisões que nulificaram auto de infração que não preenche os requisitos de desenvolvimento válido e regular.

2.3. DA DECADÊNCIA nos VALORES OBJETOS DO AUTO DE INFRAÇÃO.

2.3.1. Ainda, em preliminar, cumpre-nos fundamentar a prescrição de valores que são objeto do Auto de Infração ora guerreado.

2.3.2. Analisando o anexo III do auto de infração nº 008444318, temos que O tributo COFINS, lá cobrado é do exercício de 1998. Assim, sendo os tributos respectivamente do exercício de 1998, e tendo a empresa ora Autuada recebido O presente Auto de Infração somente no dia 10/08/2003, temos a ocorrência da decadência de parte destes valores cobrados senão vejamos.

2.3.3. Tendo decorrido mais de cinco anos do nascimento da obrigação tributária, não é mais possível a constituição do crédito tributário, na medida em que opera-se a

decadência, que é um das causas de extinção do crédito tributário.

2.3.4. Como estabelecido no art. 173 do CTN, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em 5 anos.

2.4. MERITO.

2.4.1. DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO E DEMONSTRAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL.

2.4.1.1. Não procederia a autuação fiscal por não ter sido indicado os dispositivos legais que fundamentam a exigência imposta à recorrente. No auto de infração não há qualquer fundamento legal para sustentar a suposta infração.

2.4.1.2. A ausência de capitulação legal da infração e penalidade, contraria o princípio da estrita legalidade tributária, insculpidos nos artigos 5º, II e 150, I da CF/88 e artigo 97, V do CTN.

2.4.1.3. Do fato descrito no auto de infração como hábil a ensejar O nascimento do tributo, não é possível enquadrá-lo em nenhuma hipótese de previsão legal para a configuração dos indigitados tributos, revelando-se insubsistente a autuação fiscal por completa ausência de tipicidade.

2.4.1.4. “Erro ou inconsistência na DCTF”, ainda que tivesse sido demonstrados, não podem ser consideradas como faturamento da recorrente para efeito de incidência do PIS (leia-se COFINS), inexistindo norma que autorize cobrança de tributo sob esse prisma. Deixou até mesmo de indicar o fundamento legal da infração e da multa no corpo do auto de infração O que é inadmissível.

2.4.2. DA COMPENSAÇÃO DO COFINS.

2.4.2.1. DAS INCONSTITUCIONALIDADES DO FINSOCIAL E PIS.

2.4.2.1.1. O Finsocial foi instituído pelo DL nº 1940/82, cuja alíquota foi estabelecida em 0,5%. O artigo 56 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu a continuidade da cobrança do Finsocial, até que a lei dispusesse sobre o artigo 195, CF/88.

2.4.2.1.2. Em 15.12.89, foi publicada a Lei 7689/88, por força da qual tentou-se, inconstitucionalmente, implementar a condição estabelecida no artigo 56 do ADCT.

2.4.2.1.3. *Por outro lado, leis posteriores, eivadas, também de manifesta inconstitucionalidade, promoveram diversos e sucessivos aumentos na alíquota do Finsocial.*

2.4.2.1.4. *O artigo 9º, da Lei nº 7689/88, que manteve o Finsocial a título de contribuição social, assim como os referidos Diplomas Legais que promoveram, sucessivamente, a majoração das alíquotas para 1%, 1,2% e 2%, foram consideradas inconstitucionais pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE, interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.*

2.4.2.1.5. *O PIS foi instituído pela LC 07/70, que dispôs em seu artigo 3º que o Fundo de Participação seria constituído de duas parcelas:*

I - mediante dedução do imposto de renda devido, na forma estabelecida no § 1º do artigo 3º, processando-se o seu pagamento junto com o recolhimento do IR; (empresas prestadoras de serviços)

II - a outra parcela com recursos próprios de empresa, com base no faturamento (comerciais e industriais).

2.4.2.1.6. *Todavia essa sistemática foi alterada pelos DL 2445/88 e 2449/88 que estabeleceram nova alíquota e base de cálculo,*

2.4.2.1.7. *O STF julgou inconstitucionais as alterações introduzidas pelos malsinados DL 2445/88 e 2449/88, ao julgar o RE 148.754-2/RJ.*

2.4.2.1.8. *Como se vê, tomou-se a Recorrente, legítima credora da União Federal, relativamente às importâncias do Finsocial e do PIS pagas a maior.*

2.4.2.1.9. *Por conseguinte, a Recorrente procedeu a compensação dos valores pagos indevidamente, com parcelas devidas a título de PIS e COFINS.*

2.4.2.1.10. *O artigo 170 do CTN, o artigo 66 da Lei nº 8.383/91, o artigo 58 da Lei 9.069/95 e o artigo 39 da Lei 9.250/95, asseguram ao contribuinte o direito de proceder a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior.*

2.4.2.1.11. *Por força da Lei 9430/96 e, sobretudo, Decreto 2138/97, as restrições impostas no tocante a compensação de tributos de mesmo código fiscal e de mesma natureza e destinação constitucional, foram superadas, reconhecido aos contribuintes, realizarem a compensação entre tributos*

federais, ainda que não tenham a mesma destinação constitucional. Reproduz o artigo 1º do decreto 2138/97.

2.4.2.2. ACRÉSCIMO DE JUROS AO CRÉDITO COMPENSÁVEL.

2.4.2.2.1. De acordo com o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95 e com a IN SRF nº 22/96, o valor do crédito compensável será acrescido de juros, incidentes a partir de 1º de janeiro de 1996.

2.4.2.3. INFORMAÇÃO DO VALOR COMPENSADO NA DCTF.

2.4.2.3.1. Cabe destacar que os valores compensados foram informados na DCTF, sendo, portanto, inconsistente a presente autuação. Tendo sido realizada a compensação tributária não há que se falar em débito de COFINS.

2.4.2.3.2. Nem se alegue que a compensação somente é possível mediante prévia autorização, pois conforme demonstrado acima, a lei e outras normas administrativas a possibilitam a compensação imediata pelo contribuinte. Reproduz, nesses sentidos, decisões judiciais.

2.4.3. DO CONFISCO, E A MULTA INDEVIDA E ABUSIVA DE 75% E A RETROATIVIDADE BENIGNA.

2.4.3.1. Nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, VI, veda expressamente a utilização de tributos com efeito confiscatório.

2.4.3.2. Deve ser ressaltado que a multa deve estar rigorosamente prevista em lei, para atender ao princípio da legalidade. f 2.4.3.3. O artigo 149 do CTN elenca os casos em que caberá o lançamento de ofício, não podendo em seus nove incisos ser localizado a hipótese descrita no auto de infração. Reproduz o art. 149 e seus incisos.

2.4.3.4. Não sendo caso de lançamento de ofício, e não guardando qualquer pertinência lógica entre a capitulação da multa e a descrição dos fatos, e ainda por ser inexistente o fundamento legal, inaplicável a multa imposta de 75%.

2.4.3.5. Ainda que se considerasse válida a exigência fiscal, imposta no auto de infração e a capitulação da penalidade, a multa estabelecida jamais seria 75%, devendo ter partido de 20%. ' > 2.4.3.6. Todavia, ainda que a multa seja reduzida para 20% com base no princípio da retroatividade benigna, conforme aduzido acima, não afasta a sua inconstitucionalidade pelo montante confiscatório e nem pelo fato de ser incabível a aplicação de multa de ofício decorrente de declaração prestada em DCTF. Reproduz diversas decisões do CC.

2.4.4. Dos juros de mora e a inconstitucionalidade da SELIC.

2.4.4.1. Na presente autuação fiscal estão inclusos juros de mora, que superam em muito a 1% ao mês sobre o montante atualizado. Isso ocorre porque foi utilizada taxa mensal superior a 1%, contrariando o DL 2052/83 e alterações, o § 1º do artigo 161 do CTN e o próprio artigo 192 da Constituição.

2.4.4.2. Se não fosse suficiente, fundadas dúvidas levam a crer que a taxa é calculada sobre o montante apurado no mês anterior que já inclui o valor do juros de mora anterior. Isso faz com que haja a incidência de juros sobre juros, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

2.4.4.3. Na autuação fiscal, está sendo utilizada a Taxa SELIC, ora como sucedâneo dos juros moratórios, ora dos juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

2.5. Por fim, requer sejam acatadas as preliminares, declarando-se a nulidade do auto de infração, ou, se superadas, seja julgado improcedente o auto de infração, em sua totalidade, e declarada a sua insubsistência.

3. É o relatório.

A ciência da decisão que manteve em parte a exigência formalizada contra a recorrente ocorreu em 04/012/2009 (fl. 198).

Inconformada, a mesma apresentou, em 22/12/2009 (fl. 202), o recurso voluntário de fls. 202/218, onde se insurge contra o indeferimento parcial de seu pleito, conforme as razões abaixo sintetizadas:

DAS PRELIMINARES

1) Da Decadência

a) trata-se o auto de infração de COFINS do exercício de 2008 e que com efeito, tendo a Recorrente sendo intimada do referido procedimento somente em **10/08/2003**, resta claro que a pretensão da Recorrida foi atingida pela decadência. Assim passados mais de cinco anos do nascimento da obrigação, não pode mais a recorrida cobrar tais débitos, uma vez que os mesmos encontram-se extintos pela **DECADÊNCIA**, pois como estabelecido no art. 174 do CTN, o prazo para a Fazenda Publica constituir o crédito extingue em 5 anos.

2) Da Prescrição

b) esclarece que contrariamente ao entendimento manifestado no acórdão ora impugnado, ocorreu a prescrição dos valores objeto da presente ação fiscal, uma vez que trata-se o mesmo de crédito tributário de COFINS, com fatos geradores **ocorridos entre 02/1998 a 12/1998** e tendo a recorrente sido intimada da lavratura do **auto de infração em 10/08/2003**,

resta claro que operou-se a PRESCRIÇÃO tributária de parte dos valores objeto da presente demanda. Note-se que não restam dúvidas que entre a data da apresentação da declaração e a autuação decorreram mais de cinco anos, tendo, portanto, ocorrida a homologação ainda que de forma tácita.

3) Da Prescrição Intercorrente

Ainda que não fosse suficiente a clara ocorrência de prescrição, temos a flagrante ocorrência da PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Observe-se que, a Recorrente apresentou defesa administrativa em **09/09/2003** e a recorrente somente foi intimada da decisão ora impugnada em **08/12/2009**, ou seja seis anos e quatro meses depois; que passaram-se mais de seis anos até uma manifestação da Recorrida, portanto, decorrido mais de 05 (cinco) anos entre a data de interposição da defesa e a manifestação da Recorrida resta claro a ocorrência da prescrição intercorrente; que é evidente que a Fazenda ficou-se inerte pelo período superior a 05 (cinco) anos deixando de adotar qualquer medida efetiva a dar regular impulso no processo administrativo em epígrafe.

Reproduz o art. 174, do CTN, alegando que resta claro a ocorrência da prescrição intercorrente, pois tinha o fisco o prazo de 5 anos para manifestar-se sobre a defesa.

4) Da nulidade do procedimento administrativo que deu origem ao Auto de Infração.

O Auto de Infração decorreu de verificação da auditoria interna nas DCTF's de 1998, tendo sido o mesmo lavrado eletronicamente, de forma singela, com base em tais informações, sem maiores verificações, inclusive DCTF posteriores objeto de retificações.

Ocorre que o ato administrativo que exara o auto de infração é um ato formal e plenamente vinculado, não podendo ser modificado os seus requisitos de formação de validade pela autoridade administrativa, sob pena de ser declarado a sua nulidade.

Com efeito, a norma que disciplina o processo administrativo fiscal não prevê a possibilidade de lavratura eletrônica de auto de infração. Aliás, a própria assinatura do autuante que é elemento indispensável e obrigatório na autuação fiscal e é exigido pelo artigo 10 do Decreto nº 70.235, não consta do malsinado auto de infração eletrônico.

Portanto, sendo um ato administrativo que se reveste de formalidades e não estando a forma pela qual foi lavrado o auto de infração previsto em Lei, o auto de infração é nulo, devendo ser reconhecida e declarada a sua nulidade inicialmente para evitarmos a continuidade de procedimento que contém vício insanável em sua origem.

5) Do cerceamento de defesa e ausência dos pressupostos de validade do ato administrativo.

Que, no caso, não houve o embasamento adequado das infrações e sua correlação com a penalidade aplicada, sendo totalmente impertinente a descrição e os artigos mencionados.

A capitulação legal da infração não guarda qualquer correlação com os fatos narrados, não sendo suficientes para embasar o presente auto de infração, sem prejuízo das garantias constitucionais do devido processo legal e ampla defesa.

O levantamento fiscal deve colher provas objetivas suficientes para embasar a autuação, demonstrando exatamente as causas e as razões dos fatos imputados que supostamente caracterizam a infração tributária, não podendo, simplesmente, atuar de forma

deficiente na comprovação e demonstração de sua exigibilidade, como ocorreu no presente caso em que houve a autuação eletrônica.

No art. 10 do Decreto nº 70235 (conforme reproduzido), está disposto os requisitos obrigatórios para que se lavre o auto de infração, onde consta a descrição do fato e a disposição legal. Transcreve a ementa das decisões que nulificaram auto de infração que não preenche os requisitos de desenvolvimento válido e regular.

Cita jurisprudência administrativa.

DO MÉRITO

6) Da ausência de indicação e demonstração do fundamento legal.

A autuação fiscal não poderia proceder por não ter sido indicado os dispositivos legais que fundamentam a exigência imposta à recorrente. No auto de infração não há qualquer fundamento legal para sustentar a suposta infração.

A ausência de capitulação legal da infração e penalidade, contraria o princípio da estrita legalidade tributária, insculpidos nos artigos 5º, II e 150, I da CF/88 e artigo 97, V do CTN.

Do fato descrito no auto de infração como hábil a ensejar o nascimento do tributo, não é possível enquadrá-lo em nenhuma hipótese de previsão legal para a configuração dos indigitados tributos, revelando-se insubsistente a autuação fiscal por completa ausência de tipicidade.

O citado “Erro ou inconsistência na DCTF”, ainda que tivesse sido demonstrados, não podem ser consideradas como faturamento da recorrente para efeito de incidência da COFINS, inexistindo norma que autorize cobrança de tributo sob esse prisma. Deixou até mesmo de indicar o fundamento legal da infração e da multa no corpo do auto de infração O que é inadmissível.

7) Da compensação da COFINS.

7.1) Das inconstitucionalidades do FINSOCIAL e do PIS.

O Finsocial foi instituído pelo DL nº 1.940/82, cuja alíquota foi estabelecida em 0,5%. O artigo 56 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu a continuidade de sua cobrança, até que a lei dispusesse sobre o artigo 195, inciso I, da CF/88. Em 15.12.89, foi publicada a Lei 7689/88, por força da qual tentou-se, inconstitucionalmente, implementar a condição estabelecida no artigo 56 do ADCT. Por outro lado, leis posteriores, eivadas, também de manifesta inconstitucionalidade, promoveram diversos e sucessivos aumentos na alíquota do Finsocial.

O artigo 9º, da Lei nº 7689/88, que manteve o Finsocial a título de contribuição social, assim como os referidos Diplomas Legais que promoveram, sucessivamente, a majoração das alíquotas para 1%, 1,2% e 2%, foram consideradas inconstitucionais pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE, interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O

PIS foi instituído pela LC 07/70, que dispôs em seu artigo 3º que o Fundo de Participação seria constituído de duas parcelas:

I - mediante dedução do imposto de renda devido, na forma estabelecida no § 1º do artigo 3º, processando-se o seu pagamento junto com o recolhimento do IR; (empresas prestadoras de serviços); II - a outra parcela com recursos próprios de empresa, com base no faturamento (comerciais e industriais).

Todavia essa sistemática foi alterada pelos DL nº 2.445/88 e 2.449/88 que estabeleceram nova alíquota e base de cálculo. O STF julgou inconstitucionais as alterações introduzidas pelos malsinados DL 2445/88 e 2449/88, ao julgar o RE 148.754-2/RJ.

Como se vê, tomou-se a Recorrente, legítima credora da União Federal, relativamente às importâncias do Finsocial e do PIS pagas a maior. Por conseguinte, a Recorrente procedeu a compensação dos valores pagos indevidamente, com parcelas devidas a título de PIS e COFINS.

7.2) Da compensação

O artigo 170 do CTN, o artigo 66 da Lei nº 8.383/91, o artigo 58 da Lei 9.069/95 e o artigo 39 da Lei 9.250/95, asseguram ao contribuinte o direito de proceder a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior.

Por força da Lei 9430/96 e, sobretudo, Decreto 2138/97, as restrições impostas no tocante a compensação de tributos de mesmo código fiscal e de mesma natureza e destinação constitucional, **foram superadas**, reconhecido aos contribuintes, realizarem a compensação entre tributos federais, ainda que não tenham a mesma destinação constitucional. Reproduz o artigo 1º do decreto 2138/97.

8) Acréscimos de juros ao crédito compensável.

De acordo com o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95 e com a IN SRF nº 22/96, o valor do crédito compensável será acrescido de juros, incidentes a partir de 1º de janeiro de 1996.

9) Informação do valor compensado na DCTF.

Cabe destacar que os valores compensados foram informados na DCTF, sendo, portanto, inconsistente a presente autuação. Tendo sido realizada a compensação tributária não há que se falar em débito de COFINS.

E nem se alegue que a compensação somente é possível mediante prévia autorização, pois conforme demonstrado acima, a lei e outras normas administrativas possibilitam a compensação imediata pelo contribuinte. Reproduz, nesses sentidos, decisões judiciais.

Cita jurisprudência administrativa sobre tais fatos.

10) Dos juros de mora e da inconstitucionalidade da taxa SELIC

Na presente autuação fiscal estão inclusos juros de mora, que superam em muito a 1% ao mês sobre o montante atualizado. Isso ocorre porque foi utilizada taxa mensal superior a 1%, contrariando o DL nº 2.052/83 e alterações, o § 1º do artigo 161 do CTN e o próprio artigo 192 da CF. Se não fosse suficiente, fundadas dúvidas levam a crer que a taxa é

calculada sobre o montante apurado no mês anterior que já inclui o valor do juros de mora anterior. Isso faz com que haja a incidência de juros sobre juros, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Na autuação fiscal, está sendo utilizada a Taxa SELIC, ora como sucedâneo dos juros moratórios, ora dos juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

11) Do pedido

Face ao exposto, demonstrado a impropriedade da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo, requer seja reformada a decisão recorrida, acolhendo as preliminares suscitadas, ou caso estas superadas, quanto ao mérito seja reconhecida a total improcedência do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra

Admissibilidade do recurso

Conforme relatado, a ciência da decisão de primeira instância se deu em 08/12/2009 (fl. 198). Por sua vez, o recurso voluntário foi apresentado em 22/12/2009 (fl. 202), tempestivamente, portanto.

Quanto à matéria, esta se encontra dentre os assuntos que são da competência desta Turma de julgamento. O montante em litígio também está dentro do limite de alçada de Turma Especial.

Trata-se os autos de Auto de Infração eletrônico, decorrente de auditoria interna realizada pelo Fisco que constatou erro ou inconsistência verificada na DCTF dos 1º e 3º Trimestre de 1998, que apurou valores devidos a título de COFINS.

Das Preliminares

1) DECADÊNCIA

A Recorrente alega que como se trata de auto de infração de COFINS referente ao exercício de 2008 e que tendo a Recorrente sendo intimada do referido procedimento somente em **10/08/2003**, resta claro que a pretensão do Fisco foi atingida pela decadência. Assim passados mais de cinco anos do nascimento da obrigação, não pode mais a recorrida cobrar tais débitos, uma vez que os mesmos encontram-se extintos pela **DECADÊNCIA**, pois como estabelecido no art. 173 do CTN, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito extingue em 5 anos.

Prazo decadencial, em matéria tributária, é aquele atinente ao direito da fazenda pública em constituir o crédito tributário, pelo lançamento, ou seja, para que a obrigação tributária seja tornada líquida, certa e exigível.

Como visto nos autos, o Auto de Infração **foi cientificado em 01/08/2003**, referente aos **PA de 02/1998 a 12/1998**.

O prazo decadencial para constituição das contribuições destinadas a financiar a seguridade social foi disciplinada pelo artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, analisando o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, no exercício do controle difuso da constitucionalidade das normas, concluiu que tal dispositivo violava o artigo 146, III, "b" da Constituição. Em consequência, foi publicada, em 20/06/08, a **Súmula Vinculante nº 8**, nos seguintes termos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Desta forma, cabe a aplicação da regra de decadência prevista nos artigos 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional - CTN, abaixo transcritos:

***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 a 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.

***Art. 173.** O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II (...).

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória e indispensável ao lançamento.

O Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Sr. Minist o de Estado da Fazenda em 18/08/2008, traz as orientações quanto a aplicação dos dispositivos acima transcritos:

(...).

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) (...).

Como se observa nos autos, consta que o pagamento de R\$ 2.618,29 mostrado no referido sistema SINAL08 (fl. 177), refere-se ao pagamento de débito referente à COFINS do PA de 04/1997 conforme DCTF desse PA (fls. 178-179). Portanto, esse pagamento não faz parte dos períodos de apuração lançados no presente auto de infração.

Assim, considerando que não houve pagamentos a título de COFINS referentes aos fatos geradores ocorridos em 02/1998 a 12/1998, tendo em vista que o Auto de Infração foi cientificado em 01/08/2003 e em cumprimento ao previsto no art. 173, inc. I, do CTN, contando-se o prazo de 5 anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (início: 01/01/1999, término: 31/12/2003).

Concluindo, não assiste razão a Recorrente, restando demonstrado que os períodos de apuração de 02/1998 a 12/1998 lançados no auto de infração não foram atingidos pela decadência.

Preliminar de decadência rejeitada.

2) DA PRESCRIÇÃO

A recorrente aduz que ocorreu a prescrição dos valores objeto da presente ação fiscal, uma vez que trata-se o mesmo de crédito tributário de COFINS, com fatos geradores **ocorridos entre 02/1998 a 12/1998** e tendo a recorrente sido intimada da lavratura do **auto de infração em 10/08/2003**, resta claro que operou-se a PRESCRIÇÃO tributária de parte dos valores objeto da presente demanda. Note-se que não restam dúvidas que entre a data da apresentação da declaração e a autuação decorreram mais de cinco anos, tendo, portanto, ocorrida a homologação ainda que de forma tácita.

Constituído o crédito tributário pelo lançamento, conforme a letra do CTN, não há mais que se falar em perda do direito do Fisco, por suposta prescrição.

Interposta impugnação e recurso, nos termos das normas reguladoras do processo administrativo fiscal, a exigibilidade do crédito fica suspensa (art. 151, III, do CTN).

A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (art. 174, do CTN), sendo que "constituição definitiva", no caso, refere-se à decisão administrativa da qual não caiba mais recurso.

A Súmula nº153, do extinto TFR, bem dizia que:

"Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que falar

em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos".

Também, cite-se:

" 3. Deve ser observado como marco temporal da constituição definitiva do crédito tributário, para fins do art. 174 do CTN, o dia da notificação ao contribuinte, da decisão final do Conselho de Contribuintes...". (STJ, 1ª T. Resp. 1028428/SC, Relator Ministro Jose Delgado).

Preliminar de prescrição rejeitada.

3) DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Ainda que não fosse suficiente a clara ocorrência de prescrição, temos a flagrante ocorrência da PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Observe-se que, a Recorrente apresentou defesa administrativa em **09/09/2003** e a recorrente somente foi intimada da decisão ora impugnada em **08/12/2009**, ou seja seis anos e quatro meses depois; que passaram-se mais de seis anos até uma manifestação da Recorrida, portanto, decorrido mais de 05 (cinco) anos entre a data de interposição da defesa e a manifestação da Recorrida resta claro a ocorrência da prescrição intercorrente; que é evidente que a Fazenda quedou-se inerte pelo período superior a 05 (cinco) anos deixando de adotar qualquer medida efetiva a dar regular impulso no processo administrativo em epígrafe.

Como ensina Leandro Paulsen, **prescrição intercorrente** é aquela que ocorre no curso da execução fiscal quando, interrompido o prazo prescricional pelo despacho do Juiz que determina a citação, o sujeito ativo exeqüente deixar de promover o andamento efetivo da execução, quedando inerte. A inércia do exeqüente dá ensejo ao reinício do prazo quinquenal.

(PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário....15. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMAFE, 2013, p.1208)

É de ser observada ainda a Súmula CARF nº 11:

Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

A Súmula, que também é usada pelos Tribunais Judiciários, consubstancia o entendimento reiterado e uniforme da instância julgadora e traz eficiência, confiança e segurança aos julgamentos, atendendo a princípios administrativos e constitucionais.

Segundo o Regimento Interno do CARF, art. 72, as Súmulas são de observância obrigatória nestes julgamentos.

Preliminar rejeitada.

4) DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE DEU ORIGEM AO AUTO DE INFRAÇÃO.

Conforme consta dos autos, o lançamento decorreu de verificação da auditoria interna nas DCTF de 1998, tendo sido o Auto de Infração lavrado eletronicamente

Alega a Recorrente que o ato administrativo (auto de infração) é um ato formal e plenamente vinculado, não podendo ser modificado os seus requisitos de formação de

validade pela autoridade administrativa, sob pena de ser declarado a sua nulidade. A norma que disciplina o processo administrativo fiscal **não** prevê a possibilidade de lavratura eletrônica de auto de infração. Que a própria assinatura do autuante que é elemento indispensável e obrigatório na autuação fiscal e é exigido pelo artigo 10 do Decreto nº 70.235, não consta do documento eletrônico. Portanto, sendo um ato administrativo que se reveste de formalidades e não estando a forma pela qual foi lavrado previsto em Lei, deve ser reconhecida e declarada a sua nulidade, para se evitar a continuidade de procedimento que contém vício insanável em sua origem.

Nesse aspecto, também não assiste razão a recorrente, pois como asseverado pela decisão *a quo*, o fato da lavratura eletrônica e a assinatura da autoridade fazendária ter sido aposta de forma digitalizada no Auto de Infração, não afasta a personalidade que se exige para a formalização do lançamento, nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF) e do art. 142 do CTN. Isso porque a atuação da autoridade continua presente na identificação das irregularidades e na determinação de que o documento “Auto de Infração” seja elaborado com a agilidade que os meios eletrônicos permitem.

E está prevista a formalização do lançamento com o auxílio de meios eletrônicos, e, inclusive, sem procedimento fiscal prévio, nos termos das Instruções Normativas SRF nº 94/97, 77/98 e 45/98.

Não há vedação para a assinatura digital, não implicando vício formal nem cerceamento de defesa. Cumpre destacar que a alegação de nulidade não procede, pois, o disciplinamento das nulidades é dado pelos arts. 59, 60 e 61 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I- Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

E mais. Conforme define no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente: I - a qualificação do autuada; II - o local, a data e a hora da lavratura; III - a descrição do fato; IV- a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias; VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula. ”

No caso concreto, verifica-se que o Auto de Infração apresenta todos os requisitos legais previstos no art. 10 acima referenciado. Portanto, o procedimento fiscal foi realizado conforme as normas pertinentes, não havendo nenhuma das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 e, conforme o art. 60 do mesmo Decreto, não há que se falar em nulidade.

Conforme o acima exposto, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em consequência de ter entregue a DCTF pelo próprio impugnante e após demonstrada a regularidade de formalização do lançamento em tela, rejeita-se a arguição de sua nulidade por vício formal, por lavratura eletrônica e por assinatura digitalizada no Auto de Infração.

Preliminar rejeitada.

5) DO CERCEAMENTO DE DEFESA E DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Alega a Recorrente que, no caso, não houve o embasamento adequado das infrações e sua correlação com a penalidade aplicada, sendo totalmente impertinente a descrição e os artigos mencionados. Que no art. 10 do Decreto nº 70235 (conforme reproduzido), está disposto os requisitos obrigatórios para que se lavre o auto de infração, onde consta a descrição do fato e a disposição legal. Transcreve a ementa das decisões que nulificaram auto de infração que não preenche os requisitos de desenvolvimento válido e regular. Cita jurisprudência administrativa sobre os fatos.

Neste tópico, também não assiste razão a Recorrente. E não merece reparos a decisão da DRJ.

O argumento que a ausência de capitulação legal da infração e penalidade, contraria o princípio da estrita legalidade tributária, insculpidos nos artigos 5º, II e 150, I da CF/88 e artigo 97, V do CTN, já foi examinada e afastada na preliminar de nulidade, porém, cabe ainda salientar que no referido Auto de Infração consta que *“fica o contribuinte intimado a recolher ou impugnar, no prazo de 30 dias contados da ciência deste Auto de Infração, nos termos dos arts. 5º, 15, 16, 17 e 23 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/93 e pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97”* (fl. 30).

Portanto, cerceamento do direito de defesa e da ausência dos pressupostos de validade do ato administrativo, também não se vislumbra a sua ocorrência, conforme pretende a Recorrente, eis que da conclusão que originou o lançamento - Auto de Infração, além de se revestir dos requisitos e formalidades necessários à sua constituição, nos termos da legislação de regência da matéria, está adequadamente caracterizado e motivado, como também, não ficou caracterizado cerceamento do direito de defesa, uma vez que a recorrente foi regularmente intimada nos autos em todas as fases processuais, como de fato o fez.

Preliminar rejeitada.

QUANTO AO MÉRITO

6) DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO E DEMONSTRAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL.

Aduz a Recorrente que a autuação fiscal não poderia proceder por não ter sido indicado os dispositivos legais que fundamentam a exigência imposta à recorrente. No auto de infração não há qualquer fundamento legal para sustentar a suposta infração. E que isso contraria o princípio da estrita legalidade tributária, insculpidos nos artigos 5º, II e 150, I da CF/88 e artigo 97, V do CTN.

Do fato descrito no auto de infração como hábil a ensejar o nascimento do tributo, não é possível enquadrá-lo em nenhuma hipótese de previsão legal para a configuração dos indigitados tributos, revelando-se insubsistente a autuação fiscal por completa ausência de tipicidade. O citado “Erro ou inconsistência na DCTF”, ainda que tivesse sido demonstrados, não podem ser consideradas como faturamento da recorrente para efeito de incidência da COFINS, inexistindo norma que autorize cobrança de tributo sob esse prisma. Deixou até mesmo de indicar o fundamento legal da infração e da multa no corpo do auto de infração O que é inadmissível.

Como já abordado nas preliminares, não há como acatar esta argumentação suscitada, tendo em vista que não vislumbro no auto de infração nenhuma das nulidades previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

E ainda, todos os pré-requisitos necessários ao Auto de Infração, estão de acordo com o que dispõe o art. 10 do Decreto nº 70.235/72 .

Veja-se que o lançamento tributário foi efetuado na vigência do art. 90 da MP nº 2.158- 35/2001, o qual previa a exigência de ofício das diferenças apuradas em declaração do sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos administrados pela SRF. A teor do que dispõe o art. 144 do CTN, “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

Do seu exame, verifica-se que foi lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal e nele estão demonstradas as infrações imputadas à recorrente, a fundamentação exigência do tributo e das cominações legais, bem como consta de maneira muito sintética a descrição dos fatos e o enquadramento legal. Apesar de sintética, não houve cerceamento de defesa, dado que em sua impugnação o contribuinte entendeu exatamente a acusação imputada e pode exercer o seu amplo direito de defesa.

Portanto, tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009).

Portanto correto o lançamento efetuado para exigência das diferenças de COFINS devido com base na própria declaração do sujeito passivo e a proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não tem cabimento.

7) DA COMPENSAÇÃO DA COFINS.

7.1) Das Inconstitucionalidades do FINSOCIAL e do PIS.

A Recorrente alega que o Finsocial foi instituído pelo DL nº 1940/82, cuja alíquota foi estabelecida em 0,5%. O artigo 56 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu a continuidade de sua cobrança, até que a lei dispusesse sobre o artigo 195, inciso I, da CF/88. Em 15.12.89, foi publicada a Lei 7689/88, por força da qual tentou-se, inconstitucionalmente, implementar a condição estabelecida no artigo 56 do ADCT. Por outro lado, leis posteriores, eivadas, também de manifesta inconstitucionalidade, promoveram diversos e sucessivos aumentos na alíquota do Finsocial.

O artigo 9º, da Lei nº 7689/88, que manteve o Finsocial a título de contribuição social, assim como os referidos Diplomas Legais que promoveram, sucessivamente, a majoração das alíquotas para 1%, 1,2% e 2%, foram consideradas inconstitucionais pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE, interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O PIS foi instituído pela LC nº 07/70, que dispôs em seu artigo 3º que o Fundo de Participação seria constituído de duas parcelas:

I - mediante dedução do imposto de renda devido, na forma estabelecida no § 1º do artigo 3º, processando-se o seu pagamento junto com o recolhimento do IR; (empresas

prestadoras de serviços); II - a outra parcela com recursos próprios de empresa, com base no faturamento (comerciais e industriais).

Todavia essa sistemática foi alterada pelos DL nº 2445/88 e 2449/88 que estabeleceram nova alíquota e base de cálculo. O STF julgou inconstitucionais as alterações introduzidas pelos malsinados DL 2.445/88 e 2.449/88, ao julgar o RE nº 148.754-2/RJ.

Como se vê, tomou-se a Recorrente, legítima credora da União Federal, relativamente às importâncias do Finsocial e do PIS pagas a maior. Por conseguinte, a Recorrente procedeu a compensação dos valores pagos indevidamente, com parcelas devidas a título de PIS e COFINS.

7.2) DA COMPENSAÇÃO

A Recorrente alega que o artigo 170 do CTN, o artigo 66 da Lei nº 8.383/91, o artigo 58 da Lei nº 9.069/95 e o artigo 39 da Lei nº 9.250/95, asseguram ao contribuinte o direito de proceder a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior.

Que por força da Lei nº 9.430/96 e, sobretudo, Decreto nº 2.138/97, as restrições impostas no tocante a compensação de tributos de mesmo código fiscal e de mesma natureza e destinação constitucional, **foram superadas**, reconhecido aos contribuintes, realizarem a compensação entre tributos federais, ainda que não tenham a mesma destinação constitucional. Reproduz o artigo 1º do decreto 2138/97:

Art.1 - É admitida a compensação de créditos do sujeito passivo perante a Secretaria da Receita Federal, decorrentes de restituição ou ressarcimento, com seus débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da mesma Secretaria, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

Como visto acima, a Recorrente entende que teria o direito de compensar os débitos de COFINS com eventuais créditos relativos aos recolhimentos indevidos ou a maior de FINSOCIAL e/ou PIS, tendo informado tal compensação em DCTF Retificadora, porém **sem formalizar os respectivos pedidos de compensação em processo administrativo** conforme dispunha as IN SRF nº 21/97 e 73/97.

Ou seja, alega ter o direito de ter **auto compensado** débitos de COFINS com o eventual créditos de tributo de FINSOCIAL e/ou PIS, **tributos de espécies diferentes**, muito provavelmente realizando a compensação na própria contabilidade.

Sem razão a defesa.

O Código Tributário Nacional prevê como forma de extinção do crédito tributário a compensação. Entretanto, reza o artigo 170, também do Código Tributário Nacional que:

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

É verdade que o art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, permitia a compensação de tributos da mesma espécie sem a necessidade de autorização prévia. Mas também é

verdade que a lei determinava a regulamentação desse dispositivo pela Receita Federal. Ao dispor sobre compensação, a Lei nº 8.383/1991, em seu art. 66, assim determina:

Art. 66 - Nos casos de pagamento indevido, ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

(...).

A regulamentação desse dispositivo legal se dava, à época da compensação em análise, pela Instrução Normativa SRF nº 21, de 10 de março de 1997, com as alterações promovidas pela IN SRF nº 73/97, que permitia a compensação de tributos **de mesma espécie** independentemente de requerimento. Porém, no caso sob análise, **por se tratar de tributos de espécie diferentes**, em seu art.12, somente autorizava a utilização de crédito para compensação, após a apresentação do requerimento formalizado no **Pedido de Compensação**, conforme formulário próprio.

Art. 12. Os créditos de que tratam os arts. 2º e 3º, inclusive quando decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, serão utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.

§ 1º A compensação será efetuada entre quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

§ 2º (...).

§ 3º A compensação a requerimento, formalizada no "Pedido de Compensação" de que trata o Anexo III, poderá ser efetuada inclusive com débitos vencidos, desde que não exista débitos vencidos, ainda que objeto de parcelamento, de obrigação do contribuinte. (Redação dada pela IN SRF nº 73/97, de 15/09/1997).

(...).

Quanto a definição de tributos da mesma espécie a que se refere o § 1º do art. 66, da Lei nº 8383/1991, cabe aqui reproduzir o Ato Declaratório Normativo - COSIT nº 15, de 30.03.1994:

ADN - Ato Declaratório Normativo do COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO - COSIT nº15 de 30.03.1994 - D. O. U.: 04. 04. 1994

Dispõe sobre a compensação de tributos e contribuições, nos casos de pagamento indevido ou a maior.

(...)

(...) *declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e aos demais interessados, que a compensação de tributos e contribuições federais, nos casos de pagamento indevido ou a maior, só' poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie (§ 1º do art. 66. da Lei nº 383/91), isto é, que tenham o mesmo fato gerador, não podendo o contribuinte compensar créditos relativos a um imposto com débitos de outro imposto; créditos de uma contribuição com débitos de um imposto; créditos relativos a uma contribuição com débitos de outra contribuição; nem mesmo créditos de contribuição extinta, como é o caso do FINSOCIAL, com débitos de contribuição vigente – COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.*(grifamos).

Em que pese a alteração na legislação pertencente à matéria, introduzida pelo art. 74 de Lei 9.430/96, que permitiu à Secretaria da Receita Federal autorizar a compensação de quaisquer tributos e contribuições sob a sua administração, condicionando, entretanto, a compensação à autorização prévia da SRF, mediante pedido formulado em processo administrativo à parte.

Portanto, após tal alteração ser possível a compensação de débitos relativos à COFINS com créditos de outros tributos e contribuições administrados pela SRF, é indispensável **requerimento prévio do contribuinte à SRF**, para que seja autorizada a compensação pleiteada, não podendo o contribuinte simplesmente efetuar a compensação de créditos de FINSOCIAL e/ou PIS com débitos de COFINS, sem prévia anuência da SRF, nos termos dos dispositivos legais supracitados.

Sendo assim, mesmo as compensações informadas na DCTF estão em desacordo com a legislação que rege a matéria, motivado pela impossibilidade da compensação de contribuições **de espécies diferentes** sem a prévia anuência da SRF.

Portanto, de acordo com a norma legal acima, a auto compensação de crédito do FINSOCIAL e/ou do PIS com o débito da COFINS que diz ter procedido, resta totalmente im procedente.

8) ACRÉSCIMO DE JUROS AO CRÉDITO COMPENSÁVEL e INFORMAÇÃO DO VALOR COMPENSADO NA DCTF..

Alega que de acordo com o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95 e com a IN SRF nº 22/96, o valor do crédito compensável será acrescido de juros, incidentes a partir de 1º de janeiro de 1996.

Destaca que os valores compensados foram informados na DCTF, sendo, portanto, inconsistente a presente autuação. Tendo sido realizada a compensação tributária não há que se falar em débito de COFINS e nem se alegue que a compensação somente é possível mediante prévia autorização, pois conforme demonstrado acima, a lei e outras normas administrativas possibilitam a compensação imediata pelo contribuinte.

Como já analisado item anterior, qual seja, a Recorrente não ter o direito de ter **auto compensado** débitos de COFINS com o eventual créditos de tributo de FINSOCIAL e/ou PIS, **tributos de espécies diferentes**, mesmo as compensações enformadas na DCTF estão

em desacordo com a legislação que rege a matéria pela impossibilidade da compensação de contribuições de espécies diferentes sem a prévia anuência da Administração Tributária.

Posto isto, resta então, descabida a aplicação de juros sobre tais créditos.

9) DOS JUROS DE MORA E INCONSTITUCIONALIDADE DA SELIC

Aduz a Recorrente que na presente autuação fiscal estão inclusos juros de mora, que superam em muito a 1% ao mês sobre o montante atualizado. Isso ocorre porque foi utilizada taxa mensal superior a 1%, contrariando o Decreto Lei nº 2.052/83 e alterações, o § 1º do artigo 161 do CTN e o próprio artigo 192 da Constituição. Se não fosse suficiente, fundadas dúvidas levam a crer que a taxa é calculada sobre o montante apurado no mês anterior que já inclui o valor do juros de mora anterior. Isso faz com que haja a incidência de juros sobre juros, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

No referido procedimento fiscal, está sendo utilizada a Taxa SELIC, ora como sucedâneo dos juros moratórios, ora dos juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

Ocorre que a aplicação da taxa Selic é determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065/95 e pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96 – dispositivos de lei que se encontram em vigor, não tendo sido revogados nem julgados inconstitucionais, sendo por isso de aplicação obrigatória pelos agentes fiscais, conforme exigido pelo art. 142 do CTN.

A matéria, inclusive, já se encontra pacificada e foi sumulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4:

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

Além disso, em julgado recente, o STF decidiu pela incidência da taxa SELIC para a atualização de débitos tributários:

“1. Recurso Extraordinário. Repercussão geral.

2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.(...)”

(RE 582.461/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe18.08.2011, p. 177).

Com efeito, na medida em que a atividade do lançamento é estritamente vinculada à aplicação da lei, é dever do agente fiscal aplicar as normas vigentes.

Por tais motivos, conclui-se pela manutenção da taxa Selic.

10) CONCLUSÃO

Por todo o exposto, e considerando que não há nenhum reparo a ser feita nos cálculos elaborados pela DRJ, voto para **negar provimento ao recurso voluntário** interposto pelo sujeito passivo, mantendo-se integralmente o contido no Acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator