



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

Processo nº 13808.001254/2001-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-001.764 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de abril de 2012
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente PEM ENGENHARIA S/A
Recorrida DRJ em CAMPINAS-SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/1998 a 31/07/1998, 01/09/1998 a 30/11/1998, 01/01/2000 a 30/09/2000

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA Nº 7.

Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. NULIDADE. INCABÍVEL.

Equívocos na apuração da base de cálculo que afetem apenas o aspecto quantitativo da exigência tributária não traz mácula ao lançamento capaz de ensejar sua nulidade.

LANÇAMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO INCLUÍDO NO REFIS.

Deve ser cancelado o lançamento de crédito tributário que comprovadamente foi incluído no Refis por meio de declaração apresentada antes do início do procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

No lançamento de ofício, é cabível a imposição de multa no percentual previsto em lei legitimamente inserta na ordem jurídica nacional, o qual não pode ser reduzido sob o argumento de ofensa ao princípio do não-confisco.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. CIÊNCIA. ESPONTANEIDADE.

A mera ciência do Mandado de Procedimento Fiscal não configura o início da ação fiscal e ao sujeito passivo da obrigação tributária é facultado o recolhimento ou pagamento dos tributos com os acréscimos legais aplicáveis no procedimento espontâneo enquanto não emitido ato de ofício, com intimação ao sujeito passivo, pelo servidor competente para a execução da ação fiscal.

**PAGAMENTO ANTERIOR AO INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL.
LANÇAMENTO. INCABÍVEL.**

Deve ser cancelada a parte do crédito tributário extinto por pagamento efetuado anteriormente à ciência do primeiro ato de ofício praticado por servidos competente para execução da ação fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em afastar a possibilidade de suscitar de ofício a preliminar de nulidade referente à ausência de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Vencidos os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior e Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva. No mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Votou pelas conclusões o Conselheiro João Carlos Cassuli Junior.

Fez sustentação oral pela recorrente o Dr. Pedro Henrique Silva,
OAB/SP291595

NAYRA BASTOS MANATTA - Presidente.

SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA - Relatora.

EDITADO EM: 11/06/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sílvia de Brito Oliveira, Helder Massaaki Kanamaru (Suplente), Gilson Macedo Rosenburg Filho, João Carlos Cassuli Junior, Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva e Nayra Bastos Manatta (Presidente).

Relatório

Trata-se de exigência tributária relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos nos períodos de junho a julho de 1998, de setembro a novembro de 1998 e de janeiro a setembro de 2000, em virtude da constatação, pela fiscalização, da falta de pagamento da referida contribuição.

A peça fiscal foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas-SP (DRJ/CPS) julgou procedente em parte o lançamento, nos termos do voto condutor do Acórdão constante das fls. 338 a 443, para excluir do crédito tributário constituído os valores retidos por órgão público nos períodos de apuração de julho, setembro e novembro de 1998.

O inconformismo com essa decisão motivou a interposição de recurso voluntário, às fls. 363 a 375, para alegar, em preliminar, a ocorrência da prescrição, tendo em vista que a impugnação ao feito fiscal foi apresentada em 16 de abril de 2001 e a ciência da decisão da primeira instância se deu em setembro de 2006, configurando-se, pois, a paralisação do processo por mais de cinco anos, por absoluta inércia da administração fazendária.

Ainda em preliminar, alegou-se a nulidade do lançamento, por faltarem a liquidez e a certeza necessária à cobrança do crédito tributário, pois a fiscalização não considerou pagamentos efetuados antes da lavratura e ciência do auto de infração.

Relativamente ao mérito, a recorrente alegou, em síntese, que:

I – o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a setembro de 2000 fora extinto por pagamento, conforme Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (Darf) acostados à impugnação;

II – a base de cálculo do mês de janeiro de 2000 é R\$ 1.078.977,92 (um milhão setenta e oito mil novecentos e setenta e sete reais e noventa e dois centavos) e não o valor apurado pela fiscalização (R\$ 859.289,36);

III – o crédito tributário correspondente aos meses de junho a novembro de 1998 encontra-se extinto por força de retenções e pagamentos efetuados pela Diretoria de Engenharia Naval, em conformidade com o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV – o saldo relativo ao mês de janeiro de 2000, no valor de R\$ 16.000,80 (dezesseis mil reais e oitenta centavos) não pode prevalecer no lançamento, pois encontra-se com a exigibilidade suspensa por ter sido incluído no Programa de Recuperação Fiscal (Refis) instituído pela Lei nº 9.964, de 2000, conforme art. 4º, § 4º, inc. II, dessa lei e art. 151, inc. VI, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN); e

IV – tratando-se de débito com exigibilidade suspensa, deve ser excluída a aplicação da multa de ofício, por força do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Por fim, alegaram-se o caráter confiscatório da multa de ofício e a impropriedade da utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para cálculo dos juros moratórios, uma vez que essa taxa pode ser utilizada única e exclusivamente no mercado financeiro.

Ao concluir, a recorrente afirmou que a autuação deve ser cancelada por não possuir suporte na realidade fática e por contrariar comandos legais aplicáveis ao caso e solicitou a reforma parcial da decisão recorrida para declarar a improcedência do lançamento ou que seja determinada diligência para comprovação dos pagamentos à vista e parcelados e das retenções efetuadas, computando-os para apuração de eventual saldo devedor e, ainda, caso subsista a autuação, para que seja reconhecida a invalidade da cobrança de juros com aplicação da taxa Selic e da exigência de multa de ofício, em face do seu caráter confiscatório.

Em sessão realizada em 8 de maio de 2008, a 4ª Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes resolveu converter o julgamento do recurso voluntário em diligência para que, na unidade de origem, fossem elaboradas planilhas com vista a demonstrar, do crédito tributário constituído nestes autos, quais os valores, por período de apuração, estão parcelados no âmbito do Refis e quais foram objeto de pagamento, apurando-se o saldo devedor porventura remanescente, caso sejam considerados os pagamentos efetuados com gozo da espontaneidade e a inclusão de débitos no Refis.

O processo foi remetido ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) com a informação das fls. 445 e 446, que, sumariamente, esclarece que:

1) os valores efetivamente pagos antes do início do procedimento fiscal foram considerados;

2) os saldos remanescentes dos períodos de apuração de junho e julho de 1998, e de setembro a novembro de 1998 já estão deduzidos dos valores declarados no Refis e das retenções efetuadas por órgãos públicos;

3) no período de apuração de janeiro de 2000, o valor de R\$ 16.000,80 declarado no PGD não foi consolidado no Refis e, portanto, não há duplicidade de cobrança.

4) o valor de R\$ 9.410,13 autuado no período de janeiro de 2000 foi transferido para o processo nº 13807.005281/2005-76 e incluído no Refis; e

5) para os demais débitos do ano-calendário 2000, os pagamentos foram efetuados após o início do procedimento fiscal, podendo ser utilizados para amortização do auto de infração.

À fl. 423, foi anexada planilha demonstrativa dos débitos apurados, transferidos para o Refis e dos pagamentos realizados.

Sobre essas informações, a contribuinte manifestou-se, às fls. 449 a 451, para acostar aos autos quadro comparativo dos valores da Cofins por ela apurados, dos valores apurados pela fiscalização e das inclusões no Refis e pagamentos efetuados e solicitar o provimento do seu recurso para cancelar o auto de infração ou, alternativamente, para, no período de janeiro a setembro de 2000, cancelar a exigência do principal e da multa de ofício, mantendo-se apenas a cobrança da multa de mora para os pagamentos efetuados após o vencimento.

Na sessão de 25 de maio de 2010, fui vencida na minha proposta de voto e a maioria do colegido resolveu novamente converter o julgamento do recurso voluntário em diligência, nos termos do voto vencedor do Conselheiro Júlio César Alves Ramos, para, em suma, solicitar que a unidade preparadora destes autos juntasse *“o Termo por meio do qual foi cientificado ao contribuinte o início do procedimento fiscal e, conseqüentemente, excluída sua espontaneidade”* ou, na hipótese de não ter havido nenhum ato escrito anterior ao Termo de Verificação Fiscal, para que essa circunstância fosse atestada nos autos.

À fl. 441, consta a informação de que não foi emitido o termo de início de fiscalização e a ação fora iniciada com o Termo de Início de Diligência Fiscal, do qual a contribuinte teve ciência em 03 de julho de 2000, decorrente do Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D) 008133002000006362, que amparou a ação fiscal relativa ao processo 13805.004021/95-89.

Foi anexada a estes autos cópia do referido Termo de Início de Diligência extraída do processo 13808.001373/2001-43, que cuida do auto de infração do Finsocial.

Sobre essa informação produzida nesta última diligência, a contribuinte manifestou-se, às fls. 456 a 460, para alegar, em síntese, que o início de fiscalização do Finsocial não exclui a espontaneidade quanto à Cofins e requerer a manutenção da espontaneidade para os recolhimentos efetuados em 19 de outubro de 2000.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sílvia de Brito Oliveira

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), por isso deve ser conhecido.

Inicialmente, tendo sido suscitada de ofício, pelo Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, preliminar de nulidade relativa à ausência de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) específico para a ação fiscal de que resultou o lançamento de que aqui se cuida, cumpro-me expor as razões norteadoras do meu voto quanto a essa matéria.

(cobrar voto Cassuli)

Preliminarmente, sobre a alegada prescrição, cabe trazer a lume a súmula nº 7 do extinto Segundo Conselho de Contribuintes aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007. Tal Súmula, de aplicação obrigatória por força do art. 72, § 4º, do Regimento Interno do Carf aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, tem o seguinte teor:

Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

Quanto à suscitada nulidade do lançamento por falta de certeza e liquidez do crédito tributário, observe-se que o processo administrativo fiscal presta-se exatamente a imprimir certeza e liquidez ao crédito tributário lançado.

Assim, não vislumbro mácula no lançamento capaz de acarretar a nulidade da peça fiscal, pois está-se diante de procedimento, equivocado ou não, que traz implicações apenas no aspecto quantitativo da exigência tributária que, no âmbito do processo de determinação e exigência do crédito tributário, pode ser corrigido, com cancelamento total ou parcial da exigência, em decorrência das impugnações e recursos regularmente interpostos pelo sujeito passivo, conforme art. 145, inc. I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Relativamente às razões recursais atinentes aos fatos geradores de junho a novembro de 1996, à vista das informações produzidas em atenção à diligência determinada pela 4ª Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, verifica-se que as retenções efetuadas, nos termos do art. 64 da Lei nº 9.430, de 1996, bem como os débitos incluídos no Refis, já foram considerados. Cabe observar, inclusive, que os valores da Cofins cuja retenção foi comprovada, nos meses de julho, setembro e novembro de 1998, que não haviam sido considerados pela fiscalização, já foram excluídos do lançamento, em conformidade com a decisão recorrida.

Alegou-se ainda o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada. Ocorre que tal multa está prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações posteriores, e tal diploma legal encontra-se em vigor e foi legitimamente inserto na ordem jurídica pátria, por isso, considerando a estrita vinculação legal da atividade administrativa, não poderia a fiscalização, tampouco este colegiado, afastar sua aplicação,

conforme art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009.

Registre-se ainda que a ofensa ao dispositivo legal que veicula a multa imposta a princípios constitucionais não é matéria oponível na via administrativa e, sobre isso, foi editada a Súmula nº 2, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007, de aplicação obrigatória por este colegiado, por observância ao disposto no art. 72, § 4º, do precitado Regimento Interno. Referida Súmula possui o seguinte teor:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Quanto à utilização da taxa Selic, cabe registrar que essa questão foi objeto da Súmula nº 3, aprovada na sessão plenária de 18 de setembro de 2007 do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Relativamente aos fatos geradores de janeiro de 2000, alegou-se que o saldo de R\$ 16.000,80 (dezesesseis mil reais e oitenta centavos) apurado pela própria recorrente está incluído no Refis. Nesse período, a fiscalização apurou valor da Cofins menor do que o apurado pela contribuinte e, deduzindo o pagamento de R\$ 16.368,54 (dezesesseis mil trezentos e sessenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos), apurou para lançamento R\$ 9.410,13 (nove mil quatrocentos e dez reais e treze centavos), que está incluído no Refis conforme tabela à fl. 423 e Declaração Refis à fl. 245. Portanto, deve ser cancelado o lançamento relativo a esses fatos geradores.

No que se refere à exigência da Cofins do período de fevereiro a setembro de 2000, conquanto tenha havido os pagamentos, conforme confirmado pela unidade preparadora destes autos, nos termos da planilha demonstrativa da fl. 423, a informação da diligência ratifica o entendimento da decisão recorrida de que os pagamentos realizados em 19 de dezembro de 2000 não mais estariam sujeitos aos acréscimos legais aplicáveis na hipótese de procedimento espontâneo, pois a contribuinte não mais gozaria da espontaneidade a partir da ciência do MPF em 06 de outubro de 2000.

Necessário então examinar estes autos para verificar, à luz das disposições legais vigentes, qual seria a data a partir da qual a ora recorrente não mais poderia efetuar o recolhimento do PIS devido apenas com os acréscimos decorrentes da mora.

Antes, porém, à vista do resultado da diligência determinada por este colegiado, com vista a verificar a existência de ato de ofício anterior a esse MPF que fosse capaz de caracterizar o início do procedimento fiscal e, portanto, excluir a espontaneidade, é necessário esclarecer que, com o termo de início de diligência que a fiscalização indicou para marcar o início do procedimento fiscal relativo à Cofins exigida nestes autos, iniciou-se a diligência determinada pela DRJ/SPO nos autos do processo 13805.004021/95-89 para verificação dos recolhimentos de Cofins do período de abril de 1992 a setembro de 1993.

Sobre a exclusão da espontaneidade, é necessário observar o disposto no parágrafo único do art. 138 do CTN, que estabelece:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Ora, o início de diligência com o fim específico de verificar os recolhimentos da Cofins no período de abril de 1992 a setembro de 1993 não pode, a meu ver, ser considerado procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração apontada nestes autos, a qual consiste na falta de pagamento da Cofins de períodos de apuração compreendidos entre junho de 1998 e setembro de 2000.

Destarte, a ciência pelo sujeito passivo de qualquer dos documentos produzidos na última diligência determinada por este colegiado se presta a marcar o início do procedimento fiscal relacionado à infração de que cuidam estes autos.

Quanto ao MPF pertinente a este processo, cumpre notar que, nos termos do art. 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, a espontaneidade é excluída pelo início do procedimento fiscal que, no caso, não se dá com a mera ciência do MPF. Isso porque, conquanto imprescindível para iniciar o procedimento fiscal, o MPF não configura ato de ofício praticado por servidor competente para a ação fiscal, pois, conforme art. 2º da Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007, os servidores competentes para a execução de procedimentos fiscais são os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB).

Nesse ponto, cabe lembrar que as autoridades competentes para emissão do MPF o são por força do exercício de cargo de dirigente que ocupam na instituição e não pela mera condição de ocupante do cargo de AFRFB.

Portanto, no caso em exame, o procedimento fiscal teve início com o primeiro ato de ofício praticado por um dos AFRFB designados no próprio MPF e, compulsando os autos, verifica-se que o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária, é o Termo de Verificação Fiscal da fl. 06, cuja ciência ocorreu em 15 de março de 2001.

Ainda que se prestasse a configurar o início do procedimento fiscal, não se pode olvidar que a espontaneidade é excluída apenas em relação ao tributo, ao período e à matéria expressamente inseridos no MPF, conforme depreende-se do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) SRF nº 5, de 17 de maio de 2002, cujo teor transcreve-se:

Art. 1º O início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação ao tributo, ao período e à matéria nele expressamente inseridos, e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Ademais, cumpre lembrar que a Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, em seu art. 19, com a redação dada pelo art. 71 da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, estabelece, **ipsis litteris**:

Art. 19. O processo de lançamento de ofício será iniciado pela intimação ao sujeito passivo para, no prazo de vinte dias, apresentar as informações e documentos necessários ao procedimento fiscal, ou efetuar o recolhimento do crédito tributário constituído.

(...)

Diante do exposto, entendo que os pagamentos efetuados pela contribuinte estavam sujeitos apenas aos acréscimos legais aplicáveis ao procedimento espontâneo, ou seja, multa e juros de mora, e, dessa forma, considerando as informações prestadas pela fiscalização às fls. 423, voto pelo provimento parcial do recurso para, no período de janeiro a setembro de 2000, cancelar o crédito tributário no valor de R\$ 860.516,23 (oitocentos e sessenta mil quinhentos e dezesseis reais e vinte e três centavos) e a multa de ofício correspondente a esse valor cancelado, conforme tabela a seguir.

Período de Apuração	Valor Lançado (R\$)	Valor Cancelado (R\$)	Valor Mantido (R\$)
Ano-calendário 2000			
Janeiro	9.410,13	9.410,13	0,00
Fevereiro	63.048,81	63.048,81	0,00
Março	97.004,58	97.004,59	0,00
Abril	94.198,51	94.198,51	0,00
Maio	86.982,18	86.982,18	
Junho	129.968,46	129.968,46	
Julho	126.007,95	126.007,95	
Agosto	190.959,42	190.838,65	120,77
Setembro	63.612,60	63.056,95	555,65
TOTAL	861.192,63	860.516,23	676,42

É como voto.

Sílvia de Brito Oliveira - Relatora

Processo nº 13808.001254/2001-91
Acórdão n.º **3402-001.764**

S3-C4T2
Fl. 477

CÓPIA