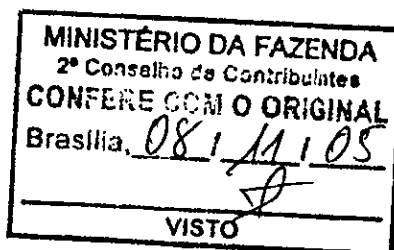




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13819.003620/2002-06
Recurso nº : 126.544
Acórdão nº : 203-10.319



2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : FESTIPAN PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR. LANÇAMENTO DE OFÍCIO POR AUTO DE INFRAÇÃO. O Decreto nº 70.235/72 permite ao Fisco escolher entre auto de infração e notificação de lançamento para constituir de ofício o crédito tributário, de acordo com as condições e necessidades que se façam presentes.

PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. A alegação de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, não merece acolhimento, quando estão minuciosamente relacionados todos os fatos e dispositivos legais que o ensejaram, possibilitando à recorrente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal. **Preliminares rejeitadas.**

NORMAS PROCESSUAIS. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.718/98 E DAS LEIS QUE REGEM A MULTA DE OFÍCIO E OS JUROS DE MORA. O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

PIS. MULTA DE OFÍCIO. A aplicação multa de 75% tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, visto que a exigência foi formalizada de ofício.

JUROS DE MORA. O § 1º do art. 161 do CTN dispõe que serão calculados à taxa de 1% ao mês somente quando a lei não dispuser de modo diverso.

SELIC. A taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os créditos tributários não recolhido no seu vencimento, ou seja, Lei nº 9.430/96.

Recurso negado.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade; e no mérito, em negar provimento ao recurso.**

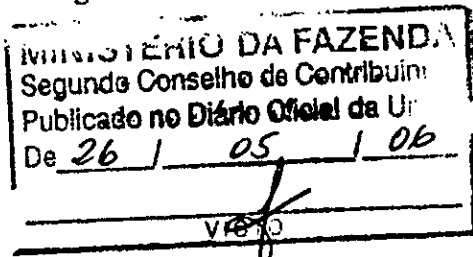
Sala das Sessões, em 09 de agosto de 2005.

Antonio Bezerra Neto
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Maria Teresa Martínez López, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Mauro Wasilewski (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Cesar Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

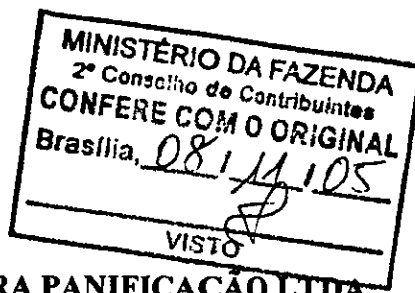
Eaal/inp





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13819.003620/2002-06
Recurso nº : 126.544
Acórdão nº : 203-10.319



2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : FESTIPAN PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

A empresa FESTIPAN PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA, em 23/09/2002, foi autuada (doc. fls. 101/103) por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de apuração de julho de 1999 a março de 2000. Exigiu-se a contribuição de devida, a multa de ofício e os juros de mora, perfazendo o auto de infração o total de R\$ 557.251,92.

Às fls. 102 o agente fiscal esclareceu:

“ ...

O contribuinte propôs as Ações Ordinárias nºs 1999.61.14.001607-4 e 1999.61.14.001951-8, visando obter declaração de inexistência da relação jurídico-tributária e o reconhecimento ao direito de efetuar compensação dos valores recolhidos indevidamente referentes ao PIS e ao FINSOCIAL, respectivamente.

Nos autos da Ação Ordinária nº 1999.61.14.001607-4, consta o indeferimento do pedido de antecipação de tutela sendo que, posteriormente, no mérito, foi proferida sentença julgando “parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher aos cofres públicos a contribuição para o PIS nos moldes dos Decretos-Lei nº 2445/88 e 2449/88, uma vez que a referida contribuição deve ser recolhida nos moldes da Lei Complementar nº 07/70. Autorizo a compensação dos créditos de PIS com parcelas vincendas de PIS, COFINS, CSLL e IR, ...” (fls. 51 a 61). Da referida sentença houve apelação ao TRF 3ª Região, onde se encontra concluso aguardando decisão (fls. 50).

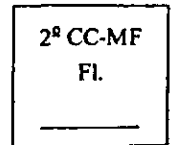
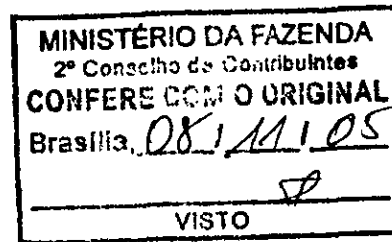
Em relação a Ação Ordinária nº 1999.61.14.001951-8, verificamos ter sido indeferido o pedido de antecipação de tutela porém, no mérito, julgou “parcialmente procedentes os pedidos para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e a ré, relativamente ao recolhimento da contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, à alíquota superior a 0,5%..., bem como para declarar o direito da parte autora para compensar os valores recolhidos a esse título de contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS...”. Da referida sentença houve apelação ao TRF 3ª Região, onde se encontra concluso aguardando decisão (fls. 62 a 80).

...

Em razão das decisões judiciais acima relatadas (A.O. nºs 1999.61.14.001607-4 e 1999.61.14.001951-8), o contribuinte informou-nos ter compensado débitos de COFINS com créditos de PIS e de FINSOCIAL, referente aos períodos de apuração de JULHO/99 a MARÇO/00 (fls. 98).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13819.003620/2002-06
Recurso nº : 126.544
Acórdão nº : 203-10.319

Assim sendo, considerando-se não ter sido concedida a antecipação de tutela em ambas as ações, bem como o fato do recurso interposto não ter o condão de obrigar as partes enquanto a sentença não for confirmada pelo Tribunal, nos termos do artigo 475, inciso II do CPC (Código de Processo Civil) e ainda, por não se encontrar o contribuinte ao abrigo do artigo 151 do CTN (Código Tributário Nacional), procedemos ao lançamento dos créditos compensados, que constituem objeto do presente auto de infração, conforme informado no Demonstrativo de Apuração (fls. 99).

...”

Na impugnação tempestiva de fls. 107/130 a autuada alegou, em suma, que:

- o procedimento fiscal era ilegal, pois desrespeitou decisões judiciais proferidas nas Ações Declaratórias nºs 1999. 61.14.001951-8 e 1999.61.14.001607-4, que autorizaram a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS e Finsocial com a Cofins;

- o auto de infração lavrado com imposição de multa não era o meio competente para a efetivação da presente cobrança, pois cabia ao agente do fisco apenas constatar e descrever a infração e propor a aplicação de penalidade e não aplicá-la de pronto, sob pena de usurpar a função do órgão julgante;

- ninguém podia ser acusado e ao mesmo tempo condenado sem a ampla defesa;

- dessa forma, era inaplicável a multa de ofício lançada;

- tinha o direito à compensação efetuada, com fulcro em decisão judicial;

- era inexigível a Cofins com base na Lei nº 9.718/98, face à inconstitucionalidade da lei; e

- a Selic era inaplicável como taxa de juros, por ferir expressamente o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, e o artigo 161 do CTN.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada (doc. fls. 210/217):

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/03/2000

Ementa: COMPENSAÇÃO INDEVIDA. Somente é cabível a compensação de créditos tributários líquidos e certos, vencidos ou vincendos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, conforme determinado pelo art. 170 do CTN.

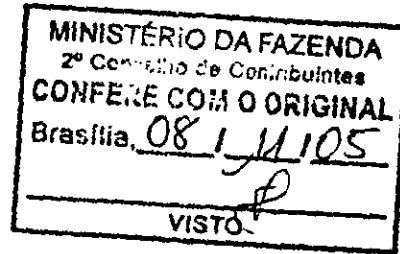
AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE. A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial. O auto de infração, mesmo nesta hipótese, é meio adequado para efetivação do lançamento.

Controle de Constitucionalidade. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13819.003620/2002-06
Recurso nº : 126.544
Acórdão nº : 203-10.319



Lançamento Procedente

Inconformada com a decisão de primeira instância, a interessada, às fls. 221/277, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Segundo Conselho de Contribuintes, onde reiterou seus argumentos da sua impugnação e onde ressaltou a inconstitucionalidade da exigência de multa no percentual de 75%.

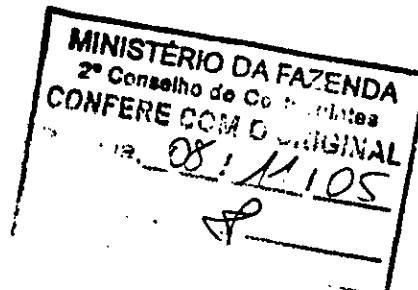
Às fls. 278/293 processou-se o arrolamento de bens para garantia da instância recursal.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13819.003620/2002-06
Recurso nº : 126.544
Acórdão nº : 203-10.319



2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO BÉZERRA NETO

O recurso voluntário cumpre os requisitos legais necessários para o seu conhecimento.

Trata o presente processo de exigência de ofício da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de apuração de julho de 1999 a março de 2000, pela glosa das compensações efetuadas pela recorrente entre os débitos lançados com supostos créditos decorrentes das Ações Judiciais nºs 1999.61.14.001951-8 e 1999.61.14.001607-4.

No apelo apresentado a este Conselho a recorrente reeditou na íntegra todos os argumentos expendidos na sua impugnação. Em sede preliminar alegou que não cabia o lançamento do crédito tributário, por meio de auto de infração, e que o feito era nulo, por cerceamento do seu direito de defesa. No mérito, defendeu o direito à compensação glosada e argüiu a inconstitucionalidade da cobrança da Cofins com base na Lei nº 9.718/98, da multa e dos juros de mora lançados, questionando os percentuais exigidos.

Preliminares:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO POR MEIO DE AUTO DE INFRAÇÃO

Em verdade, os argumentos apresentados pela impugnante, em sede de preliminar, decorrem exclusivamente do fato de que ela não concorda com a utilização de auto de infração para constituir o crédito tributário na hipótese dos autos.

O Decreto nº 70.235/72 apresenta os instrumentos para que o Fisco constitua o crédito tributário: auto de infração e notificação de lançamento (arts. 10 e 11). O artigo 9º do mesmo instrumento estipula que cabe ao Fisco a escolha entre um destes instrumentos, de acordo com as condições e necessidades que se façam presentes. Com essa prerrogativa, o autuante constituiu o crédito tributário em lide mediante a lavratura do auto de infração de fls. 101/103, onde se exigiu a contribuição devida, a multa de ofício e os juros de mora. No feito fiscal está descrito o motivo do lançamento e a infração cometida.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

A autuação é procedimento inquisitivo que independe da prévia notificação ou informação da penalidade a ser aplicada. O direito de defesa da autuada é exercido pela apresentação de impugnação ao feito quando se instaura a fase litigiosa no processo administrativo fiscal.

Em relação às hipóteses de nulidade do auto de infração, o art. 59, do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, assim dispõe:

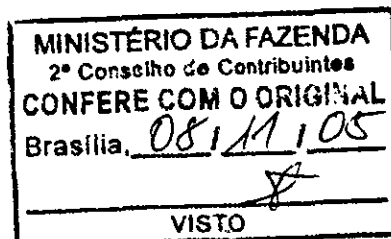
"Art. 59. São Nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13819.003620/2002-06
Recurso nº : 126.544
Acórdão nº : 203-10.319

Na análise dos autos, vejo que a alegação de nulidade do feito fiscal, por cerceamento do direito de defesa, não merece acolhimento. No auto de infração lavrado e nos documentos anexos ao mesmo foram minuciosamente relacionados todos os fatos e dispositivos legais que o ensejaram que possibilitou à recorrente o pleno exercício do seu direito de defesa, nos termos do Decreto nº 70.235/72, ao apresentar sua impugnação de fls. 107/130.

Isso posto, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas.

Mérito:

COMPENSAÇÃO DA COFINS COM CRÉDITOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL

Em relação à compensação alegada, embora o contribuinte tenha decisão favorável autorizando a compensação dos valores recolhidos a maior de PIS e Finsocial com a Cofins, tal decisão não torna o crédito em líquido e certo uma vez que ela não é executável, pois está sujeita à revisão obrigatória, como deixa bem claro o despacho denegatório da tutela antecipada prolatado na Ação Declaratória nº 1999.61.14.001607-4 (fl. 51), que a compensação somente poderia ser feita após o trânsito em julgado.

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e das leis que regem a multa de ofício e os juros de mora, é pacífico neste Colegiado o entendimento que não compete à autoridade administrativa a apreciação, atributo exclusivo do Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional.

MULTA DE OFÍCIO

No que tange à multa de ofício verifico que é plenamente aplicável ao caso em tela, e o percentual de 75% tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, visto que a exigência foi formalizada de ofício e a exigibilidade do crédito tributário não estava suspensa nos termos do CTN.

JUROS DE MORA

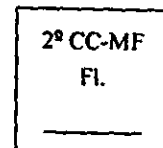
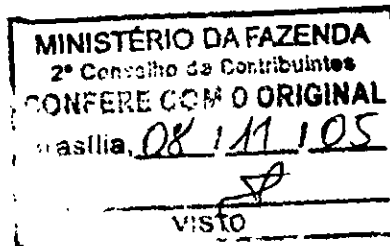
No tocante aos juros de mora, o § 1º, do art. 161, do CTN dispõe que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% ao mês, somente quando a lei não dispuser de modo diverso. A exigência desses encargos nos percentuais lançados se deu conforme dispositivos legais em pleno vigor. A taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os créditos tributários não recolhidos no seu vencimento, ou seja, Lei nº 9.430/96, e este não é o foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade porventura existente na lei.

Ainda em relação aos juros cobrados, cabe ressaltar que o STF já decidiu que o § 3º do art. 192 da CF/88, revogado pela EC nº 40/2003, não tinha vida própria e dependia de edição de lei complementar para ter eficácia. Ademais, citado dispositivo constitucional referia-se à concessão de crédito sem qualquer relação com a norma do art. 161 do CTN, que trata dos juros de mora na cobrança de crédito tributário não integralmente pago no vencimento.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 13819.003620/2002-06
Recurso n^o : 126.544
Acórdão n^o : 203-10.319



Pelas razões acima expostas, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de agosto de 2005.

Antonio Bezerra Neto
ANTONIO BEZERRA NETO