



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

Processo nº 19515.000943/2009-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-001.510 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO PIS COFINS
Recorrente VISCOPAR COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

DCOMP. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Nos casos em que a Dcomp não constitua confissão de dívida ou seja considerada não declarada, o crédito tributário é constituído por meio de lançamento de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a norma, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4.

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).

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 votos que integram o presente julgado.

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki (presidente), Mércia Helena Trajano Damorim, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Ausência momentânea do conselheiro Daniel Mariz Gudiño.

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo abaixo o relatório que compõe a Decisão Recorrida.

1. A pessoa jurídica acima identificada foi submetida a procedimento de auditoria que redundou na constituição de crédito tributário de PIS/PASEP e COFINS do ano-calendário de 2004, (autos de infração e respectivos demonstrativos de cálculo encontram-se anexados às fls. 76/80 e 82/86 as **folhas do processo** mencionadas neste relatório e no voto se referem à **numeração digital**).

2. No Termo de Constatação (fls. 74/75) foi consignado que:

A interessada apresentou PER/DCOMP em 16/11/2004, 07/12/2004, 09/12/2004 e 10/12/2004, os quais foram formalizados respectivamente sob os nºs 36774.78779.161104.1.3. 578990, 36991.62147.071204.1.3. 572408, 12296.42511.091204.1.3. 576326 e 05012.84073.101204.1.3. 570722, e examinados por meio do Processo Administrativo nº 10880720.160/ 2005-87.

Por meio dessas PER/DCOMP, a contribuinte pleiteou a utilização de créditos originários de ação judicial (RE37056), na compensação de débitos tributários de sua titularidade, conforme cópia do despacho decisório emitido pela DERAT/DIORT/EQITD.

As compensações foram consideradas **NÃO ADMITIDAS** pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo — DERAT/SPO.

Dentre esses débitos, constatou-se a existência de PIS/PASEP e COFINS informados na PER/DCOMP nº 05012.84073.101204.1.3.570722 que não foram informados em DCTF. Faz-se necessário, portanto, os lançamentos para a constituição dos mesmos.

3. As disposições legais que embasaram as autuações encontram-se citadas às fls. 80 e 86.

4. A interessada tomou ciência desses autos de infração em 02/04/2009 (fls. 88/89) e, em 17/04/2009, apresentou a impugnação de fls. 95/105, alegando, em síntese, que:

Pretendem as autoridades fiscais transformar o ato administrativo ora contestado em auto de infração e imposição de multa. À luz do disposto na legislação pertinente, verificamos que ao agente fiscal cabe apenas constatar e descrever a infração. O CTN, como lei complementar, prevê essa apuração por meio de procedimento do lançamento, no qual cabe ao

agente propor a aplicação da penalidade cabível, ou seja, devem ser feitos apenas o relatório circunstanciado e a capitulação e não a aplicação da penalidade; fazendo-o estará usurpando a função privativa do órgão julgante.

Conforme dispõe o art. 5º, inciso LV, da CF/88, "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Ninguém poderá ser acusado e ao mesmo tempo condenado sem defesa. Nessa esteira, o auto de infração sem prévia anuência do acusado é absolutamente nulo.

Estará a Impugnante, se condenada a pagar o "quantum" ora questionado, sendo despojada de seus bens sem qualquer oportunidade de defesa, fato que fere de forma absoluta os princípios constitucionais. Ninguém pode privar outrem dos bens que por direito lhe pertencem.

Por isto, conclui-se que o fiscal pode propor, mas não impor multa, vez que o auto de infração é meramente declaratório e não ato constitutivo, angariando a personalidade de um lançamento de ofício que deverá descrever a subsunção do conceito do fato ao conceito da norma, deixando a valoração ou cognição do conteúdo para o órgão julgante que realmente tem competência para apreciar e rever, não só os aspectos de direito como os de fato, e deduzir se ocorreram ou não os efeitos.

Embora os pedidos de compensação não tenham sido admitidos, é fato que a empresa declarou no formulário a existência dos referidos débitos, ou seja, o lançamento de ofício não se torna necessário, podendo o fisco propor a ação de cobrança a partir do débito declarado pelo contribuinte. Ou seja, desnecessário lançamento substitutivo quando o débito foi declarado pelo contribuinte, ainda que não tenha sido feito em DCTF, mas em outro formulário emitido pelo Fisco Federal.

A multa se configura verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte.

A cobrança de juros de mora com base na variação da SELIC não pode ocorrer, tendo em vista que se trata de taxa de juros remuneratórios e, como tal, não pode ser aplicada no cálculo do suposto débito da impugnante.

A SELIC foi criada e definida por resoluções do Banco Central e não por Lei.

Assim, não foram respeitados os ditames do artigo 161 do Código Tributário Nacional, uma vez que a Lei nº 9.065/95 não criou a Taxa SELIC.

A cobrança de juros superiores ao estabelecido pelo Código Tributário Nacional representa efetivamente um aumento de tributo sem lei que o autorize, o que afronta o artigo 150 da Constituição Federal/1988, que determina: "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União,

aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Os juros de mora aplicados nos cálculos da autuação não podem suplantar 1% ao mês, sem capitalização.

Requer-se a anulação dos autos de infração.

Sobreveio decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I, que julgou, por unanimidade de votos, improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido encontram-se consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. COMPETÊNCIA.

O auto de infração é o instrumento legal de que dispõe a administração fazendária para a formalização do crédito tributário correspondente não só aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, mas também à penalidade cabível.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. ANUÊNCIA PRÉVIA DO CONTRIBUINTE. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.

Não padece de nulidade o auto de infração lavrado sem a anuência prévia do contribuinte, posto que a oportunidade para este se manifestar é prevista em lei para a fase do contencioso administrativo.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de constitucionalidade ou legalidade de norma é atribuição do Poder Judiciário; não cabe à Administração proceder a tal exame a fim de afastar a aplicação de lei corretamente inserida no ordenamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2004

DCOMP NÃO ADMITIDA. DÉBITOS NÃO CONFESSADOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A DCOMP não admitida implicará o lançamento de ofício dos débitos tributários que não tenham sido confessados.

MULTA DE OFÍCIO.

Nos casos de lançamento de ofício, em que restou configurado ato infringente às normas tributárias, é exigível a multa ao percentual de 75%, por imposição legal.

JUROS DE MORA. SELIC.

Sobre o crédito tributário que deixou de ser recolhido na data do vencimento, são exigidos juros de mora com base na taxa SELIC, calculados até a data do efetivo pagamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2004

*DCOMP NÃO ADMITIDA. DÉBITOS NÃO CONFESSADOS.
LANÇAMENTO DE OFÍCIO.*

A DCOMP não admitida implicará o lançamento de ofício dos débitos tributários que não tenham sido confessados.

MULTA DE OFÍCIO.

Nos casos de lançamento de ofício, em que restou configurado ato infringente às normas tributárias, é exigível a multa ao percentual de 75%, por imposição legal.

JUROS DE MORA. SELIC.

Sobre o crédito tributário que deixou de ser recolhido na data do vencimento, são exigidos juros de mora com base na taxa SELIC, calculados até a data do efetivo pagamento.

Inconformada com a decisão, apresentou a recorrente, tempestivamente, o presente recurso voluntário. Na oportunidade, reiterou os argumentos colacionados em sua defesa inaugural.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A recorrente afirma que o presente auto de infração não é meio competente para a efetivação da cobrança, em especial quanto à imposição de multa, afirmando ainda a nulidade do lançamento posto feito sem anuência prévia.

Em atenção ao alegado, não se constata no presente lançamento nenhum vício passível de ensejar a nulidade do mesmo.

Adoto, neste ponto, o entendimento exarado no acórdão recorrido, abaixo transcrito:

6. Primeiramente, cumpre transcrever o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

7. De acordo com o dispositivo transcrito, compete à autoridade administrativa efetuar o lançamento, não somente para descrever o fato e sua subsunção à hipótese normativa, mas para constituir efetivamente o crédito tributário.

8. Complemente-se que no conceito de lançamento estão abrangidos os tributos e contribuições, bem como as penalidades pecuniárias. É o que se extrai do art. 149 desse mesmo diploma legal:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I- quando a lei assim o determine;

II- quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III- quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV- quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V- quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI- quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII- quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII- quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX- quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou

omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.
– g.n.

9. Do que se depreende do inciso VI, quando a autoridade administrativa estiver diante de uma infração sujeita a penalidade pecuniária, deverá lançá-la de ofício.

10. Note-se que o Decreto nº 7.574/2011, que consolidou as normas relativas ao processo administrativo fiscal, em seu art. 39, IV, determina que o auto de infração deve conter, dentre os requisitos essenciais, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável:

Art. 39. O auto de infração será lavrado no local da verificação da falta, devendo conter (Decreto no 70.235, de 1972, art. 10; Lei no 10.593, de 2002, art. 6º):

I- a qualificação do autuado;

II- o local, a data e a hora da lavratura;

III- a descrição dos fatos;

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, contados da data da ciência; e

VI- a assinatura do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela autuação e o número de sua matrícula. – g.n.

11. Infere-se, portanto, dos dispositivos acima, que o auto de infração é o instrumento legal de que dispõe a administração fazendária, nas circunstâncias concretas do presente processo, para a constituição do crédito tributário, correspondente não só aos tributos e contribuições, mas também à penalidade cabível.

12. Nesse compasso, frise-se que é totalmente descabida a alegação de que o órgão julgante devia valorar o quantum devido. É necessário que no auto de infração estejam consignados expressamente o percentual e valor da penalidade, para dar ao contribuinte a possibilidade de se defender.

13. Assim, quando houver provocação por parte do interessado, ao órgão julgante caberá exercer o controle da legalidade e verificar a procedência ou não do crédito tributário lançado de ofício o que inclui a penalidade, devendo alterá-lo ou cancelá-lo caso a exigência não se coadune com as regras impostas pela legislação tributária.

14. Tampouco procede a alegação de que o auto de infração seria nulo por ter sido lavrado sem a anuência prévia do contribuinte. A fiscalização é um procedimento que não necessita ser precedido de audiência do interessado, porquanto a oportunidade para este se manifestar, na via administrativa, é garantida após a ciência do auto de infração lavrado.

15. A orientação de Alberto Xavier, em Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário, Forense, 2005, pp. 89, também conduz a esse entendimento:

Difícilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma necessária audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de se tratar de um “procedimento de massas”, dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria praticamente inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da audiência individual.

No que concerne a atos deste tipo a garantia de ampla defesa não atua necessariamente pela via do direito de audiência prévia à prática do ato primário (pretermination hearing), mas no “direito de impugnação” deste mesmo ato, pelo qual o particular toma a iniciativa da instauração de um processo administrativo em que o seu direito de audiência assumirá força plena (posttermination hearing).

Assim, a audiência, apesar de não ser “prévia” à prática do ato primário (lançamento), ainda é “prévia” no que respeita à decisão final da Administração fiscal tomada pelo órgão de julgamento no processo administrativo.

16. Assim, quando constatado fato infringente à lei tributária, deve a autoridade fiscal lavrar o auto de infração para formalização da exigência, em conformidade com o disposto no artigo 142 do CTN. A partir da lavratura do auto de infração e da intimação para ciência da autuada é que o contribuinte, na hipótese de discordar da exigência, apresenta as razões e provas referentes aos fatos constantes da autuação e os fundamentos de sua discordância, instaurando a fase litigiosa do processo administrativo de exigência de crédito tributário.

17. Destarte, como o procedimento de lançamento é privativo da autoridade lançadora, não há qualquer nulidade pelo fato de a fiscalização lavrar um auto de infração após apurar o ilícito, para exigir o tributo ou a contribuição, acrescidos dos juros de mora e da penalidade, se for o caso, sem a consulta prévia ao sujeito passivo, já que a oportunidade para este se manifestar é prevista em lei para a fase do contencioso administrativo.

18. Nessa esteira, é infundada a alegação de que a contribuinte não teria tido oportunidade de defesa, haja vista a apresentação da impugnação que ora se aprecia.

A recorrente alega ainda a desnecessidade do lançamento de ofício devido ao débito ter sido declarado pelo contribuinte nas declarações de compensação.

Observa-se, contudo, que as declarações de compensação (Dcomp) citadas pela recorrente não foram admitidas pela DERAT/SP devido a terem por objeto direito creditório cedido por terceiro e que não se refere a tributos administrados pela RFB.

Em tendo sido consideradas não declaradas, as Dcomp não se configuram como confissão de dívida, tornando necessário o lançamento de ofício para a constituição do crédito tributário declarado nestas Dcomp.

No tocante à multa de ofício, a mesma encontra-se prevista no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96:

Art. 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I- de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

A recorrente defende o cancelamento da exigência da multa de ofício baseado no princípio constitucional do não confisco.

Esclarece-se, inicialmente, que ao julgador administrativo, membro de órgão de julgamento vinculado ao Poder Executivo, são impostas condições que não se aplicam aos membros do Poder Judiciário, as quais limitam sua esfera de cognição.

Entre as limitações encontra-se a impossibilidade de negar validade a lei em decorrência de sua inconstitucionalidade.

Tal entendimento, inclusive, encontra-se previsto Súmula CARF nº 02, abaixo transcrita, a qual vincula todos os Conselheiros do Órgão, nos termos do art. 72 do Regimento Interno.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desta forma, estando a contestada multa prevista em lei tributária, a mesma deve ser aplicada quando incorridas as hipótese previstas para a sua exigência.

Correta, portanto, a exigência da multa de ofício.

A recorrente pretende ainda a exclusão da taxa Selic do lançamento, argumentando que sua aplicação seria inconstitucional e ilegal, pois estaria em desacordo com a Constituição e com o Código Tributário Nacional.

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.

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.

Ademais, este entendimento encontra-se já sumulado pelo CARF, nestes termos:

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 são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

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

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto - Relator