



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.002584/2006-80
Recurso nº 261.244 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.095 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria COFINS
Recorrente TAM LINHAS AÉREAS S/A
Recorrida DRJ em São Paulo/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/2002 a 31/12/2002, 01/04/2004 a 31/05/2006

PRELIMINAR. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

Não há violação do princípio da verdade material quando os dados nos quais se baseou o Fisco forem fornecidos pelo contribuinte e são confirmados na escrita fiscal.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

Permanece suspensa a exigibilidade do crédito tributário quando na intimação enviada ao contribuinte constar expressamente essa ressalva.

AGRAVAMENTO DA EXIGÊNCIA INICIAL. LANÇAMENTO EFETUADO EM PROCESSOS DISTINTOS. JUNTADA DOS AUTOS.

Procede-se à juntada dos autos em que constem a formalização de lançamento de ofício e de agravamento da exigência inicial em processos distintos.

COMPENSAÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Deve ser declarada à SRF a compensação realizada na escrita fiscal do sujeito passivo para que seja reconhecida a extinção do crédito tributário correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO

Não estando o crédito tributário lançado de ofício com a exigibilidade suspensa deve ser exigidos, também, os consectários previsto em lei.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA.

Consoante jurisprudência do STJ é pacífica a aplicação da Taxa SELIC na atualização da dívida fiscal.

Recurso negado.

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 voto que integram o presente julgado.


ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA - Relatora

EDITADO EM 06/10/2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Tânia Mara Pacholain (Suplente), Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente), Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Domingos de Sá Filho, Marcos Tranches Filho e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela DRJ-I em São Paulo.

Conta a recorrente foi lavrado auto de infração relativo a Cofins dos períodos de apuração compreendidos entre novembro e dezembro de 2002 e abril de 2004 a maio de 2006.

Informa o relatório da decisão recorrida que a fiscalização apurou diferença entre o valor escriturado e o declarado/pago da Cofins. O crédito tributário foi lavrado com exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pela recorrente.

O pedido formulado na referida ação foi no sentido de a recorrente não se sujeitar aos ditames da Lei nº 9.718/98 no que alterou a sistemática de apuração da Cofins relativo ao conceito de faturamento e majoração da alíquota.

A segurança foi concedida. Apreciando recurso da União o TRF da 3ª Região deu provimento para considerar válidas a ampliação da base de cálculo, a majoração da alíquota e o regime de compensação da Cofins.

Na apreciação de Medida Cautelar o STF deferiu liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário questionado até sua decisão definitiva.

Apreciando a impugnação e cotejando os demonstrativos de fls. 155 e 184, bem como as DCTF de fls. 350 e 351, a DRJ constatou que nos meses de novembro e dezembro de 2002 a recorrente informou, no demonstrativo de fl. 184, a compensação de valores que não constam das respectivas DCTF.

Assim, concluiu que tais valores não estavam acobertados pela decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário.

Determinou o retorno dos autos à unidade de origem para que, em procedimento de diligência apurasse os fatos e, se fosse o caso, lavrasse auto de infração complementar, nos seguintes termos (fl. 10):

Pelo exposto, proponho o envio deste processo à Dipac da Defic/SP para:

a) apurar os valores devidos de Cofins para os períodos de 11/2002 e 12/2002, separando-os conforme a sistemática de cálculo da LC 70/91 (2% sobre faturamento) e majorações impostas pela Lei 9.718/98 (1% sobre faturamento e 3% sobre outras receitas, tal como feito sem suspensão de exigibilidade, efetuar o lançamento das multas de ofício correspondentes.

b) após a conclusão dos procedimentos, intimar a impugnante a apresentar certidão de objeto e pé do processo 1999.61.00015651-3 (tendo em vista já existir decisão do STF julgando inconstitucional a base de cálculo da Cofins imposta pela Lei 9.718/98) e a se manifestar sobre o resultado dos trabalhos, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para impugnar o lançamento suplementar, nos termos do art. 15 do PAF, retornando o processo para esta DRJ após o escoamento do prazo concedido para manifestação.

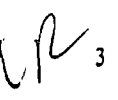
Os autos retornaram à autoridade lançadora para que tais valores fossem excluídos daqueles acobertados pela liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário discutido em Juízo, e para que fossem acrescidos da multa de ofício correspondente.

Cumprida a diligência, os autos foram acrescidos de auto de infração complementar, protocolado no processo nº 19515.003526/2007-54, cuja cópia foi anexada a este, às fls. 382/394, inclusive intimação para que a recorrente pudesse se manifestar quanto ao agravamento da exigência.

Informa a autoridade lançadora que, não se manifestando a recorrente no prazo devido, foram os autos enviados a julgamento na DRJ em São Paulo, a qual, apreciando as razões de impugnação quanto ao mérito, decidiu por considerar o lançamento procedente (fls.397/407).

Foi dada ciência à interessada do acórdão proferido pela Delegacia de Julgamento (fl. 419) em 16/06/2008. Irresignada, a mesma apresentou recurso voluntário ao então Segundo Conselho de Contribuintes, atual 2ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em 15/07/2008, pugnando, preliminarmente, pela aplicação do princípio da verdade material que alega ter sido afastada pela não concessão do direito de produção de provas e juntada de novos documentos. Também alega, em síntese, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários “*sub examine*”, descabendo a cobrança efetuada pela autoridade administrativa.

Quanto ao mérito, reporta-se aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada em matéria tributária e aduz que “A falta de verificação integral e completa, por parte das autoridades administrativas, das normas legais aplicáveis, no cálculo do montante

  3

tributável e, conseqüentemente, da penalidade cabível, afeta, de forma absoluta, a LIQUIDEZ e CERTEZA dos lançamentos realizados, elementos esses indispensáveis para que os autos de infração pudessem prosperar”.(sic).

Alega que o auto de infração foi lavrado com bases nitidamente subjetivas e em completa desconformidade com os artigos 108, 114, 116 e 142 do CTN. Entende que a exigência não pode subsistir em face do comando do art. 112 do CTN.

Defende que o art. 151, V do CTN conjugado com o art. 63 da Lei nº 9.430/96 determinam a realização do lançamento apenas para efeito de prevenção da decadência, ou seja, apenas sua constituição, porém, não a sua exigibilidade. Portanto, *“na situação que se apresenta, apenas poderá haver a constituição do crédito com a conseqüente suspensão do processo administrativo”*.

Contesta os fatos narrados nos subitens 7.8 e 7.9 da decisão recorrida, referentes à exigência contida no auto de infração complementar que tratou da multa de ofício sobre os valores apurados em novembro e dezembro de 2002 sob a alegação de que tais créditos tributários contam de outro processo administrativo, no qual apresentou tempestivamente sua defesa.

Por fim, reafirma os argumentos de impugnação contra a exigência dos juros com base na taxa Selic, alegando tratar-se de taxa cuja utilização é adstrita ao mercado financeiro, tendo caráter remuneratório, não podendo ser aplicada sobre tributos.

Requer, ao final, o acolhimento das preliminares de nulidade, por violação ao princípio da verdade material e, no mérito, que seja declarado sem efeito o auto de infração de origem, ou ainda, seja suspenso o curso do processo administrativo até julgamento do processo judicial.

O processo nº 19515.003526/2007-54 encontrava-se nesta Seção do CARF aguardando nova distribuição em face da devolução dos autos à Secretaria pelo relator anteriormente designado.

O Presidente desta Turma, em sessão realizada no dia 07/07/2009 determinou a retirada destes autos da pauta de julgamento para que fosse anexado a este o processo acima citado, por se tratar de matéria conexa e dependente.

Recebido os autos são os mesmos abaixo relatados.

Esclarece o relatório da decisão recorrida a lavratura de auto de infração para exigência da multa de ofício referente ao não recolhimento, nem declaração em DCTF das diferenças constatadas nos períodos de apuração de novembro e dezembro de 2002, o quais foram lançados indevidamente com exigibilidade suspensa.

A recorrente apresentou impugnação alegando que o referido lançamento implica em inovação do lançamento anterior e que o mesmo é nulo por infringir o art. 146 do CTN.No mérito, alega que o executor do lançamento complementar teria reconhecido que as parcelas exigidas foram extintas por compensação, a qual foi devidamente contabilizada e que somente deixou de mencioná-la na DCTF. Aduz que o simples descumprimento de um dever instrumental ou formal não tem o condão de gerar tão severa penalidade.

Apreciando as razões de defesa, a Turma Julgadora considerou procedente o lançamento.

 
4

Cientificada da decisão, a interessada apresentou, tempestivamente, recurso voluntário ao CARF alegando a ocorrência de cerceamento do direito de defesa sob o fundamento de que o lançamento inicial foi realizado tão-somente para prevenir a decadência e, por isso, não se preocupou em discutir o mérito; que tivesse sido constatado pela autoridade lançadora que as parcelas da Cofins não estavam com a exigibilidade suspensa, teria verificado seus registros contábeis e assim se defendido adequadamente. Alega que não teve a oportunidade de fazê-lo. E que, além disso, a exigência da multa de ofício após um ano da lavratura do lançamento inaugural mudou o afirmado anteriormente, sem facultar à recorrente, que se defendesse do mérito da acusação. Tal fato maculou o direito de defesa por não ter como se defender do mérito. Reproduz jurisprudência.

Repisa os argumentos apresentados na impugnação concernentes à nulidade do lançamento por infringência ao art. 146 do CTN e a efetividade da compensação realizada na escrita contábil, pendente somente de declaração em DCTF. A manutenção da multa magoa o princípio constitucional do não confisco.

Alfim requer seja conhecido e provido o recurso e reformada a decisão recorrida, declarando improcedente o lançamento, arquivando os autos.

É o relatório.

Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições necessárias à sua admissibilidade e conhecimento.

Primeiramente entendo que deve ser determinada ajuntada do processo nº 19515.003526/2007-54 a este para que a matéria seja apreciada em sua totalidade.

As matérias trazidas pela recorrente nos dois processos são as seguintes:

1. preliminarmente: inafastabilidade do princípio da verdade material e suspensão da exigibilidade dos créditos tributários “sub examinem”; discussão acerca da multa de ofício aplicada extrapola os limites deste processo administrativo;
2. no mérito: lançamento exclusivamente para prevenir a decadência e suspensão da exigibilidade; impossibilidade jurídica de cobrança de juros com base na taxa selic;
3. cerceamento do direito de defesa por não constatação da exigibilidade de parcelas da Cofins no lançamento inicial;
4. nulidade do lançamento da multa de ofício por infringência do art. 146 do CTN;
5. efetividade da compensação na escrita fiscal, faltando, tão-somente sua menção na DCTF.

  5

Em relação às preliminares, tem-se que a primeira – aplicação do princípio da verdade material, a recorrente tece extenso argumento sobre a necessidade de sua observação, inclusive trazendo à colação doutrina e jurisprudência.

Entretanto, não se divisa nos autos qualquer tergiversação acerca de tal princípio. Em momento algum faltou à recorrente oportunidade de se manifestar, nem à autoridade julgadora de observar tal princípio. Realmente o que se constata nos autos é que tal princípio prevaleceu tanto no trabalho fiscal quanto no julgamento de primeira instância.

Destaque-se que a verificação fiscal se limitou a confrontar os demonstrativos da base de cálculo do PIS e da Cofins apresentados pela recorrente com os valores declarados em DCTF e com os valores efetivamente recolhidos. Portanto, a verdade material encontra-se nos próprios documentos emitidos pela empresa.

Assim, sem maiores efeitos sobre os fatos narrados e provados nos autos as alegações de defesa.

Quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a decisão recorrida é expressa em determinar que se observe o provimento jurisdicional dado no MS 1999.61.00015651-3 e AC 567-1, exceto quanto aos períodos de apuração 11 e 12 de 2002, os quais considerou não alcançados pelas ações judiciais.

À fl. 415 está a intimação encaminhada à recorrente, dando ciência do acórdão proferido pela DRJ (Aviso de Recebimento à fl. 419) e na qual consta, clara e expressamente, que a intimação para recolher é adstrita ao “*débitos referentes aos períodos de apuração 11/2002 e 12/2002 discriminados em anexo a esta intimação, por não estarem abrangidos pelo provimento jurisdicional obtido no MS 1999.61.00.015651-3 e AC 567-1, conforme acórdão da DRJ*”.

No parágrafo seguinte informa:

Quanto aos valores dos demais períodos de apuração discriminados no demonstrativo anexo, a exigibilidade está suspensa, conforme liminar deferida no AC 567-1.

O que foi verificado e consta expreso nos autos é a divergência entre o informado e a efetiva extinção de parte do crédito tributário, nos dois meses identificados, implicando em sua exigibilidade imediata. A recorrente informa, no demonstrativo apresentado, a extinção de parte do crédito tributário pela compensação, quando a mesma sequer foi objeto de declaração em DCTF.

Por outro lado, a autoridade julgadora determinou o retorno dos autos à origem para lavratura de lançamento complementar, conforme reproduzido no relatório acima.

Com isso, para os meses de novembro e dezembro de 2002 foi mantida a exigibilidade do tributo, dos juros de mora com base na taxa Selic e a multa de ofício, esta última constante do processo nº 19515.003526/2007-54.

Conforme consta do relatório acima, informa a “autoridade lançadora que, não se manifestando a recorrente no prazo devido, foram os autos enviados a julgamento na DRJ em São Paulo, a qual, apreciando as razões de impugnação quanto ao mérito, decidiu por considerar o lançamento procedente (fls.397/407)”.

Ocorre que tal informação não procede. A recorrente apresentou tempestivamente impugnação ao lançamento da multa de ofício, ou seja, no prazo estabelecido pela autoridade julgadora quando determinou o agravamento da exigência.

Assim, quanto à multa de ofício relativa aos meses de novembro e dezembro de 2002, cuja exigibilidade foi estabelecida pela decisão recorrida, lançada e protocolada por meio do processo administrativo nº 19515.003526/2007-54, é certo que tal matéria é complementar destes autos e aqui deve ser tratada.

A lavratura da exigência da multa de ofício em auto de infração complementar não decorreu de mudança no critério jurídico nos termos em que definidos no art. 146 do CTN, como defende a recorrente.

No curso do procedimento de fiscalização, a empresa apresentou demonstrativo dos valores devidos, recolhidos, compensados e os que se encontravam com exigibilidade suspensa por força de liminar concedida em Mandado de Segurança.

Entendeu a fiscalização, ao lavrar o auto de infração de exigência da Cofins que todos os meses lançados, inclusive os meses de novembro e dezembro, estariam acobertados pela referida suspensão da exigibilidade.

Na instauração da lide, constatou a autoridade julgadora *a quo*, a teor dos documentos acostados ao processo, especificamente o demonstrativo de fl. 155 conjugado com o de fl. 184, ambos apresentados pela contribuinte, que na parcela da Cofins devida e não questionada, relativa aos 2% estabelecidos na LC nº 70/91, havia divergência entre o que foi informado como devido (demonstrativo de fl. 155), o recolhimento efetuado (demonstrativo de fl. 184) e o declarado em DCTF.

As diferenças apuradas entre o valor devido e o efetivamente recolhido foram justificadas no demonstrativo de fl. 184 como tendo sido extintas por compensação.

Entretanto, como a alegada compensação não foi declarada em DCTF a fiscalização efetuou o lançamento de ofício das referidas diferenças, incluindo-as entre aquelas que se encontravam com a exigibilidade suspensa.

O que a decisão *a quo* constatou foi que especificamente essas diferenças não estavam acobertadas pela liminar judicial por não terem decorrido das alterações na legislação da Cofins efetuadas pela Lei nº 9.718/98, mas, sim, do recolhimento a menor da parcela da Cofins apurada nos termos da LC nº 70/91.

Constatada a inexistência no lançamento, a autoridade administrativa julgadora, a teor do disposto no § 3º do art. 18 do PAF, com a alteração introduzida pela Lei nº 8.748/1993, determinou a lavratura de auto complementar.

Dispõe a referida norma:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

.....

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

Já o artigo 15 do PAF, com a redação dada pela Lei nº 8.748/1993 e MP nº 232/2004, dispõe sobre o marco inicial da contagem do prazo relativo à matéria modificada, *ipsis litteris*:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão.

Assim, em nada se confunde a questão em foco com a matéria tratada no art. 146 do CTN. Lá, a norma se reporta a mudança de critério jurídico da autoridade administrativa, o que implica em mudança de interpretação da norma tributária.

No presente caso, o que efetivamente ocorreu foi a observância do comando do art. 18, porque constatada incorreção no lançamento de ofício, o que determinou a lavratura de auto de infração complementar. Por força da norma foi devolvida à recorrente o prazo de 30 dias para impugnação da matéria modificada, ou seja, a exigência de multa de ofício e a exigibilidade imediata dessa parcela do crédito tributário.

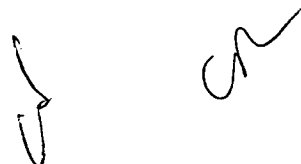
Na peça recursal complementar, entretanto, a recorrente limitou-se a argüir cerceamento do direito de defesa por não ter essa matéria constado do lançamento inicial.

Dessarte, o que se constata nos autos é o estrito cumprimento do procedimento legal pela autoridade julgadora, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa por não constar a exigibilidade do crédito tributário do lançamento inicial.

E, quanto à alegada efetividade da compensação na escrita fiscal sem que a mesma constasse da DCTF correspondente ou de declaração prevista em norma tributária, deve ser verificada a legislação de regência à época dos fatos.

A compensação por iniciativa do sujeito passivo era efetivada nos termos do art. 21 da IN SRF nº 210, de 30/09/2002, verbis:

Art. 21. O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF.



§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada pelo sujeito passivo mediante o encaminhamento à SRF da "Declaração de Compensação".

§ 2º A compensação declarada à SRF extingue o crédito tributário, sob condição resolutória da ulterior homologação do procedimento.

Constata-se que a extinção de crédito tributário pela compensação somente pode ser reconhecida quando declarada à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos das normas em vigor. Procedimento diverso não possui força jurídica para produzir os efeitos pretendidos.

Não conta dos autos a apresentação da declaração de compensação prevista na norma citada, nem tampouco a informação de sua realização na DCTF dos períodos correspondentes. Em decorrência, a realização da compensação somente na escrita fiscal da recorrente não tem o condão de extinguir crédito tributário.

Restando indubitosa a efetividade da insuficiência na extinção de parcela do crédito tributário dos meses de novembro e dezembro de 2002, devida nos termos da LC 70/91, é a mesma devida imediatamente, por não estar protegida por liminar judicial. É certo que, como decidiu a primeira instância julgadora, a legislação de regência determina a aplicação dos consectários legais aos créditos tributários que são objeto de lançamento de ofício e que não estejam protegidos por decisão judicial, como no presente caso.

Ademais, a não apresentação de defesa específica quanto ao lançamento da multa de ofício e dos juros de mora tem como consequência a aplicação do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, que torna definitivo a parcela da exigência não impugnada.

Por conseguinte, é devida a multa de ofício sobre o crédito tributário lançado de ofício, consoante art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

E, quanto à aplicação da Selic como taxa de juros, esclareça-se que se trata de matéria já pacificada, tanto na jurisprudência administrativa quanto na dos Tribunais Superiores.

Bastante reproduzir, para que faça parte integrante dos fundamentos deste voto, a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ e contida na ementa do AgRg no REsp 776129/RS, proferido pela relatora Ministra Eliana Calmon:

TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – PARCELAMENTO – DENÚNCIA ESPONTÂNEA – ART. 138 DO CTN – EXIGIBILIDADE DA MULTA MORATÓRIA – POSIÇÃO REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO – TAXA SELIC APLICAÇÃO.

1. A Primeira Seção desta corte, revendo a jurisprudência em torno do parcelamento do débito, concluiu que este não equivale a pagamento e, portanto, não se trata de denúncia espontânea, capaz de ensejar o afastamento da multa moratória.



2. É pacífica a jurisprudência do STJ quanto à aplicação da Taxa SELIC tanto na atualização da dívida fiscal como na repetição do indébito. (grifos inseridos)

Com essas considerações voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

