

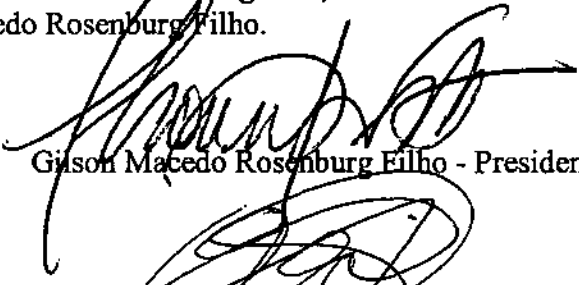


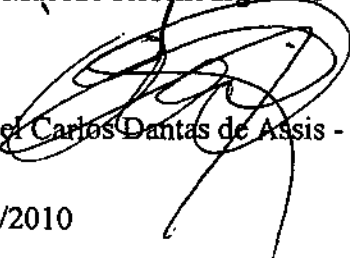
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.003292/2008-26
Recurso nº 502.210
Resolução nº 3401-00.027 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 03 de fevereiro de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO-COHAB/SP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho.


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

EDITADO EM 02/03/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente), Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O processo trata de dois autos de infração, relativos à Cofins e ao PIS Faturamento, nos valores, respectivamente, de R\$ 11.474.718,86 e R\$ 1.627.891,64, ambos com juros de mora e multa de ofício no percentual de 75%. Os períodos de apuração estão compreendidos entre 01/2003 a 12/2003 e as ciências ocorreram em 23/07/2008.



A primeira instância cancelou os períodos até 06/2003, em face da decadência, havendo recurso de ofício da parte exonerada.

As autuações devem-se a diferenças apuradas pela fiscalização, entre os valores constantes da DIPJ 2004 (ano-calendário 2003) e das DCTF do período (ver Termos de Constatação Fiscal da Cofins e do PIS, fls. 138/139 e 142).

Por bem resumir o que dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

Nos Termos de Constatação de 17/7/08 (fls 136 - Cofins - e 140 - Pis) relata-se: a empresa entregou DIPJ 2004 pelo Lucro Real (IR) e aplicam-se os regimes não-cumulativo (Pis) e cumulativo (Cofins); a empresa foi intimada a justificar divergências em 18/4 e trazer cópia da escrita, se fosse o caso, e foram concedidas, a pedido, duas dilatações de prazo, a última vencida em 15/7/2008, dia em que ela alegou haver bases calculadas pelo regime de competência, quando os artigos 407 a 410 do RIR permitiam o de caixa, pendências na não-cumulatividade e haver iniciado o reprocessamento de ajustes contábeis, pedindo mais 120 dias, o que lhe foi negado pois o prazo concedido já excedera o quádruplo do regulamentar; as ações judiciais da empresa culminaram com exigibilidade da Cofins pela Lei 9.718/98 e de Pis pela Lei 10.637/02; os valores confessados em DCTF não necessitam ser lançados, apenas as diferenças apuradas (considerou as DCTFs ativas em 15/4/2008 e, para o Pis, considerou também os dados dos DACONs retificados entregues em 29/6/2004). No caso do Pis opina que os recolhimentos não vinculados a DCTF, não compensados, não insertos em Redarf nem utilizados poderiam extinguir parte dos créditos constituídos, se requerido no prazo de pagamento ou impugnação.

A empresa inicia a defesa resumindo os Termos de Constatação (fl 159 a 162).

A defesa cita o MPF de Fiscalização nº 0819000-2008-00192-7 (fl 165, cópia à fl 222), arguindo que estaria extinto por decurso de prazo (fl 163) e aduzindo: não ter sido cientificada no primeiro ato de ofício de suas prorrogações na internet e após o vencimento, o que retira a competência específica do auditor e torna nulo o auto na ausência de MPF válido (art 59 do Decreto 70.235/72 - PAF); a continuidade da ação exigiria outro MPF com troca de auditor, de modo que o rito de reexame não foi seguido e desobedece ao Decreto do PAF, ao RIR/99 e à Portaria RFB 11.371/2007; e, ao final transcreve decisões administrativas sobre esses temas (fl 166 a 169).

A empresa alega vício formal, pois informou que usara no Pis/Cofins o regime de competência (em vez de caixa), e pedira prazo para reprocessar a escrita. O auditor cometeu erro de fato ao apurar pelo regime de competência e desconsiderar créditos de Pis dos custos das unidades em 2003. Aduz lição doutrinária. Os erros e omissões de forma e formalidades tornam nulo o lançamento, já que comprovou inexistir fato gerador pelo regime de competência. Cabe aos Delegados de Julgamento ou de Jurisdição declarar nulidade do lançamento de Pis e Cofins em desacordo com as normas. Solicita apresentar provas após o reprocessamento da escrituração (fl 172). Aduz decisões administrativas sobre nulidades, erros, vícios e interpretação benigna (fls 172 a 175).



Alega decadência para fatos geradores até junho de 2003 (fls 175 a 194).

Em item voltado ao mérito a empresa diz (fl 195 a 211): inexistir fato gerador, transcrevendo trechos de seu estatuto e dos artigos 410 a 414 do RIR/99 e legislação de Pis/Pasep e Cofins e concluindo que o IRPJ, a CSLL, o PIS e a COFINS de sua atividade são apurados pelo regime de caixa; que informara ao auditor: ter adotado o regime de competência indevidamente; estar reprocessando sua escrita; ter retificado pelo regime de caixa sua DCTF do 1º trimestre de 2003 (doc 5) gerando débito de Cofins (parcelado) e crédito de Pis, conforme Darfs de pagamento indevido/a maior; retificara as DCTFs dos demais trimestres após o início da ação fiscal, apurando crédito de Pis que foi compensado e débitos de Cofins pendentes de pagamento; retificaria sua DIPJ, após reprocessar a escrita (fl 212). Protesta pelo direito de compensar recolhimentos com parte dos créditos ora constituídos no prazo de pagamento ou impugnação (fl 212). Afirma que: ainda assim, foi tributado pelas diferenças entre a DIPJ 2004 e as DCTFs retificadas; os erros não podem se transformar em fatos geradores (transcreve doutrina); não se pode negar a retificação da DIPJ, mesmo após o início da ação fiscal (transcreve decisões administrativas), o que fará após reprocessar a escrita (fl 216). Pede para anexar provas posteriormente (fl 216).

Pede diligência para cientificar o reprocessamento das operações em sua contabilidade em 2003, com a verdadeira base conforme regime de caixa, após o qual providenciará a retificação da DIPJ 2004, para restabelecer o devido ao Pis e Cofins (fl 217).

Ataca os juros SELIC. Diz que inexistente definição legal dessa taxa, bem como quanto à sua criação, forma de apuração e fixação de percentual e que a Lei 9.065 só faz remissão a um índice juridicamente inexistente. A Selic não pode prestar para cobrar juros, pois serve para remunerar títulos públicos. O ressarcimento pelo inadimplemento é feito pelos juros moratórios que serão de 1% ao mês se não houver lei (art 161 do CTN) ou, se julgados devidos, limitado a 1%.

Finaliza requerendo declaração de nulidade da autuação ou, caso contrário, correções solicitadas no mérito e quanto à Selic.

Nos termos do Acórdão de fls. 364/375, de 21/10/2008, a 9ª Turma da DRJ julgou decaídos ao fatos geradores até junho de 2003, e no mais manteve os lançamentos considerando o seguinte:

- rejeitou a nulidade dos Autos de Infração por vício no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), diferenciando-o do Registro de Procedimento Fiscal (RPF) e consignando que segundo o art. 10 da Portaria RFB nº 11.371/2007 não será exigido MPF nas hipóteses de procedimento de fiscalização relativo à Revisão Interna e que, de todo modo, falhas no MPF ou sua ausência não têm o condão de atingir o lançamento haja vista este ser ato administrativo vinculado. Afirmou também que a impugnação ataca aspectos de um MPF que pode estar balizando outra atividade fiscal ainda em curso, e não o procedimento fiscal precedente à formação destes autos, este realizado e controlado sob a égide do RPF de Revisão Interna nº 08.1.90.00-2008-02283-5;

- também rejeitou a outra preliminar de nulidade, levantada em função de suposto vício formal (apuração pelo regime de competência, em vez do regime de caixa defendido pela contribuinte, e desconsideração dos custos das unidades em 2003 como créditos do PIS), consignando que essa preliminar está vinculada a questões de mérito e, de todo modo, eventuais irregularidades, incorreções ou omissões diferentes das previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 não importariam em nulidade dos Autos de Infração;

- os DARF de fls. 338 a 340, relativos ao PIS que segundo a Impugnação foram pagos indevidamente ou a maior, devem ser objeto de pedido específico visando a compensação, não cabendo à autoridade julgadora manifestar-se quanto a eventual direito creditório, salvo numa fase litigiosa relativa a restituição, ressarcimento ou compensação;

- indeferiu a juntada posterior de documentos, por não ficar demonstrada a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, e entendeu desnecessária a diligência solicitada;

- no mérito, observou que os débitos lançados resultam das diferenças levantadas a partir do confronto entre informações prestadas pela contribuinte, constantes da DIPJ 2004/DACON e das DCTF (incluída a retificadora de 8/2/2008), e julgou não informados os dados da autuação; e

- manteve os juros Selic, por reputá-los legais.

Em 27/02/2009 (após prolatado o Acórdão recorrido), a contribuinte aditou a Impugnação, objetivando “apresentar o resultado do reprocessamento contábil (...) através da retificação da DIPJ e das DCTF de 2003 e conseqüentemente, a apuração efetiva dos tributos (PIS e COFINS) pelo regime de caixa” (fl. 385). Afirma que conforme o quadro comparativo de fls. 393/394 apurou divergência positiva de R\$ 111.027,23 para a Cofins e zero para o PIS, e que essa é a importância efetivamente devida, em vez dos montantes apurados nos Autos de Infração segundo o regime de competência.

Informa que retificou a DIPJ do Exercício 2004, Ano-Calendário 2003, e as DCTF e DACON respectivos (conforme recibos das retificadoras que acosta aos autos, às fls. 395/403), que parcelou os valores devidos no 2º trimestre 2003, em razão da DCTF retificadora acatada pela autoridade autuante, e recolheu em 20/01/2009 a importância total de R\$ 111.027,23 (soma dos valores principais dos DARF com cópias às fls. 416/425, correspondente ao PIS de períodos de apuração compreendidos entre 01/2003 a 11/2003), acrescida de multa de mora e juros respectivos.

Destaca que o valor recolhido não faz parte do Auto de Infração, pois sua origem deve-se às retificações ocorridas após a autuação fiscal, e argúi que é incondicionalmente permitida a retificação de declarações, quando constata a existência de erro de fato ou erro material, colacionando jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes neste sentido.

Ao final do aditamento à Impugnação reitera o pedido de diligência visando verificar a apuração pelo regime de caixa, conforme as retificações aludidas, solicitando além do mais a nulidade dos lançamentos.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte insiste na nulidades dos Autos de Infração, refutando a decisão recorrida e repisando as alegações contidas na Impugnação e no seu aditamento, referentes aos seguintes assuntos:

- preliminar de nulidade dos lançamentos, em razão de vício no MPF;



- preliminar de nulidade dos lançamentos, em razão de vício de forma e cerceamento do direito de defesa, ponto no qual afirma que a primeira instância não analisou de forma profunda a matéria, e que o cômputo da receita pelo regime de competência, vez de de caixa, constitui erro de fato na determinação da base de cálculo das Contribuições e ferem de morte o direito de defesa. Observa que a Recorrente possui uma inadimplência em torno de 70% na sua carteira de financiamentos habitacionais para mutuários de baixa renda, de modo que computar na base de cálculo o valor integral dos boletos emitidos para cobrança provoca erro de forma e cerceamento do direito de defesa em face da não apreciação do complemento da Impugnação e do indeferimento da diligência.

- compensação requerida, relativa aos valores apurados no ano-calendário de 2003 e em relação a qual defende seja considerado o prazo decadencial de dez anos (tese dos cinco mais cinco adotada pelo STJ), por se tratar de períodos anteriores à LC nº 118/2005;

- decadência, onde argumenta que no lançamento por homologação o que se homologa é o procedimento, e não apenas os pagamentos realizados (este tema é objeto do Recurso de Ofício);

- interpretação benigna, defendida com esteio no art. 112 do CTN "Se não há resposta segura para inevitáveis indagações que surgem da análise das operações praticadas pela contribuinte." (fl. 485);

- diligência, que é reiterada;

- refiticações das DIPJ e DCTF, com adoção do regime de caixa e conforme os demonstrativos constantes da peça recursal, bem como os livros Diário nº 123 e Razão (ver Anexo contendo 4 volumes, com cópia do Diário a partir da fl. 88 do vol. I, seguido de cópia do Razão);

- aditamento à Impugnação, que requer seja considerada neste julgamento em segunda instância;

- juros Selic, reputados inconstitucionais e contrários ao art. 161 do CTN, apesar do art. 13 da Lei nº 9.065/95 (afirma que este dispositivo apenas determinou a adoção da Selic como juros moratórios, sem retirar-lhe a natureza de taxa remuneratória do capital e sem instituir no campo tributário a forma de apuração e critérios do seu percentual, como exige o CTN).

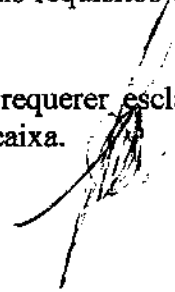
É o relatório.

Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

Todavia, não está em condições de ser julgado por requerer esclarecimentos acerca do regime adotado na autuação – se o de competência ou o de caixa.



Conforme os Termos de Constatação Fiscal da Cofins e do PIS, fls. 138/139 e 142, a autuação apurou os valores lançados a partir do confronto entre a DIPJ e as DACTON com as DCTF. Não há, nos referidos Termos, informação a respeito de que a fiscalização teria decidido por um ou outro desses dois regimes, até porque os valores foram apurados com base nas divergências entre as declarações da contribuinte.

Embora desde a ação fiscal a contribuinte insista no erro – teria adotado o regime de competência, quando as Contribuições deveriam ser tributadas segundo o regime de competência, assevera -, a decisão recorrida também não decidiu a questão, levando em conta a ausência de provas, até então. Somente no aditamento à Impugnação é que a contribuinte apresentou documentos referentes ao reprocessamento contábil e retificações da DIPJ e das DCTF de 2003, com adoção do regime de caixa.

Se restar comprovado que os valores declarados inicialmente, com base nos quais foram levantados os valores dos dois Autos de Infração, foram de fato informados pela contribuinte segundo o regime de competência, diante da legislação em vigor para os períodos de apuração de 2003 pode assistir razão à Recorrente. Daí a necessidade de diligência.

A confirmar o direito à adoção do regime de caixa, a atividade da Recorrente, informada na DIPJ do Exercício 2004: “Incorporação e compra e venda de imóveis”, CNAE-Fiscal 70.10-6/00 (fl. 07).

Sobre o regime adotado na atividade da Recorrente, cabe transcrever a seguinte legislação, sendo que nos períodos das autuações, correspondentes ao ano de 2003, estava em vigor o art. 2º da MP nº 2.221-2001. Observe-se:

- LEI Nº 8.981/95

Art. 30. As pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativa a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, deverão considerar como receita bruta o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos casos de empreitada ou fornecimento contratado nas condições do art. 10 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com pessoa jurídica de direito público, ou empresa sob seu controle, empresa pública, sociedade de economia mista ou sua subsidiária. (Incluído pela Lei nº 9.065, de 1995)

MP nº 2.221, de 04/09/2001:

Art. 2º - As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive por equiparação, de que trata o art. 30 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, seguirão o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

LEI Nº 10.931, DE 02/08/2004, que ao revogar a MP nº 2.221/2001 repetiu no seu art. 11 a norma antes veiculada no art. 2º dessa MP:

Art. 11. As contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive por equiparação, de que trata o art.

31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, seguirão o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda. (Revogado pelo art. 133, IV, da Lei nº 11.196, de 21/11/2005)

LEI Nº 11.051, DE 29/12/2004

Art. 7ª Na determinação das bases de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive as equiparadas, relativamente às atividades de que trata o art. 4º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, deverá ser adotado o regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

(...)

Art. 34. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos, em relação:

I – ao art. 7º, a partir de 1ª de novembro de 2004;

LEI Nº 10.833/2003:

Art. 4ª A pessoa jurídica que adquirir imóvel para venda ou promover empreendimento de desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de prédio destinado a venda, utilizará o crédito referente aos custos vinculados à unidade construída ou em construção, a ser descontado na forma do art. 3ª, somente a partir da efetivação da venda.

Pelo exposto, voto por converter o julgamento em diligência para que o órgão de origem analise os documentos apresentados após a Impugnação e, **em relação aos fatos geradores a partir de julho de 2003** (até junho de 2003 o lançamento está decaído, em obediência à Súmula Vinculante do STF nº /2008 e a decisão recorrida, inclusive), adote as providências cabíveis para, ao final, responder de modo conclusivo se os valores lançados estão conforme o regime de competência ou o de caixa.

Comprovado que os valores declarados inicialmente pela contribuinte (antes da retificação das retificação da DIPJ e das DCTF), com base na qual se deram as autuações, estão conforme o regime de competência, os montantes dos períodos de apuração de julho de 2003 a dezembro de 2003 devem ser apurados com base no regime de caixa, para que no julgamento do Recurso Voluntário este Colegiado decida qual dos dois regimes deve ser aplicado.

No relatório da diligência a fiscalização poderá fornecer novas informações que repute necessárias ao julgamento, devendo em seguida notificar a Recorrente do resultado e lhe abrir o prazo de trinta dias para que ela, querendo, pronuncie-se sobre o feito.

Emanuel Carlos Dantas de Assis