



Processo nº : 10665.001646/00-81
Recurso nº : 118.496
Acórdão nº : 203-08.475

Recorrente : AUTO PASSOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Centro de Documentação

RECURSO ESPECIAL
Nº RP/203-118496

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação de regência.

NORMAS PROCESSUAIS. DECADÊNCIA. As contribuições sociais, dentre elas a referente à COFINS, embora não compondo o elenco dos impostos, têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com as constitucionais que lhe forem específicas. Em face do disposto nos arts. 146, III, "b", e 149, da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior recepcionada pela Constituição Federal, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral, prevista no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150 do mesmo Código, hipótese em que o termo inicial para contagem do prazo de cinco anos é a data da ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito.

PRESCRIÇÃO DO ART. 174 DO CTN. O prazo prescricional para a ação de cobrança só se inicia a partir da data da constituição definitiva do crédito tributário.

Preliminares de decadência acolhida e de nulidade do auto de infração e de prescrição rejeitadas.

AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. A semelhança da causa de pedir, expressa no fundamento jurídico da ação declaratória, com o fundamento da exigência consubstanciada em lançamento, impede o prosseguimento do processo administrativo, no tocante aos fundamentos idênticos, prevalecendo a solução do litígio através da via judicial provocada. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça.

DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. EFEITOS. O pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre o mérito da matéria em litígio sujeita a autoridade julgadora administrativa (art. 5º, XXXV, da CF/88). Na espécie, por força da ocorrência da coisa julgada material, é imperioso que a autoridade administrativa cumpra a decisão judicial, nos estritos lindes da sentença transitada em julgado.

FINSOCIAL/COFINS. COMPENSAÇÃO. É de se admitir a existência de débitos referentes à Contribuição para o FINSOCIAL,



Processo nº : 10665.001646/00-81
Recurso nº : 118.496
Acórdão nº : 203-08.475

pagos à alíquota superior a 0,5%, que devem ser compensados com parcelas vencidas e vincendas da COFINS.

CORREÇÃO MONETÁRIA DOS INDÉBITOS FISCAIS. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. Reputa-se correta a correção monetária de indébitos fiscais com base nos mesmos índices utilizados pela Secretaria da Receita Federal para atualização dos débitos compensáveis.

JUROS DE MORA. Inexiste previsão legal que permita a aplicação de juros de mora sobre indébitos fiscais.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. Inaplicável multa de lançamento de ofício e juros moratórios sobre o crédito tributário coberto pelos valores recolhidos a alíquota superior a 0,5%.

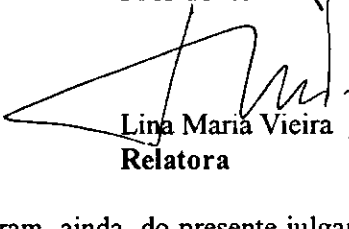
Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e, na parte conhecida, parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **AUTO PASSOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em parte por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) por maioria de votos, em acolher a preliminar de decadência. Vencidos os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes (Suplente), Maria Cristina Roza da Costa e Otacílio Dantas Cartaxo; e b) por unanimidade de votos: b.1) em rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e depreciação; e b.2) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2002.


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Lina Maria Vieira
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Mauro Wasilewski e Renato Scalco Isquierdo.

Eaal/cf/ja



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

Recorrente : AUTO PASSOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração de fl. 03, lavrado contra a empresa acima identificada, por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de dezembro de 1993, novembro de 1997, e janeiro de 1998 a novembro de 2000, provocada por incorreção no cálculo da compensação efetuado pela contribuinte, conforme descrito às fls. 04/06.

Inconformado, o contribuinte apresenta, tempestivamente, a Impugnação de fls. 369 a 375, alegando, em preliminar, a nulidade do auto de infração, a decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento, nos termos do art. 173 do CTN, e a prescrição com base no art. 174 do CTN.

No mérito, alega ser detentor de sentenças judiciais proferidas nos Processos nºs 93.16294-2 e 93.10326-1, que lhe garantem a compensação com todas as contribuições sociais, bem como a atualização do que foi recolhido a maior, corrigido monetariamente, nos mesmos coeficientes de atualização que corrigem os créditos da Fazenda Pública.

Pondera que a fiscalização inobservou a compensação feita pelo impugnante, de forma englobada, desmembrando a compensação de PIS e de COFINS, apontando que o critério utilizado pela fiscalização deixou de aplicar o percentual de 352% referente à correção de fevereiro a dezembro de 1991, ao argumento de que referido percentual não é utilizado pela Receita Federal como correção monetária e sim taxa de juros. Insurge-se contra os valores constantes do auto de infração, multa e juros de mora, pedindo a revisão das quantias referentes aos seus créditos, com a correta aplicação dos índices de correção monetária plena, sem os expurgos inflacionários ocorridos desde 1989 até a data da compensação.

Às fls. 376 a 443 o impugnante anexa cópias das Ações Declaratórias cumuladas com ordinárias de repetição de indébitos fiscais (Processos nºs 93.0010326-1 e 93.0016294-2), da sentença proferida pelos Juizes da 12ª Vara Federal/MG e da 7ª Vara Federal/MG, respectivamente, e do Acórdão da 3ª Turma do TRF da 1ª Região, referente à Apelação Cível nº 94.01.251232-0-MG.

Julgando o feito a autoridade monocrática manteve o lançamento, afastando as preliminares de decadência e prescrição apontadas pelo interessado. A primeira com supedâneo no art. 45, I, da Lei nº 8.212/91, que estabelece o prazo de decadência da contribuições para a Seguridade Social em dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído e a segunda, tendo em vista que o art. 174 do CTN não se aplica à espécie, pois o instituto da prescrição refere-se à ação de cobrança do crédito tributário, não havendo que se falar em prazo prescricional antes da constituição do crédito pelo lançamento, o que se deu por meio do auto de infração ora vergastado, assim ementando a Decisão DRJ/JFA nº 1.013/2001, às fls. 450 a 455:

 3



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/12/1993 a 31/12/1993, 01/11/1997 a 30/11/1997, 01/01/1998 a 31/10/2000

Ementa: COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. LANÇAMENTO. Realizando o contribuinte a compensação autorizada judicialmente, ao Fisco, no exercício da atividade homologatória e em conformidade com o decidido na via judicial, cabe aferir a regularidade desse procedimento, efetuando o lançamento naqueles casos em que a falta de recolhimento for constatada.

Normas Gerais de Direito Tributário

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. Os créditos destinados à Seguridade Social, referentes às contribuições provenientes do faturamento e do lucro, submetem-se ao prazo de decadência de dez anos.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Irresignado e com guarda de prazo, o interessado apresenta o Recurso Voluntário de fls. 459 a 466, arguindo, em preliminar, que a exigência da contribuição em apreço está fulminada pela decadência, nos termos do art. 173 do CTN, invocando, ainda, a aplicação do disposto no art. 174 do mesmo diploma legal, e alegando a existência de litispendência judicial, conforme docs. de fls. 444 a 448.

Argúi a nulidade do auto de infração, que não observou a sentença judicial e desmembrou, para efeito de compensação, a Contribuição para o PIS da COFINS, apontando que a fiscalização não aplicou a correção de 352% referente à TRD de fevereiro a dezembro de 1991, nem computou os juros e a correção monetária sobre os recolhimentos feitos a maior, acarretando diferença entre os créditos de FINSOCIAL e de PIS, compensados com os débitos de COFINS e PIS.

Pede a aplicação dos índices de atualização monetária sem os expurgos inflacionários ocorridos desde 1989, até a data da compensação, e pondera que as decisões judiciais acostadas às fls. 167/172 (FINSOCIAL, primeira instância), 199/204 (PIS, primeira instância), e 437/443 (FINSOCIAL, segunda instância), permitiram a compensação com todas as contribuições sociais e determinaram que a atualização monetária fosse feita nos mesmos índices utilizados pela Fazenda Nacional.

Às fls. 467/8 foi juntado o Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, em cumprimento ao art. 33 do Decreto nº 70.235/72, c/c o art. 2º, III, do Decreto nº 3.717/2001.

É o relatório.

4



Processo nº : 10665.001646/00-81
Recurso nº : 118.496
Acórdão nº : 203-08.475

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LINA MARIA VIEIRA

O recurso é tempestivo e encontra-se acompanhado de arrolamento de bens previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/72, c/c o art. 2º, III, do Decreto nº 3.717/2001. Dele conheço.

A exigência contestada diz respeito à falta de recolhimento da COFINS, alegando o recorrente ser indevido o lançamento, vez que efetuou a compensação de débitos da COFINS com créditos oriundos de pagamentos a maior de FINSOCIAL e PIS, tendo crédito a seu favor, que deve ser corrigido, aos índices de atualização monetária, sem os expurgos inflacionários, ocorridos desde 1989 até a data da compensação, com aplicação de juros de mora.

Enfrento, inicialmente, as preliminares suscitadas pelo recorrente, relativas à nulidade do auto de infração, à decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar parte do lançamento e à prescrição prevista no art. 174 do CTN.

PRELIMINARES

A) NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Preambularmente há que se afastar a preliminar de nulidade do auto de infração suscitada pelo contribuinte em apelo, vez que lavrado nos estritos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não sendo suficiente para caracterizar a nulidade aventada a arguição de que a fiscalização excluiu as parcelas de correção monetária e diferenças na compensação utilizadas pelo contribuinte, porque, ao contrário do que alega, os cálculos realizados pelo autor do procedimento observaram os índices de atualização monetária determinados em sentença, conforme consta no termo discriminativo de fls.

B) DECADÊNCIA

Procede a alegação do recorrente de que a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social está sujeita ao prazo decadencial de cinco anos, nos termos do Código Tributário Nacional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as contribuições previdenciárias voltaram a integrar o Sistema Tributário Nacional, sendo esse entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência. Nesse sentido é o posicionamento do Eg. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 146.773-SP.

Dispõem os arts. 146, III, "b", e 149, da Constituição Federal de 1988:

"Art. 146 - Cabe à lei complementar:



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo." (negritei)

Assim, deve a Fazenda Pública seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional, que tem eficácia de lei complementar, que só podem ser modificadas por outra lei complementar e não por lei ordinária. Nesse sentido decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais, em Sessão de 17.04.2001 (Acórdão CSRF/1-3.348).

Sobre o assunto, vale transcrever trecho do voto do eminente Ministro Carlos Velloso, proferido no julgamento do RE nº 138.284/8/CE pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Sessão de 1º de julho de 1992:

"As contribuições sociais, falamos, desdobram-se em 1.a Contribuições de seguridade social: estão disciplinadas no art. 195, I, II e III, da Constituição. São as contribuições previdenciárias, as contribuições do FINSOCIAL, as da Lei 7.689, o PIS e o PASEP (C.F., art. 239) [...]"

.....

Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: porque não são impostos, não há exigência no sentido de que seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos em lei complementar (art. 146, III, 'a'). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, 'b'). Quer dizer, os prazos de decadência e prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149)." (negritei)

Caracteriza-se o lançamento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS como da modalidade de "lançamento por homologação", que é aquele cuja legislação atribui ao sujeito passivo a obrigação de, ocorrido o fato gerador,

 6



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa.

Ciente, pois, dessa informação, dispõe o Fisco do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador para exercer seu poder de controle. É o que preceitua o art. 150, § 4º, do CTN, *verbis*:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Este é entendimento do STJ, por sua Primeira Seção, manifestado nos Embargos de Divergência no REsp nº 101.407 – SP, em Sessão de 07.04.00, tendo como relator o eminente Ministro Ari Pargendler, cujo voto transcrevo, em parte:

"Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de 'cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador'.

A incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo.

Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, porque lhe faltará objeto; o controle fiscal tem por objeto, sempre, o pagamento antecipado do tributo, resultando ou na respectiva homologação ou no lançamento de ofício das diferenças eventualmente devidas.

Aí a constituição do crédito tributário deve observar, não mais o artigo 150, § 4º, mas o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, tal como já decidia a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, consolidada na Súmula nº 219, a saber:

'Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador'.



Processo nº : 10665.001646/00-81
Recurso nº : 118.496
Acórdão nº : 203-08.475

O enunciado é casuista, na medida em que se refere a contribuições previdenciárias, mas o princípio nele estabelecido abrange todos os tributos lançados por homologação, neste gênero incluído o ICMS".

Na mesma esteira de pensamento posiciona-se o STJ, por sua Segunda Turma, no RE nº 279.473-SP, em 21.02.2001, cuja ementa é a seguinte:

"TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 PAR. 4º E 173 DO CTN).

- 1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir do fato gerador (art. 150, par. 4º, do CTN).*
- 2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*
- 3. Em normas circunstanciais, não se conjugam os dispositivos legais.*
- 4. Recurso especial provido"*

Assim, tendo em vista que a regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento, e tendo a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS natureza tributária, cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, amoldando-se à sistemática de lançamento por homologação, e tendo havido recolhimento antecipado, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral estatuída no art. 173 do CTN para encontrar respaldo no § 4º do art. 150 do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.

Como a inércia da Fazenda Pública homologa tacitamente o lançamento e extingue definitivamente o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (CTN, art. 150, § 4º), o que não se tem notícia nos autos, entendo decadente o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativamente à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, para os fatos geradores ocorridos até novembro de 1995, vez que o auto de infração foi lavrado e cientificado ao contribuinte em 07 de dezembro de 2000 (fl.03).

C) PRESCRIÇÃO

Quanto à prescrição invocada pelo recorrente, com fulcro no art. 174 do CTN, há que se ressaltar que a mesma diz respeito à prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, que é de cinco anos, a partir da constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre com a decisão final do processo fiscal.

No caso em apreço, incorreu a aludida prescrição, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

MÉRITO

8



Processo nº : 10665.001646/00-81
Recurso nº : 118.496
Acórdão nº : 203-08.475

O cerne da questão reside na forma como o Fisco e o contribuinte apuraram as diferenças recolhidas a maior de FINSOCIAL e PIS (fls. 58/60) e a compensação por eles efetuada.

Segundo o recorrente, o fiscal autuante não aplicou a correção de 352% referente à TRD, no período de fevereiro a dezembro de 1991, não incluiu os índices inflacionários apurados e expurgados pelo Governo desde 1989, não computou os juros de mora e desmembrou, para efeito de compensação, a Contribuição para o PIS da COFINS, resultando na diferença apurada no Auto de Infração de fls. 02/06.

MATÉRIA SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DAS PARCELAS RECOLHIDAS A MAIOR COM BASE NOS INDIGITADOS DECRETOS-LEIS COM DÉBITOS DE PIS, COFINS E CSL.

Discute o contribuinte, em juízo, através dos Processos nºs 93.0010326-1 (FINSOCIAL), 93.0011089-6 e 93.0016294-2 (PIS), a inconstitucionalidade dos aumentos das alíquotas de FINSOCIAL; a autorização para compensar os valores pagos a maior com parcelas vencidas e vincendas da COFINS, PIS e CSL; a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88; e a compensação de seus créditos com as exações devidas ao PIS, COFINS e CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.

Em decisões exaradas nos processos acima mencionados foram reconhecidas as inconstitucionalidades apontadas e determinado pelo juízo que sobre o crédito compensável incida atualização monetária da seguinte forma:

1) no processo relativo ao **FINSOCIAL** a sentença de 1ª instância, exarada às fls. 394 a 399, autorizou a compensação do *quantum* eventualmente pago a maior a título de FINSOCIAL com eventuais débitos remanescentes daquele tributo e com parcelas vencidas e vincendas das demais contribuições sociais, adotando-se os mesmos coeficientes de atualização monetária utilizados pela União em seus créditos, nos exatos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, sem juros, eis que não previstos em lei. **Referida sentença foi reformada parcialmente pelo TRF da 1ª Região (Apelação Cível nº 94.01.24891-5/MG às fls. 437/443) apenas para dela excluir a parte que determinou a compensação de créditos, procedimento administrativo que deve realizar-se perante a Receita Federal, mantendo, entretanto, a restituição com os acréscimos especificados na sentença (negritei).** O processo foi baixado definitivamente no TRF em 21.11.97 (fl.435) e, na Seção Judiciária de Minas Gerais, baixado e remetido para execução de sentença em 07.01.99 (fl.444); e

2) nos processos referentes ao **PIS** (Processos originais nºs 93.0011089-6/MG – Medida Cautelar e 93.0016294-2 – Ação ordinária), a Sétima Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal de MG julgou procedente em parte o pedido do autor, na ação principal e cautelar (fls. 199/204), encontrando-se os autos, desde maio de 1995, no TRT da 1ª Região aguardando julgamento, onde reconhece:



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

- a) o crédito da autora, pelos recolhimentos efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, aplicando-se-lhe as LC nºs 7/70 e 17/73, no que se refere à alíquota e à base de cálculo;
- b) o direito de compensar com exações devidas ao PIS, COFINS e CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, confirmando a liminar proferida na Cautelar;
- c) que a parcela referente ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS;
- d) a inexistência de relação jurídico tributária que obrigue a autora a submeter-se à IN SRF 67/92, no que esta limita a extensão do instituto da compensação disciplinado no art. 66 da Lei nº 8.383/91; e
- e) que sobre o crédito compensável incide correção monetária desde o recolhimento indevido, prevalecendo, para o período anterior à UFIR, os mesmos índices que corrigem os créditos da Fazenda Pública no período (recebidos com atraso) e juros de mora a serem contados nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN.

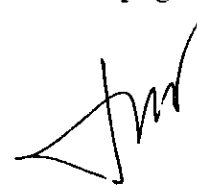
Como parte da matéria de mérito, referente à compensação de PIS com COFINS, PIS e CSL, encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, pendente de julgamento pelo TRF da 1ª Região, perde o processo administrativo, neste caso, sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, nas vias administrativa e judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Leciona Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987):

"d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperat, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança".

E Alberto Xavier, no seu *"Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário"*, Forense, 1997, ensina:

"... Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário.

 10



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea."

Deste modo, deixo de apreciar a matéria relativa à compensação do PIS com a COFINS, posto que submetida à apreciação do Poder Judiciário.

PROVIMENTO JURISDICIONAL DEFINITIVO

Como acima exposto, tendo o recorrente obtido no Processo nº 93.0010326-1, referente ao FINSOCIAL, o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, por força da ocorrência da coisa julgada material, é imperioso que a autoridade administrativa cumpra a decisão judicial, nos estritos lindes da sentença transitada em julgado (art. 5º, XXXV, da CF/88).

E decidiu o TRF da 1ª Região, na Apelação Cível nº 94.01.24891-5/MG, às fls. 437/443, não se manifestar sobre o pedido de compensação pleiteado, por ser procedimento administrativo que deve realizar-se perante a Receita Federal, mantendo, porém, a restituição com os acréscimos especificados na sentença, que são a *correção das parcelas indevidamente recolhidas a título de Contribuição para o FINSOCIAL, à alíquota superior a 0,5%, aos mesmos coeficientes de atualização monetária utilizados pela União em seus créditos, nos exatos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, sem juros, eis que não previstos em lei.*

Isto posto, passo a enfrentar a matéria não submetida ao crivo do Poder Judiciário, que diz respeito à compensação das parcelas recolhidas à alíquota superior a 0,5% de FINSOCIAL, já que, relativamente à correção das parcelas recolhidas a maior, conforme acima exposto, decidiu o TRF da 1ª Região, em definitivo, que devem ser aplicados os mesmos índices de atualização utilizados pela União em seus créditos, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, sem juros, por falta de previsão legal, não prosperando, portanto, as alegações do recorrente de correção de 352% referente à TRD, no período de fevereiro a dezembro de 1991, dos índices inflacionários apurados e expurgados pelo Governo desde 1989 e do cômputo dos juros de mora.

MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO PODER JUDICIÁRIO.

COMPENSAÇÃO

A Secretaria da Receita Federal, por força do disposto nos artigos 163, 165 e 170 da Lei nº 5.172/66 (CTN), no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, com a redação dada pelo artigo 58 da Lei nº 9.069/95, no artigo 39 da Lei nº 9.250/95, na Lei nº 9.363/96, no inciso II, do § 1º do artigo 6º, no artigo 73 da Lei nº 9.430/96, no Decreto nº 2.138/97 e no artigo 12 da Portaria MF nº 8/97, reconhece o direito à compensação, no caso concreto, independentemente de requerimento, aplicando, quanto à atualização monetária do indébito, a legislação prevista no art. 66 da Lei nº 8.383/91, na IN SRF nº 22/96 e nas Leis nºs 7.691/88 e 7.799/89.



Processo nº : 10665.001646/00-81

Recurso nº : 118.496

Acórdão nº : 203-08.475

A determinação judicial a respeito dos índices a serem aplicados para a correção do indébito coincide com os adotados pela Secretaria da Receita Federal, portando, deve ser assegurado ao recorrente o direito de compensar as parcelas recolhidas a maior de FINSOCIAL com as parcelas vencidas e vincendas de COFINS, que deverão ser corrigidas monetariamente, com supedâneo nos índices a seguir informados:

1. até 31/12/91, deverão ser observados os índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27/06/97;

2. para o período entre 01/01/92 até 31/12/95 observar-se-á a incidência do artigo 66, § 3º, da Lei nº 8.383/91, quando passou a vigor a expressa previsão legal para a correção dos indébitos; e

3. a partir de 01/01/96, tem-se a incidência da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - a denominada Taxa SELIC -, sobre o crédito, por aplicação do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO E JUROS DE MORA.

Quanto ao questionamento da incidência de multa de ofício há que se enfatizar que a mesma não tem qualquer natureza confiscatória e sua imposição está amparada em lei e fixada em níveis compatíveis para coibir a sonegação, o retardamento no pagamento dos tributos e a evasão fiscal.

Com relação aos juros de mora sua imposição encontra guarida no art. 161, § 1º, da Lei nº 5.172/66 - CTN, e visa unicamente ressarcir o Tesouro Nacional do rendimento do capital que permaneceu à disposição do contribuinte no período de tempo até seu efetivo recolhimento.

Todavia, no caso em apreço, a multa de ofício e os juros de mora somente deverão incidir sobre as parcelas que não forem absorvidas pelos recolhimentos/compensação efetuados.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer em parte do recurso, por opção pela via judicial, e, na parte conhecida, acolher a preliminar de decadência argüida, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e de prescrição e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito de o contribuinte compensar as parcelas recolhidas à alíquota superior a 0,5% de FINSOCIAL com parcelas vencidas e vincendas da COFINS, corrigidas aos mesmos índices de atualização monetária utilizados pela Secretaria da Receita Federal para a correção de seus créditos, nos exatos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, sem juros, eis que não previstos em lei, cabendo à autoridade administrativa competente, para a execução do julgado, a devida aferição da certeza e liquidez dos créditos envolvidos, aplicando

 12

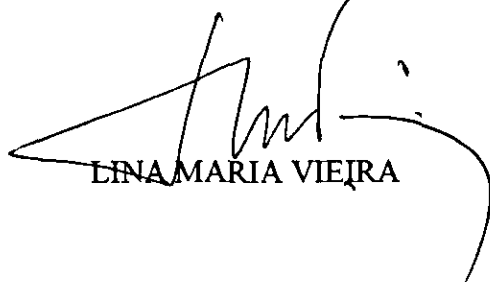


Processo nº : 10665.001646/00-81
Recurso nº : 118.496
Acórdão nº : 203-08.475

multa de ofício e juros de mora, apenas, sobre as parcelas não absorvidas pelos recolhimentos/depósitos efetuados, aferição que deverá ficar sobrestada até o julgamento final do processo judicial referente ao pedido de compensação de PIS com PIS, COFINS e CSL (Processos originais nºs 93.0011089-6/MG – Medida Cautelar e 93.0016294-2 – Ação ordinária).

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2002.



LINAMARIA VIEIRA