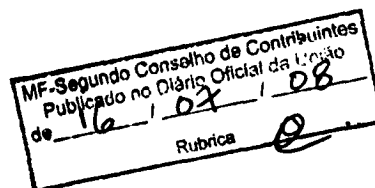




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10680.006403/2002-84
Recurso nº 132.150 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 202-18.975
Sessão de 07 de maio de 2008
Recorrente DVG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
Recorrida DRJ em Belo Horizonte - MG



**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/1998

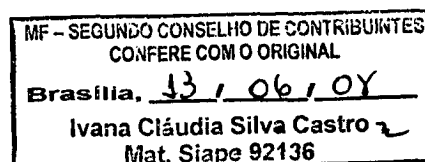
**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO
SINDICATO. PRECEDENTES. ABANDONO DA VIA
ADMINISTRATIVA.**

Nos termos do art. 8º, III, da Carta Magna os Sindicatos têm legitimidade ativa para, agindo como substituto processual, demandar em juízo ou administrativamente a tutela de direitos subjetivos individuais de toda a categoria econômica ou profissional representada. Configura abandono da via administrativa a opção pela via judicial, ainda que a ação tenha sido proposta pelo sindicato representativo da categoria.

TAXA REFERENCIAL. SELIC. LEGALIDADE.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais. (Súmula nº 3, do 2º CC).

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: 1) em não conhecer do

[Assinatura]

[Assinatura]

recurso na parte em que há concomitância com o processo judicial; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso. Esteve presente ao julgamento o Estagiário Osvaldo Laurindo Ferreira Neto, RG nº 1674948 SSP/DF.



ANTONIO CARLOS ATULIM

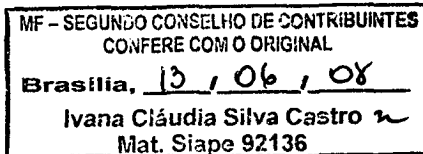
Presidente



ANTONIO LISBOA CARDOSO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez López.



Relatório

Adoto parcialmente o relatório de fls. 256/258, nos seguintes termos:

“Contra a interessada foi lavrado o auto de infração de fls. 19/23 com exigência de crédito tributário no valor de (...) a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juro de mora e multa proporcional de 75 % por insuficiência de recolhimento para os períodos relacionados na fl. 21.

Consta do Termo de Verificação Fiscal de fls. 24/28 que:

(...)

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do referido auto de infração, conforme a seguir: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991; art. 77, inc. III do Decreto-lei nº 5.844, de 1943, e art. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN).

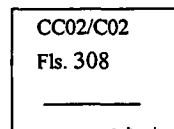
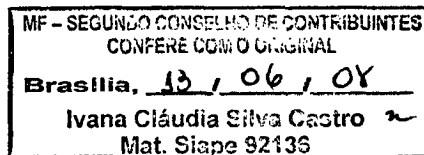
Irresignada, tendo sido cientificada em 29/04/2002, a empresa apresentou, em 29/05/2002, o arrazoadado de fls. 203/214, acompanhado dos documentos de fls. 215/251, com as suas razões de defesa a seguir reunidas sucintamente.

Assevera que ocorreu a extinção do Mandado de Procedimento Fiscal, por decurso do prazo de validade. Acentuando as disposições contidas na Portaria SRF nº 3.007, de 26/11/2001, relativas aos instrumentos necessários aos procedimentos de fiscalização, entre os quais o prazo para sua realização, substancialmente, alega que, da análise dos mandados emitidos e do demonstrativo das prorrogações efetuadas, verifica-se que o MPF nº 0611300.2001.00006 expirou em 26/02/2002. Portanto, o auto de infração lavrado em 29/04/2002 não encontraria respaldo no mencionado documento porque, a teor do art. 15 da Portaria SRF nº 3007, de 2001, o MPF se extingue pelo decurso do prazo a que se referem os arts. 12 e 13, pelo que o auto de infração deveria ser anulado.

Ressalta que discute no Poder Judiciário a determinação da base de cálculo impositiva, mas que de acordo com o AD(N) CST 3, de 1996, há competência da autoridade administrativa para analisar os demais aspectos do lançamento.

Em seguida, em vasta exposição, a impugnante contesta a utilização da taxa Selic como índice de juro de mora. Mencionando as disposições legais pertinentes bem como jurisprudência e excertos doutrinários, alega que os juros moratórios de caráter indenizatório, pelo pagamento de tributos após os prazos legais, estão limitados em 1% ao mês nos termos do art. 161 do CTN. Em suma, aduz que não pode o Fisco utilizar-se da taxa Selic para a composição dos juros moratórios



aplicados no débito ora impugnado, tendo em vista a sua inaptidão a tal fim."

O acórdão da DRJ em Belo Horizonte - MG é assim ementado:

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

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/1998

Ementa: 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.

A prorrogação do MPF-F far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet.

Cabe à autoridade administrativa julgadora conhecer das razões da impugnação quando a matéria em litígio sob o crivo do Poder Judiciário for diferente da que está sob a apreciação da Administração Fiscal, caso contrário, considerar-se-á a impugnação não conhecida.

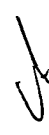
As normas reguladoras do juro de mora que determinam a aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se disciplinadas em lei.

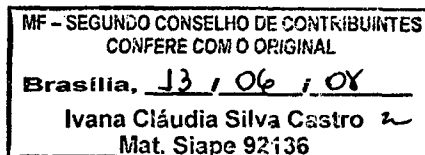
No julgamento de primeira instância, o voto observará o entendimento da Secretaria da Receita Federal expresso em atos tributários, não estando vinculado ao entendimento firmado pelo órgão julgador de segunda instância, tampouco à doutrina e à jurisprudência existentes sobre a matéria.

Impugnação não Conhecida".

No recurso de fls. 267/278, a recorrente reitera as alegações da impugnação aduzindo que durante o ano calendário de 1998 sua atividade principal foi fomento mercantil e conclui dizendo que *"o recurso deverá ser conhecido em caso de improcedência da ação judicial acerca da base de cálculo do PIS e da COFINS para as empresas de factoring - ... limitando-se a taxa de juros de mora ao teto de 1% (um por cento) ao mês"*.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

O recurso voluntário da recorrente atende aos pressupostos para a sua admissibilidade.

O presente processo esteve em julgamento na sessão passada (março/2008), quando solicitei a sua retirada de pauta para melhor análise quanto ao fato de a Cofins sobre as atividades de *factoring* estar em discussão no âmbito do Poder Judiciário através do Mandado de Segurança nº 1998.38.007896-9, impetrado pelo Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil *Factoring* do Estado de Minas Gerais – SINDISFAC.

Naquela ocasião posicionei-me no sentido de não conhecer do recurso, em face da opção pela via judicial, no que fui apartado por alguns de meus pares pelo fato de tratar-se de mandado de segurança coletivo, impetrado por sindicato da categoria não impedindo o conhecimento do recurso.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento sobre a substituição processual prevista no art. 8º, III, da Constituição Federal, que assegura a ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos para a intervenção no processo como substitutos das categorias que representam, conforme se depreende da ementa do acórdão do RE nº 193.503-1/SP, julgado em sessão plenária de 12 de junho de 2006, publicado no DJU de 24/08/2007 (rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa), *verbis*:

“Ementa EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.”

De acordo com o entendimento da Suprema Corte, para que seja admitida a substituição processual é exigido que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, não sendo exigido que o direito seja peculiar, próprio da classe, conforme denota-se pela transcrição da ementa do RE 181.438, citada Ministro Carlos Velloso, *verbis*:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESA. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, b.

I - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. C.F., art. 5º LXX.

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação.

III - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

R.E. conhecido e provido. (DJ de 04/10/96)."

Destaca ainda o ilustre relator, em seu voto, ser dispensável a autorização dos associados, citando o MS 21.514-DF:

"No que toca ao primeiro fundamento do acórdão recorrido - a exigência de autorização dos filiados, membros ou associados para a impetração coletiva - concordo com o eminente relator, que dispensa tal autorização."

Mais adiante faz a distinção entre a representação perpetrada pelas associações civis (art. 5, XXI, C.F.) e da representação levada a efeito pelas organizações sindicais, tipificando a substituição processual através do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, e art. 8º, III, da C.F.). Na modalidade do art. 5º XXI, exige-se autorização expressa dos associados, porquanto tratar-se de "entidades associativas", na substituição processual prescinde a autorização dos filiados, membros ou categoria, senão vejamos o que sentenciou o relator em seu v. voto:

"Na verdade, cumpre distinguir a hipótese do art. 5º, XXI - caso de representação, em que se exige a autorização expressa dos filiados, certo que 'entidades associativas' não compreendem organizações sindicais, mas associações - do mandado de segurança coletivo do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Neste, tem-se substituição processual, o que parece ocorrer, também, na hipótese do art. 8º, III, da Lei Maior."

O STF ainda teve ocasião de tratar deste tema específico quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 3.475, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira (*in* Revista LTr, São Paulo, 1994, nº 58, pág. 1059), reconhecendo expressamente a legitimidade das entidades sindicais para pleitearem em defesa do direito da categoria, *verbis*:

"Estipulando o art. 8º, III, da Constituição que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas, não parece, efetivamente, possível, na espécie (grifos nossos) deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear, como o faz, na defesa do direito da categoria de servidores a que se refere na inicial, em ordem a lograrem condições de auferir as vantagens funcionais decorrentes da isonomia de vencimentos indicada na peça introdutória. Diversa é a situação das entidades associativas, cuja legitimidade para representar seus

1

6

filiados, judicial ou extrajudicialmente, depende de expressa autorização". (grifos acrescidos).

Assim sendo, o que caracteriza a questão da substituição processual é a existência de um direito protegido próprio do substituído, o que no caso do processo sob análise está caracterizado, qual seja, a cobrança de Cofins sobre a base de cálculo das receitas das empresas de *factoring*, direito próprio da classe.

Nesse sentido, a Lei nº 8.073, de 1990, dispôs expressamente que as entidades sindicais poderão atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, como substitutos processuais, *verbis*:

"Art. 3º As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria."

O colendo Superior Tribunal de Justiça também assentou em sua jurisprudência dominante o entendimento quanto aos sindicatos terem legitimidade ativa para, agindo como substituto processual, demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais de seus sindicalizados, senão vejamos os seguintes precedentes:

"EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO - LEI 9.711/98 - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO - PRECEDENTES - ART. 31 DA LEI 8.212/91 - VIOLAÇÃO REFLEXA.

1. Segundo a jurisprudência pacífica do STJ, o substituído tributário, na qualidade de contribuinte de fato, tem legitimidade ativa ad causam para discutir a legalidade da sistemática da arrecadação instituída pela Lei 9.711/98, o que afasta a alegação de infringência aos arts. 6º e 267, VI do CPC.

2. No STJ também está pacificado o entendimento de que Sindicatos têm legitimidade ativa para, agindo como substituto processual, demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais de seus sindicalizados.

3. A previsão do aspecto quantitativo da base de cálculo do tributo em questão (percentual mínimo do valor dos serviços será de 40% em relação ao valor total da nota fiscal, da

fatura ou do recibo de prestação de serviço), contida em norma infralegal (IN/INSS 69/2002), não é passível de impugnação pela via do recurso especial. A possível violação ao art. 31 da Lei 8.212/91 somente se daria por via reflexa.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (REsp nº 783.880/PR, DJU 26/09/2007, rel. Min. Eliana Calmon).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. SINDICATO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFESA DOS INTERESSES DA CATEGORIA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DOS FILIADOS. PRECEDENTES.

↓

[Assinatura]

1. Os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações na defesa dos direitos de seus filiados independentemente de autorização de cada um deles.

2. Agravo regimental desprovido." (grifos acrescidos).

(AgRg no Ag 797.657/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21.11.2006, DJ 05.02.2007 p. 347).

Arruda Alvim chama a atenção para o fato de que a Suprema Corte alargou corretamente o entendimento quanto à substituição processual, exigindo-se para mandado de segurança coletivo apenas que o tributo seja exigido em razão da atividade que levou à formação do sindicato (no caso nosso "factoring"):

"Obs.: Objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ. Ex.: Sindicato indústrias cabe para IPI, mas não para PIS. STF alargou, a nosso ver corretamente o entendimento, decidindo que cabe o mandado coletivo, desde que o tributo seja exigido em razão da atividade que levou à formação do sindicato, p.ex., não se exigindo, todavia, que seja próprio, específico, da classe.

- V. Súmula 630/STF: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

(<http://www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/41.asp?id=artigos&lng=pt>)

No mesmo sentido vem decidindo os Conselhos de Contribuintes, considerando abandono da via administrativa o fato de o contribuinte demandar o mesmo objeto junto ao Poder Judiciário, ainda que na condição de substituído, no caso, sendo representado pelo sindicato da respectiva categoria, conforme se depreende das ementas dos acórdãos abaixo transcritas:

"Número do Recurso: 127047

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10875.003181/2001-80

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: SIMPLES - EXCLUSÃO

Recorrida/Interessado: DRJ-CAMPINAS/SP

Data da Sessão: 07/11/2003 11:00:00

Relator: LUIZ SÉRGIO FONSECA SOARES

Decisão: Acórdão 301-30881

Resultado: UVNC - POR UNANIMIDADE DE VOTOS NÃO SE CONHECEU DO RECURSO

Texto da Decisão: Decisão: Por unanimidade de votos, não se tomou conhecimento do recurso.

Ementa: PROCESSUAL. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FEDERAÇÃO A QUE PERTENCE O AUTUADO.

A fundamentação da defesa em decisão judicial prolatada em Mandado de Segurança Coletivo, impetrado por Sindicato a que está filiada, implica opção pela via judicial e renúncia à via administrativa, e impede o conhecimento do recurso.

RECURSO NÃO CONHECIDO POR UNANIMIDADE.

Número do Recurso: 008369

Câmara: SÉTIMA CÂMARA

Número do Processo: 10280.002200/91-62

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: FINSOCIAL

Recorrente: TRANSPORTADORA APIL LTDA

Recorrida/Interessado: DRJ-BELÉM/PA

Data da Sessão: 11/07/1996 00:00:00

Relator: Maria Ilca de Castro Lemos Diniz

Decisão: Acórdão 107-03165

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: PUV, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA REDUZIR A ALÍQUOTA A 0,5%.

Ementa: Ação Judicial/Mandado de Segurança. A concessão do direito de não recolher a contribuição ao Fundo de Investimento Social sobre a receita bruta na ação judicial impetrada pelo Sindicato das Empresas de Transportes de Cargas no Estado do Paraná somente beneficia às empresas pertencentes a jurisdição da autoridade coatora - Limitação imposta pela autoridade judicial nos autos do processo.

FINSOCIAL/Inconstitucionalidade de alíquotas majoradas. Deve ser excluída a alíquota que exceder a 0,5% a título de Contribuição ao Fundo de Investimento Social.

Por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso."

Em face do exposto, mantenho meu posicionamento inicial no sentido de não conhecer em parte do recurso, em razão de estar configurado abandono da via administrativa.

Nesse sentido vale ressaltar que, apesar de autônomas as instâncias, a dupla discussão fere o princípio da jurisdição una, estabelecido pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, conforme bem apontam Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Teresa Martínez López (Processo Administrativo Fiscal Federal Anotado, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 207/208.):

"Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, têm, reiteradamente, decidido que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes

✓

9

ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto acarreta a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição uma, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. (Nota de rodapé dos autores: "Neste sentido, veja-se Ato Declaratório Normativo nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, e Portaria nº 258, de 24 de agosto de 2001, art. 26").

E, mais adiante, continuam os renomados autores:

"A superação da 'renúncia administrativa' tem-se verificado, no entanto, quando a matéria já está pacificada pelos tribunais superiores. Nesta hipótese, já que não há dúvidas quanto ao desfecho final da lide judicial e, em respeito à economicidade do processo fiscal, os julgadores administrativos têm conhecido e provido os recursos." (Op. cit. p. 208)

Não se pode admitir a discussão concomitante nas esferas administrativa e judicial também em face da possibilidade de adoção de decisões conflitantes, o que seria contrário ao ordenamento jurídico, em razão da insegurança que decorreria de tal situação.

A matéria submetida ao Poder Judiciário não pode ser apreciada no âmbito administrativo, ainda que os motivos alegados para o afastamento da norma sejam diversos. A preclusão diz respeito à matéria e não aos motivos que justifiquem a tese sustentada.

Na parte em que o recurso deve ser conhecido, acredito que melhor sorte não tem a recorrente, não merecendo prosperar a irresignação contra a aplicação da taxa Selic a título de juros de mora, pois sua cobrança foi considerada legal pela Súmula nº 3 deste Segundo Conselho de Contribuintes:

"É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais." (DOU Seção I, 26/09/2007, pag. 20, nº 186)

Com essas considerações, voto no sentido de conhecer em parte do recurso e na parte conhecida negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2008.


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO