



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

Recorrente : ARCO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

RESOLUÇÃO Nº 203-00.404

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ARCO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Maria Teresa Martínez López
Relatora

Imp/cf/ovrs _____



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

Recorrente : ARCO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração em 31/05/99, exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 01/03/1994 a 31/12/1998.

Foi consignado pelo autuante, na Descrição dos Fatos de fl. 02, que o valor foi apurado através de levantamento no Diário, Razão e Declarações de Contribuições e Tributos Federais (DCTF). Mencionou-se, também, que a contribuinte impetrou Mandado de Segurança, processo judicial nº 94.5873-0, tendo sido indeferida a liminar em 24/03/94 e a sentença, denegada a segurança, em 10/08/95.

Cientificada em 31/05/1999 (fl. 01), a interessada apresentou, em 29/06/1999, impugnação ao lançamento, conforme arrazoado de fls. 149/155, alegando, em síntese, que:

- 1) o fiscal da Receita Federal não apurou o valor correto, tendo pago parcelas que estão sendo novamente cobradas;
- 2) em alguns exercícios financeiros, a impugnante pagou a COFINS a maior e seu crédito não foi compensado com o débito acusado no auto de infração;
- 3) existe ação judicial – Mandado de Segurança impetrado pela impugnante -, questionando a incidência da COFINS sobre a receita advinda da venda de imóveis;
- 4) o auto de infração foi lavrado em 31 de maio de 1999. Portanto, os créditos tributários anteriores a 31 de maio de 1994 não podem mais ser lançados, pois ocorreu a decadência do direito de lançar estes créditos;
- 5) algumas parcelas de Cofins constantes do auto de infração como inadimplentes foram devidamente recolhidas. No cumprimento da obrigação tem sido realizada parte em depósito judicial e parte em recolhimentos através de guia DARF;
- 6) o pagamento de abril de 1997 encontra-se comprovado. Houve o depósito de R\$10.749,87 e mais o DARF de R\$272,73;
- 7) no mês de maio de 1997, depositou, judicialmente, R\$37.891,02 e pagou R\$208,02 em DARF. O auto de infração, entretanto, acusa que a contribuinte deveria recolher R\$28.146,12 e não recolheu nada. Assim, o auto de infração deverá sofrer um decréscimo de R\$37.891,02;
- 8) em junho de 1997, a impugnante recolheu R\$23.492,40 em depósito judicial e R\$273,47 pagos pelo DARF. O auto de infração apurou que a COFINS a recolher era de R\$20.587,36. Portanto, do total do débito deverá ser diminuído R\$23.492,40;
- 9) somente em abril, maio e junho de 1997, recolheu R\$754,22 e depositou judicialmente o valor de R\$72.133,29, totalizando R\$72.887,51, montante que deve ser abatido do total dos créditos;



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

10) a apuração do crédito tributário realizada pela Receita Federal demonstrou que, em muitos meses, houve depósito judicial ou recolhimento a maior de COFINS, que não foram abatidos do montante devido, nos meses subseqüentes. A Receita Federal admitiu que havia crédito de Cofins, mas não procedeu a compensação destes valores, enquanto a contribuinte as fez em seus recolhimentos ou depósitos. Portanto, no período apurado, a impugnante pagou/depositou judicialmente o valor de R\$38.845,88 a maior do que o devido. Assim, este valor deverá ser abatido do total do débito apurado no auto de infração;

11) os juros e a multa de 75% sobre os valores pagos e depositados a maior devem ser deduzidos do auto de infração;

12) os juros deveriam ser limitados a doze por cento, de acordo com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal. O CTN, art. 161, § 1º, estabeleceu que os juros moratórios seriam de 1% ao mês. A SELIC não poderia ser aplicada;

13) o bem imóvel não é mercadoria e, desta forma, a COFINS não incide sobre o faturamento destas vendas. A transferência das mercadorias é documentada através da nota fiscal ou fatura com simples entrega ao comprador, ao passo que a transferência de imóvel é efetuada através de escritura pública e registro; e

14) é necessário aguardar a decisão judicial do Mandado de Segurança (94.005873-3), que visa a suspensão do pagamento da Cofins, fundamentando-se no conceito de mercadoria e serviços contido no direito privado.

Por meio do Acórdão DRJ/BHE nº 1.193, de 20 de maio de 2002, os Membros da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte - MG, por maioria de votos, declaram definitiva a exigência discutida, no que se refere à matéria (inexigibilidade da COFINS sobre a receita da venda de imóveis) que foi objeto de ação judicial (MS nº 94.0005873-0), prosseguindo na sua cobrança julgaram procedente em parte o lançamento. A ementa dessa Decisão possui a seguinte redação:

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

Período de apuração: 01/03/1994 a 31/12/1998

Ementa: Concomitância de processo administrativo e processo judicial: A propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional, de ação judicial – por qualquer modalidade processual – antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto importa renúncia às instâncias administrativas.

Decadência: O prazo decadencial para lançamento da COFINS é de 10 (dez) anos.

Depósitos Judiciais: Os depósitos judiciais insuficientes não acarretam a suspensão de exigibilidade e devem ser considerados nos acertos finais com os créditos tributários lançados.

Cobrança: Valores não pagos e não declarados em DCTF devem ser objeto de lançamento de ofício.

Multa: Aplica-se a multa de ofício a débito apurado em auto de infração, cuja exigibilidade não se encontrava suspensa.



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

Lançamento Procedente em Parte”.

Às fls 191/ 193, a informação prestada pela contribuinte à Delegacia da Recita Federal de Belo Horizonte de que em 31/01/2003 teria realizado o pagamento das importâncias lançadas pelo Auditor Fiscal referente aos fatos geradores ocorridos em 31/03/94; 30/06/94; 30/11/94 e 31/12/94, com as reduções de multa e juros previstos na Lei nº 10.637/2002. Que, (*sic*) “Pagamento este que não traduz simplesmente uma quitação parcial da dívida tributária, tendo em vista que o débito restante encontra-se pago, seja por meio de depósito judicial sujeito a conversão em renda, seja pelos depósitos realizados a maior, como vastamente demonstrado no recurso voluntário tempestivamente interposto.” Anexo aos autos fotocópias autenticadas de DARFs.

Às fls. 194/205 recurso apresentado pela contribuinte, onde, em apertada síntese, reitera que:

- os valores depositados judicialmente também devem ser abatidos da importância apurada nos autos;
- por ter realizado depósitos judiciais a maior em períodos não lançados no auto de infração, o que lhe rendeu um saldo positivo na importância de R\$38.845,88.
- conforme defende, ocorreu a figura da decadência no período de março a maio de 1994, pela aplicabilidade do Código Tributário Nacional, pela qual cita doutrina e jurisprudência em seu favor;
- no que diz respeito à multa, alega ser indevida a aplicada, seja por conta da conversão do depósito em renda, seja por causa do recolhimento feito a maior por meio de depósitos judiciais;
- no que diz respeito aos juros, igualmente indevidos, seja pelas razões expostas anteriormente (depósitos e recolhimentos feitos a maior), seja pela ilegalidade da Taxa SELIC, conforme jurisprudência do STJ; e
- por último, pede que seja mantida a exclusão da multa de ofício e os juros de mora sobre os depósitos de maio e junho como decidido pela Turma julgadora de primeira instância.

À fl. 207, certidão expedida pela Justiça Federal informando que o processo judicial transitou em julgado em 13/08/2002.

Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e Instrução Normativa SRF nº 26, de 06/03/2001.

É o relatório.



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Em primeiro lugar, mister se faz esclarecer que a matéria colocada em discussão judicial (receita advinda de venda de imóveis) não está sendo aqui tratada, a um porque a contribuinte admite a ocorrência da figura da assim chamada renúncia administrativa, na mesma linha de pensamento dos Conselhos de Contribuintes¹, a dois porque, segundo informações trazidas pela contribuinte às folhas 200 (sic) **DE QUALQUER FORMA**, tal discussão torna-se irrelevante neste momento, tendo em vista que o processo nº 94.00.005873-0 transitou em julgado, o que, por via reflexa, resultará na conversão dos depósitos judiciais realizados pela recorrente em renda, como faz certa a certidão de inteiro teor em anexo.”

As matérias postas em discussão, em síntese: da decadência do período de 03/94 e 05/94; do abatimento de quantias depositadas a maior em determinados períodos, sobre os valores lançados com multa de ofício; dos efeitos dos pagamentos efetuados em 31/01/2003; da ilegalidade da Taxa SELIC; e por último da manutenção da exclusão da multa de ofício e os juros de mora sobre os depósitos de maio e junho como decidido pela Turma julgadora de primeira instância.

Em primeiro lugar, quanto ao abatimento de quantias depositadas a maior, consta da decisão de primeira instância, à fl. 174, que: “*A autuada alega também que os diversos depósitos judiciais não foram considerados na cobrança. Tal fato não acarreta prejuízo à interessada, já que os acertos de valores serão feitos quando da conversão dos depósitos em renda da União, se a decisão final for favorável à Fazenda Nacional.*”

A priori, penso ter ocorrido um contra-senso não ter sido levado em consideração, dentro de um mesmo período submetido à fiscalização, os valores depositados a maior, pertinentes à mesma obrigação fiscal. Isso porque o reflexo será sentido na multa de ofício apurada sobre o indébito fiscal. Claro está que, efetuado em um mês, pagamento a maior, no mês seguinte, por conta desse acréscimo, poderia o contribuinte ter procedido ao abatimento desse crédito.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são de fundamental importância na aplicação do Direito e satisfação da Justiça. A razoabilidade contrapõe-se a

¹ Este Colegiado tem entendido que a opção da recorrente em submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário torna inócua qualquer discussão posterior da matéria no âmbito administrativo, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos. Acrescente-se que o não impedimento da realização do lançamento tem sua razão de ser para que a Fazenda Nacional não fique posteriormente impedida de lançar o imposto/penalidade, pela superveniência da “decadência”, decorrente da demora prolongada na solução de questão judicial. Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever para cassar ou anular o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas para ingressar em juízo.



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

racionalidade, diante da insuficiência de seus critérios, permitindo soluções que não seriam possíveis no estrito campo do formalismo e auxiliando na fundamentação das "decisões jurídicas razoáveis".

Nesse sentido, deverá ser procedida a recomposição do *quantum* devido, subtraindo-se do cálculo os créditos havidos, plenamente demonstrados pela autoridade fiscalizadora nos autos.

Por outro lado, conforme relatado, traz a contribuinte, às fls 192/193, DARFs de pagamentos realizados com as reduções de multa e juros previstos na Lei nº 10.637/2002. A lei, para lembrança de meus pares, diz, na parte que poderá interessar, o seguinte:

“DAS OUTRAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA

Art. 13. Poderão ser pagos até o último dia útil de janeiro de 2003, em parcela única, os débitos a que se refere o art. 11 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, **vinculados ou não a qualquer ação judicial**, relativos a fatos geradores ocorridos até 30 de abril de 2002. (negrito não do original).

§ 1º Para os efeitos deste artigo, a pessoa jurídica deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se fundam as referidas ações.

§ 2º Na hipótese de que trata este artigo, serão dispensados os juros de mora devidos até janeiro de 1999, sendo exigido esse encargo, na forma do § 4º do art. 17 da Lei no 9.779, de 19 de janeiro de 1999, acrescido pela Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, a partir do mês:

I - de fevereiro do referido ano, no caso de fatos geradores ocorridos até janeiro de 1999;

II - seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos.

§ 3º Na hipótese deste artigo, a multa, de mora ou de ofício, incidente sobre o débito constituído ou não, será reduzida no percentual fixado no caput do art. 6o da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991.

§ 4º Para efeito do disposto no caput, se os débitos forem decorrentes de lançamento de ofício e se encontrarem com exigibilidade suspensa por força do inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, o sujeito passivo deverá desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto.

Art. 14. Os débitos de que trata o art. 13, relativos a fatos geradores vinculados a ações judiciais propostas pelo sujeito passivo contra exigência de imposto ou contribuição instituído após 1o de janeiro de 1999 ou contra majoração, após aquela data, de tributo ou contribuição anteriormente instituído, poderão ser pagos em parcela única até o último dia útil de janeiro de 2003 com a dispensa de multas moratória e punitivas.



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

§ 1º Para efeito deste artigo, o contribuinte ou o responsável deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos na forma do caput, e renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.

§ 2º O benefício de que trata este artigo somente poderá ser usufruído caso o contribuinte ou o responsável pague integralmente, no mesmo prazo estabelecido no caput, os débitos nele referidos, relativos a fatos geradores ocorridos de maio de 2002 até o mês anterior ao do pagamento.

§ 3º Na hipótese deste artigo, os juros de mora devidos serão determinados pela variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP).

Art. 15. Relativamente aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, o contribuinte ou o responsável que, a partir de 15 de maio de 2002, tenha efetuado pagamento de débitos, em conformidade com norma de caráter exonerativo, e divergir em relação ao valor de débito constituído de ofício, poderá impugnar, com base nas normas estabelecidas no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, a parcela não reconhecida como devida, desde que a impugnação:

- I - seja apresentada juntamente com o pagamento do valor reconhecido como devido;
- II - verse, exclusivamente, sobre a divergência de valor, vedada a inclusão de quaisquer outras matérias, em especial as de direito em que se fundaram as respectivas ações judiciais ou impugnações e recursos anteriormente apresentados contra o mesmo lançamento;
- III - seja precedida do depósito da parcela não reconhecida como devida, determinada de conformidade com o disposto na Lei no 9.703, de 17 de novembro de 1998.

§ 1º Da decisão proferida em relação à impugnação de que trata este artigo caberá recurso nos termos do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972.

§ 2º A conclusão do processo administrativo-fiscal, por decisão definitiva em sua esfera ou desistência do sujeito passivo, implicará a imediata conversão em renda do depósito efetuado, na parte favorável à Fazenda Nacional, transformando-se em pagamento definitivo.

§ 3º A parcela depositada nos termos do inciso III do caput que venha a ser considerada indevida por força da decisão referida no § 2º sujeitar-se-á ao disposto na Lei no 9.703, de 17 de novembro de 1998.”

Em respeito ao princípio da verdade material, segundo o qual o julgador tem o direito e dever de carrear para o processo todos os dados e informações que contribuam para a solução da lide; voto no sentido de converter o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem, a fim de que a mesma se manifeste sobre os efeitos dos pagamentos efetuados pela contribuinte. Caso entenda justificável os pagamentos efetuados pela contribuinte na forma como foi procedido, deverá a autoridade competente elaborar demonstrativo com o saldo devido, levando em consideração os valores depositados a maior, no período objeto da presente fiscalização.



Processo nº : 10680.017035/99-89
Recurso nº : 122.869

Após o término da Diligência, oferecer à ora recorrente, no prazo de 15 dias, o direito de emitir pronunciamento acerca do resultado da diligência, se assim o desejar. Em seguida, após o prazo, providenciar o retorno dos autos a esta Câmara para posterior julgamento.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ