



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

2.º	PUBLI ADO NO D. O. U.
C	D. 16, 02/ 07
C	Rubrica

Recorrente : SUPERMERCADOS CAETANO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS GERAIS TRIBUTÁRIAS. PROCESSO JUDICIAL.

Somente a concessão de liminar em ação judicial da qual o contribuinte seja titular, ou o depósito judicial, suspende a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício.

COMPENSAÇÃO.

A inobservância das normas pertinentes à compensação, mesmo que arrimada em decisão judicial, porém ainda não transitada em julgado, impede a extinção do crédito tributário pela homologação da compensação efetivada e o torna exigível.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 18 DA LEI Nº 10.833/2003.

Deve ser excluída a multa de ofício aplicada em lançamento de ofício, cujo crédito tributário tenha sido declarado em DCTF.

Recurso provido em parte.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/02/2006

Cleuza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPERMERCADOS CAETANO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir a multa de ofício. Vencido o Conselheiro Marcelo Marcondes Meyer-Kozłowski, que votou por dar provimento integral.

Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2006.

Antonio Carlos Atulim
Antonio Carlos Atulim
Presidente

Maria Cristina Roza da Costa
Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Antonio Zomer, Raimar da Silva Aguiar, Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/09/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleusa Takafuji
Cleusa Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

Recorrente : SUPERMERCADOS CAETANO LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP.

Por bem descrever os fatos, reproduz-se, abaixo, o relatório da decisão recorrida:

"Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 04/07, lavrado contra a contribuinte por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativamente ao período de agosto de 1996, abril de 1997 a março de 1998, fevereiro de 1999 a dezembro de 2000, no total de Crédito Tributário apurado de R\$ 503.277,74, com juros de mora calculados até 30/04/2001.

2. O Termo de Verificação Fiscal – COFINS/PIS de fls. 14/17, a auditora fiscal que elaborou o Auto de Infração esclarece que;

2.1. da análise das planilhas elaboradas pela contribuinte foram diagnosticadas algumas diferenças, referente à falta de inclusão na base de cálculo da Cofins de valores relativos às "demais receitas auferidas" no período de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000 e à exclusão indevida de alguns valores a título de receitas auferidas na venda de cigarros;

2.2. da análise feita nas DCTFs entregues e nos recolhimentos efetuados, ficou constatado que a contribuinte realizou nos períodos de junho/1997 a março de 1998, amparado por Liminar (04/08/97) em Medida Cautelar (Processo nº 97.0607502-0 – onde pleiteia a compensação de valores devidos à título de Cofins, PIS e CSLL com créditos advindos dos pagamentos efetuados a maior à título Finsocial, alíquota superior a 0,5%) - "compensações sem DARFs", posteriormente cassada (sentença julgando improcedente a Ação, de 07/05/98, da 3ª Vara Federal de Campinas, fl. 76), informadas em DCTFs como "créditos vinculados", correspondendo a uma parte dos valores apurados pela fiscalização como devidos no período;

2.3. a contribuinte também propôs em 09/09/1997, Ação Ordinária nº 97.0611170-0, por dependência, sem decisão de 1ª instância, onde pleiteia a convalidação do direito em promover as compensações integralmente, com correção monetária plena.

2.4. confrontando-se os valores declarados e/ou pagos (DCTFs e/ou DARFs) com os valores apurados pela fiscalização, como devidos à título de Cofins, no período de janeiro de 1996 à dezembro de 2000 constata-se a existência de diferenças a serem recolhidas, demonstradas nas planilhas "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada", que foram lançadas tendo em vista que as compensações efetuadas encontravam-se sem amparo legal e portanto eram indevidas.

3. Intimada no próprio Auto de Infração em 28 de maio de 2001, a contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 149/163, em 26 de junho de 2001, por intermédio de seus advogados, procuração fl. 164, alegando, basicamente, que:

3.1. a matéria debatida se funda na compensação de Finsocial face à declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota superior a 0,5%

3.2. a contribuinte como não encontrava suporte administrativo no que se referia ao seu direito à compensação, procurou guarida no Judiciário, com fulcro no art. 5º XXXV da Constituição Federal, ficando evidente que ao emitir o Auto de Infração, está

cl

J



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/08/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleuzá Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

havendo no mínimo confisco, na medida em que as sentenças ainda não transitaram em julgado;

3.3. somente após o trânsito em julgado da sentença é que serão conhecidos os índices a serem aplicados na atualização dos valores a serem compensados é que a receita poderia verificar a correção dos cálculos. Com a emissão do auto de infração a r. sentença está sendo executada de forma negativa;

3.4. no mais, as alterações trazidas pela Lei 9.718, de 1998 não podem prosperar, pois violam a Constituição Federal, pois são leis ordinárias e não poderiam alterar uma lei complementar e a Emenda Constitucional 20 foi posterior à sua edição;

3.5. o auto merece ser cancelado também com fulcro no art. 66 da Lei nº 8.383/91 e disposições da Lei nº 9.430/96, em homenagem ao princípio da Legalidade c/c art. 156, II do CTN.

4. Posteriormente, em 2 de julho de 2001 a contribuinte junta as fls. 193/201 decisão de 1ª instância proferida nos Autos nº 97.0611170-0, tornada pública em 09/05/2001, julgando procedente o pedido da interessada e declarando o seu direito à compensação do indébito."

Apreciando as razões postas na impugnação, o Colegiado de primeira instância proferiu acórdão resumido na seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/08/1996 a 31/08/1996, 01/04/1997 a 31/03/1998, 01/02/1999 a 31/12/2000

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial.

NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, com o mesmo objeto da autuação, importa em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

COMPENSAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. É vedada a compensação mediante aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. É a atividade onde se examina a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco, sem perscrutar da legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos daqueles atos.

Lançamento Procedente".

Intimada a conhecer da decisão em 16/07/2004, a empresa, insurreta contra seus termos, apresentou, em 17/08/2004, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com as mesmas razões de dissentir postas na impugnação

Reforça a improcedência total do auto de infração e da decisão singular alegando em recurso:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/07/2006

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleuzá Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

- a) em preliminar, a ilegalidade da constituição de crédito tributário por meio do auto de infração ora combatido, em face da existência de sentença judicial favorável à realização da compensação;
- b) no mérito, alega que a compensação foi efetuada sob a égide da Lei nº 8.383/91 e antes da introdução no ordenamento jurídico da Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, uma vez que as compensações se referem aos períodos de apuração ocorridos nos anos de 1997 a 1999;
- c) buscou, preventivamente, guarida judicial em face de não existir reconhecimento do Fisco do direito à compensação;
- d) a existência de sentença favorável ao seu pleito impõe o cancelamento do auto de infração;
- e) a lavratura do auto de infração importou em confisco por inobservância da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, Resolução do Senado Federal e ação declaratória em curso;
- f) efeitos ex tunc da sentença quando ocorrer o trânsito em julgado, “cancelando tudo o que foi praticado, se positiva ou negativamente”. Cita doutrina;
- g) a busca da certeza como condição para emissão de auto de infração impõe que se aguarde a sentença judicial transitar em julgado para só então executá-la, no caso de não obter êxito relativamente à correção monetária. Cita normas constitucionais, doutrina e jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes;
- h) inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo da exação pela Lei nº 9.718/98.

Alfim, requer a recorrente seja provido o presente recurso para suspender e cancelar a exigência feita pelo auto de infração constante destes autos.

A autoridade preparadora informa a efetivação da garantia da instância recursal, conforme fl. 240.

É o relatório.

P

↓



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/08/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

A matéria posta em litígio resume-se ao fato de a recorrente considerar que, estando amparada por decisão judicial favorável à compensação realizada, o auto de infração lavrado é ilegal; que não cabe aplicação da Lei Complementar nº 104/2001, porque editada em data posterior aos fatos; a ação judicial foi proposta em data anterior à lavratura do auto de infração; execução da sentença somente após o trânsito em julgado e não antes como fez o Fisco; inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

Quanto a este último quesito, impende esclarecer que o mesmo não se aplica aos presentes autos de vez que o auditor fiscal atuante esclarece em seu Termo de Verificação Fiscal, à fl. 16, que o auto de infração protocolado nestes autos refere-se, tão-somente aos valores que foram informados em DCTF como "compensação sem DARF", portanto constituindo-se em processo distinto das demais diferenças apuradas.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a lavratura de auto de infração nos casos de crédito tributário *sub judice* é impositiva em face do curso do prazo decadencial.

Tendo em vista que a decadência, em regra, não sofre interrupção em seu curso, deve o crédito tributário ser constituído por meio de auto de infração para prevenir a ocorrência da decadência. E é esta a origem do auto de infração lavrado contra a recorrente.

Deixasse a autoridade fiscal fluir o tempo, aguardando a decisão judicial, vindo esta a ser favorável à Fazenda Nacional, porém proferida em prazo superior ao estabelecido para a decadência, restaria impedida, por consequência, a exigência do crédito tributário, por extinção do direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Em relação à aplicação da Lei Complementar nº 104/2001, assiste razão à recorrente. Não comporta aplicação de norma editada em data posterior aos fatos.

As normas vigentes no período de apuração atuado eram a Lei nº 8.383/91 e a Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

Dispõe o art. 66 da Lei nº 8.383/91, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29/06/1995:

"Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/08/2006

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleuzá Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

§ 2º *É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.*

§ 3º *A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da Ufir.*

§ 4º *O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.*

E o art. 74 da Lei nº 9.430/96:

"Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração."

Na norma do art. 66 da Lei nº 8.383/91 destaca-se o § 4º na medida em que remete para a Receita Federal do Brasil – RFB a competência para expedir as instruções necessárias ao cumprimento da disposição do *caput*, qual seja, a utilização da faculdade de compensar tributos. O referido artigo limitou a compensação entre tributos e contribuições de mesma espécie.

Entretanto, o art. 74 da Lei nº 9.430/96 estendeu o comando da Lei nº 8.383/91 e autorizou a utilização dos créditos a serem restituídos ou ressarcidos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração, ou seja, tal utilização, a requerimento do contribuinte, dar-se-ia pela compensação.

A RFB expediu a instrução Normativa nº 21, em 10/03/1997, detalhando a forma de utilização do direito de crédito detido pelo contribuinte.

No caso da compensação, a referida norma, complementar das leis, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional, determinou que a compensação entre contribuições de espécies diferentes somente poderia ser efetivada por meio de pedido formulado à repartição de jurisdição do contribuinte, conforme abaixo transcrito:

"Art. 12. Os créditos de que tratam os arts. 2º e 3º, inclusive quando decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, serão utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.

§ 1º *A compensação será efetuada entre quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.*

§ 2º *A compensação de ofício será precedida de notificação ao contribuinte para que se manifeste sobre o procedimento, no prazo de quinze dias, contado da data do recebimento, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.*

§ 3º *A compensação a requerimento do contribuinte será formalizada no "Pedido de Compensação" de que trata o Anexo III."*

Já o art. 14 dispensou o requerimento nos casos de compensação efetuada entre tributos de mesma espécie, conforme se constata:

"Art. 14. Os créditos decorrentes de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos e contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, inclusive quando resultantes de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão

e

A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes.
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/07/2006

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

condenatória, poderão ser utilizados, mediante compensação, para pagamento de débitos da própria pessoa jurídica, correspondentes a períodos subsequentes, desde que não apurados em procedimento de ofício, independentemente de requerimento."

Também a IN SRF nº 73, de 19/12/1996, que normatiza os procedimentos relativos à apresentação de DCTF, especifica nos §§ 2º e 3º do art. 7º:

"§ 2º No caso de compensação de tributos ou contribuições de espécies diferentes deverá ser indicado o número do correspondente ato autorizativo da Receita Federal.

§ 3º Em relação aos valores com exigibilidade suspensa declarados deverão ser indicados o número do processo judicial e a vara, bem assim os códigos do banco e da agência, o número da conta bancária e o valor depositado."

A decisão proferida no processo judicial em curso impetrado pela recorrente não suspende a exigibilidade do crédito tributário, uma vez que o recurso, seja voluntário ou de ofício, devolve a matéria ao Tribunal Superior nos efeitos devolutivo e suspensivo, bem como inexistente liminar, a sentença de primeira instância ainda não transitou em julgado, nem tampouco existem valores depositados judicialmente.

A exigência da referida norma encontra arrimo no disposto no art. 151 do CTN que prevê as formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Dentre elas estão a apresentação de recurso administrativo, o depósito judicial, a liminar concedida em qualquer espécie de ação judicial.

Verifica-se que independente da norma do art. 170-A do CTN, outras normas havia que impediam a recorrente de proceder à compensação à revelia de seus comandos.

Destarte, conclui-se que, não estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário por inexistência de liminar ou depósito judicial, bem como existindo norma determinando a forma de proceder a compensação, a qual não foi observada pela recorrente – trânsito em julgado da decisão judicial - não poderia a recorrente efetuar as compensações com espeque em decisão judicial não definitiva, uma vez que dependente de decisão do recurso de ofício – art. 475 do CPC.

Por outro lado, cabe aqui levantar de ofício a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 10 da LC nº 70/91 e no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96.

Para tanto, deve ser analisada a legislação em vigor acerca dos créditos tributários declarados em DCTF.

Determina a IN SRF nº 73/96, no art. 8º:

"Art. 8º A Coordenação-Geral do Sistema de Arrecudação - COSAR disciplinará, mediante ato específico, os procedimentos relativos:

I - ao encaminhamento para inscrição em dívida ativa dos débitos declarados e não pagos;"

A Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001, estabeleceu no art. 90 que seriam objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

R

f



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 16/01/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.003743/2001-10
Recurso nº : 127.916
Acórdão nº : 202-16.925

Cleúza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

Entretanto, a Lei nº 10.833, de 19/12/2003, modificou o referido art. 90, dando-lhe nova redação, a seguir reproduzida:

"Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964."

Aplica-se, no caso, o disposto no art. 106 do CTN, que determina a aplicação retroativa de norma que reduza ou extinga penalidade.

Portanto, tratando-se de créditos tributários declarados em DCTF deve ser aplicada retroativamente a norma da Lei nº 10.833/2003, acima reproduzida, excluindo-se a multa de ofício aplicada, de vez que a recorrente não incorreu nas premissas nela aduzidas.

Com essas considerações, voto por dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a inaplicabilidade da LC nº 104/2001 ao caso concreto sob análise, manter o crédito tributário constituído e excluir a multa de ofício aplicada.

Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2006.

MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA