



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10830.006839/2001-21
Recurso nº 137.213 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 203-13.753
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente AVERY DENNISON DO BRASIL LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Período de apuração: 01/06/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a
31/12/2000, 01/01/2001 a 30/06/2001

LANÇAMENTO. AÇÃO JUDICIAL

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**

Súmula nº 01. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO

Inexiste amparo legal para sobrestar julgamento de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância.

LANÇAMENTO. NULIDADE

É válido o procedimento administrativo desenvolvido em conformidade com os ditames legais, fundamentado em lei cuja execução não foi afastada pelo Senado Federal.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

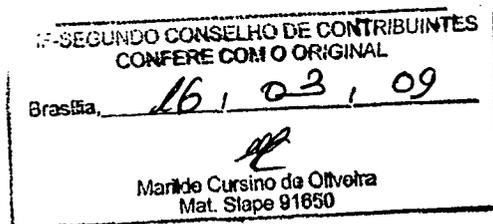
MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16 / 03 / 09
Marilde Cassino de Oliveira
Mat. S.ape 21650


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente


JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça e Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente).

Ausente o Conselheiro Luis Guilherme Queiroz Vivacqua (Suplente).



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 16 / 03 / 09


Marilde Cupertino de Oliveira
Mat. Stápe 91650

Relatório

Contra a recorrente acima, foi lavrado o auto de infração às fls. 107/116, exigindo-lhe crédito tributário, no montante de R\$ 104.086,38 (cento e quatro mil oitenta e seis reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ 89.227,09 de contribuição e R\$ 14.859,29 de juros de mora, calculados até 28/09/2001, referente à contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidente sobre os fatos geradores dos períodos mensais de competência de junho de 1999 a junho de 2001.

O lançamento decorreu de diferenças apuradas entre a contribuição declarada nos termos da Lei Complementar (LC) nº 70, de 30/12/1991, e a devida segundo a Lei nº 9.718, de 27 de dezembro 1998, arts. 2º, 3º e 8º.

Em face da liminar favorável à recorrente, concedida nos autos do mandado de segurança nº 1999.61.05.008113-2, o lançamento foi efetuado sem a multa de ofício, visando prevenir a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Cientificada da autuação, em 29/10/2001, a recorrente o impugnou (fls. 117/143), alegando razões que foram assim sintetizadas pela DRJ em Campinas:

“3.1. possui sentença autorizando a realização do recolhimento da Cofins nos termos da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e determinando também que a autoridade coatora se abstenha de promover quaisquer atos punitivos pelo procedimento deferido. Assim, não há que se falar em falta de recolhimento da Cofins sobre outras receitas operacionais, o que justifica por si só o procedimento da Impugnante. Não há que se falar também em auto de infração para prevenir a decadência, tendo em vista que o lançamento somente deverá ocorrer no caso de irregularidades e distorções concretas, o que não ocorre no caso sub judice, pois existe uma sentença amparando o direito da impugnante em realizar a referida compensação;

3.2. a Cofins nasceu veiculada por lei complementar. Um tributo instituído por lei complementar apenas pode ser alterado pelo mesmo instrumento e jamais por lei ordinária, preservando-se a harmonia e a própria rigidez da Constituição Federal, bem como impedindo a invasão de competência constitucional, como ocorreu com a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998;

3.3. a edição da Lei nº 9.718, de 1998, nos artigos que estabeleceram a ampliação da base de cálculo da Cofins, por força da nova conceituação do termo faturamento, agride inicialmente o conteúdo do art. 195 da Constituição Federal vigente à época. Da mesma forma, não tem capacidade legislativa para revogar toda a conceituação de faturamento adotada pelo ordenamento jurídico, em especial a legislação comercial. São conceitos dos quais se utiliza a legislação tributária sem, contudo poder modificá-los;

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16 / 03 / 09
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Slape 91650

CC02/C03
Fls. 243

3.4. a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, não tem o condão de sanar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Além disso, essa própria emenda constitucional reveste-se do caráter da inconstitucionalidade, em razão da não observância do disposto no § 2º do art. 60 da Constituição Federal.

(...)"

A impugnação apresentada foi então analisada por aquela DRJ que julgou o lançamento procedente na instância administrativa, conforme Acórdão nº 2.136, datado de 12 de setembro de 2002, às fls. 187/191, sob as seguintes ementas:

"Período de apuração: 01/06/1999 a 30/06/2001

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.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento."

Cientificada dessa decisão, inconformada, a recorrente interpôs tempestivamente o recurso voluntário às fls. 217/229, requerendo o seu provimento para que seja reconhecida a nulidade do auto de infração e, caso assim não se entenda, lhe dê provimento para afastar a renúncia à esfera administrativa, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para que seja analisado o mérito da presente demanda, aferindo a legitimidade da legislação que embasou o lançamento em discussão e, se mantido o entendimento de que há com concomitância/renúncia, determine o sobrestamento do feito até julgamento final a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 233.582 em que, então, a questão da ocorrência de renúncia na esfera administrativa restará plenamente dirimida.

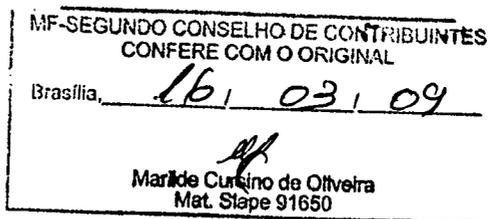
Para fundamentar seu recurso alegou em síntese: a) preliminarmente: a.1) quanto ao sobrestamento do julgamento, que este deve ser sobrestado em face da existência de precedente em julgamento no STF, RE nº 233.582, em que irá decidir se há ou não inconstitucionalidade na questão relativa à renúncia à esfera administrativa quando ajuizada ação frente ao Poder Judiciário; a.2) a nulidade do auto de infração, em face de estar amparada por decisão judicial que lhe permitiu apurar e recolher a Cofins nos termos da LC nº 70, de 30/12/1991; e porque o lançamento fiscal decorreu de suposta irregularidade, quando, no presente caso, não se verificou nenhuma irregularidade; e, b) no mérito: b.1) inexistência de renúncia à esfera administrativa, uma vez que a ação judicial foi impetrada bem antes da realização do procedimento fiscal, ou seja, o lançamento somente foi efetuado depois de dois anos da impetração daquela; b.2) inexistência de vedação para se apreciar a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de norma jurídica; e, b.3) em momento algum, pleiteou a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato legal, conforme afirmado no r. acórdão, mas que

fosse apreciada a ilegalidade dos atos administrativos de lançamento e de lavratura do auto de infração com base em lei declarada inconstitucional pelo STF.

É o relatório.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	<u>16 / 03 / 09</u>
	
Marilda Cursino de Oliveira	
Mat. Slape 91650	



Voto

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I – Preliminares

I.1) Sobrestamento do julgamento

Inexiste amparo legal para sobrestamento do presente julgamento, em face da existência de ação judicial, RE nº 233.582, em trâmite no STF, em que se discute se há ou não inconstitucionalidade na questão relativa à renúncia à esfera administrativa quando ajuizada ação frente ao Poder Judiciário.

Primeiro, a decisão daquela Corte Suprema sobre aquele recurso, inicialmente, aplicar-se-á apenas as partes litigantes. A sua aplicação pelas demais autoridades torna-se obrigatória somente depois de editada a respectiva Súmula Vinculante, por aquela Corte. Em segundo lugar, é entendimento deste 2º Conselho de Contribuintes de que a interposição, pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois lançamento de ofício, com o mesmo objeto, como no presente caso, importa renúncia às instâncias administrativas, conforme Súmula nº 01.

I.1) Nulidade do auto de infração

A suscitada nulidade do auto de infração e, conseqüentemente, do lançamento sob o argumento de que está amparada por decisão judicial que lhe permite apurar e recolher a Cofins, nos termos da LC nº 70, de 30/12/1991, também não tem amparo legal.

A decisão judicial, ao contrário do seu entendimento, não vedou a constituição do crédito tributário por meio de lançamento de ofício, mas tão somente a sua exigência antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Conforme constou do auto de infração, o crédito tributário em discussão foi constituído sem multa de ofício, com exigibilidade suspensa, com o objetivo de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Publicar constituí-lo. Este somente será exigido depois do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, se favorável à Fazenda Nacional; caso contrário, se desfavorável, o lançamento será cancelado pela autoridade administrativa competente.

Além do mais, a constituição do crédito tributário com exigibilidade suspensa e sem a multa de ofício não lhe trouxe qualquer prejuízo. Também, a legislação que o fundamentou não foi suspensa pelo Senado Federal nem foi editada súmula vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>16</u> / <u>03</u> / <u>09</u>
 Marilde Cursino de Oliveira Mat. Slape 91650

CC02/C03 Fls. 246

A nulidade do lançamento somente seria cabível se o auto de infração tivesse sido lavrado por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 59, inciso I, o que não aconteceu.

II – Mérito.

II.1 – Inexistência de renúncia à esfera administrativa

Ao contrário do entendimento da recorrente, ao interpor ação judicial com o mesmo objeto da matéria em discussão na esfera administrativa, houve renúncia tácita de recorrer nesta esfera, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único e do Decreto-Lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria já sumulada por este Segundo Conselho de Contribuintes, devendo ser aplicada a súmula nº 01 que assim dispõe, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 01

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.”

Dessa forma, as matérias de mérito, expendidas no recurso voluntário, contra a exigência da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre seu faturamento, nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, § 1º, e art. 8º, ficaram prejudicadas, em face da concomitância e da preponderância da decisão judicial sob a administrativa.

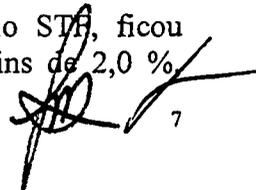
II.2) Ilegalidade e/ ou inconstitucionalidade de norma jurídica

O fato de o STF ter julgado inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, não impede a lavratura do auto de infração nem torna nulo o lançamento fundamentado neste dispositivo legal. Somente com a edição de Súmula Vinculante sobre esta matéria, por aquela Corte Suprema, as Autoridades, Administrativa e Julgadora, estarão obrigadas a aplicar tal decisão. Até lá, a decisão proferida no RE nº 357.950 que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º daquela lei se aplica somente entre as partes beneficiárias daquela decisão.

A Autoridade Administrativa assim como a Julgadora somente estão obrigadas a seguir decisões do STF cujas matérias já foram editadas Súmulas Vinculantes e/ ou a deixar de aplicar lei declarada inconstitucional por aquela Corte Suprema, com efeito “*erga omnes*”, cuja execução já tenha sido suspensa pelo Senado Federal por meio de edição de Resolução específica.

Conforme constou do acórdão recorrido, a formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, nos termos do Código Tributário Nacional – (CTN), art. 142, não podendo a Autoridade Administrativa eximir-se de efetuar-lo, ainda que sua exigibilidade esteja suspensa por decisão judicial, sob pena de responsabilidade funcional.

Ressalta-se, ainda, que no julgamento do RE nº 357.950, pelo STF, ficou reconhecida a constitucionalidade da elevação da alíquota de cálculo da Cofins de 2,0 %


7

inicialmente prevista na LC nº 70, de 1991, para 3,0 %, determinada pelo art. 8ª da Lei nº 9.718, de 1998, também objeto do lançamento contestado em ambas as esferas, administrativa e judicial.

Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, voto por não tomar conhecimento da matéria oposta ao Poder Judiciário, ou seja, a exigência da Cofins nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, § 1º, e art. 8º, e, na parte, conhecida, negar-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009

JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS

