

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 06/08/1999
C	<i>Stolutino</i>
	Rubrica



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10835.001966/96-57
Acórdão : 201-72.177

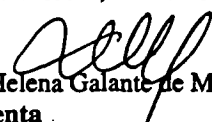
Sessão : 10 de novembro de 1998
Recurso : 101.250
Recorrente : FLORESTA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

COFINS - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 - O Supremo Tribunal Federal, em ADIn Nº 1-1-DF, Pleno Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 01/12/93, DJU 16.6.95, Lex JSTFv. 214, pp.75/121), decidiu pela constitucionalidade da lei, nos seguintes pontos: inexistência de bitributação com o PIS, embora incidam sobre a mesma base de cálculo (faturamento); não cumulatividade com outros impostos, uma vez que a sua origem e a fonte de validade é o artigo 195, I, da Constituição Federal, e não o artigo 195, § 4º; irrelevância de sua arrecadação ser promovida pela Secretaria da Receita Federal, por se tratar de medida objetivando racionalizar o controle da exação, não alterando sua natureza e destinação dos respectivos valores. **ALÍQUOTA** - A alíquota da COFINS é de 2,0%, e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadoras e serviços e de serviços de qualquer natureza (artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91). **COMPENSAÇÃO COM FINSOCIAL - MATÉRIA ESTRANHA AO LANÇAMENTO DISCUTIDO** - O processo fiscal originado do lançamento, por falta de pagamento da COFINS não é sede para homologação de pedido de compensação com FINSOCIAL pago a maior. Eventuais créditos tributários dos sujeitos passivos e ativos devem ser liquidados em procedimento administrativo de competência da Secretaria da Receita Federal (artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, IN SRF nº 21/97 e IN SRF nº 73/97). **ENCARGOS DA TRD** - Por força do disposto no artigo 101 do Código Tributário Nacional e no § 4º, do artigo 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, inaplicável no período de fevereiro a julho de 1991, quando entrou em vigor a Lei nº 8.218/91. **MULTA DE OFÍCIO** - Incabível a cobrança da multa de ofício quando se tratar de empresa em processo falimentar (artigo 23, parágrafo único, III, da Lei nº 7.661/45; Súmula 565 do STF). **Recurso provido em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: FLORESTA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 1998


 Luiza Helena Galante de Moraes
 Presidenta


 Ana Neyli Olímpio Holanda
 Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rogério Gustavo Dreyer, Valdemar Ludvig, Geber Moreira, Serafim Fernandes Corrêa e Sérgio Gomes Velloso.
 cl/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10835.001966/96-57

Acórdão : 201-72.177

Recurso : 101.250

Recorrente : FLORESTA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

FLORESTA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, pessoa jurídica nos autos qualificada, contra quem foi lavrado Auto de Infração, em 19/06/96 (doc. fls. 01/14), por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de apuração de JANEIRO/94 a DEZEMBRO/95, onde é exigido o seguinte crédito tributário: para fatos geradores até 31/12/94, 2.642.360,25 UFIR, e para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/95, R\$ 795.470,34, com fulcro nos artigos 1º a 5º, da Lei Complementar Nº 70/91.

Ocorre que, no decorrer da ação, a autoridade fiscal, em 03/04/96, intimou a empresa a apresentar liminar concedida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Justiça Federal de Presidente, Estado de São Paulo-SP, no Processo nº 95.120.6128-7 (fls. 29). Em resposta, a empresa informou o seguinte:

"Deixamos assim, de apresentar a liminar requerida no Processo 95.120.6128-7, com trâmite pela 2ª Vara Federal de Presidente Prudente - SP, por não ter sido apreciado o Mandado de Segurança por aquela Autoridade Judiciária, por entender não ser medida processual adequada, para se discutir a compensação, entendendo deva a empresa utilizar a tutela antecipatória, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei nº 8.952/94".

Acrescentou, ainda, que estaria providenciando os meros legais para ver assegurado o seu direito à compensação.

O contribuinte impugnou o lançamento (doc. fls. 11/26), onde, em síntese, alega o que se segue:

a) a utilização da alíquota de 2,0%, uma vez que a inconstitucionalidade da contribuição declarada por diversos tribunais se deve principalmente à majoração da alíquota de 0,5% para 2,0%;

b) a aplicação da TR para embasar o cálculo dos juros;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10835.001966/96-57

Acórdão : 201-72.177

c) que os cálculos dos acréscimos legais foram feitos levando-se em conta o mês da constituição do crédito tributário, e não da data do seu vencimento, quando realmente são devidos;

d) os patamares em que a multa proporcional foi aplicada;

e) que, por ter pago a maior valores relativos ao PIS (?), compensou tais valores com aqueles cobrados no auto de infração, o que está amparado por decisão do STJ;

f) que, por meio de Mandado de Segurança impetrado na Justiça federal de Presidente Prudente, buscou assegurar o seu direito à compensação, evitando-se que fosse efetivada uma ação fiscal, com lavratura de auto de infração;

g) que, na busca da defesa de seu direito à compensação, deixou de quitar alguns compromissos junto à Receita Federal, embora os valores sejam muito inferiores aos discriminados no auto questionado.

Anexa copia de informativo que veicula notícia de decisão em que o STJ autoriza compensação de FINSOCIAL pago a maior com COFINS (fls. 47), e demonstrativos de valores pagos a maior referentes ao FINSOCIAL, nos anos de 1989, 1990 e 1991 (fls. 48/49).

A autoridade recorrida julgou o lançamento procedente, assim ementando a decisão:

"COFINS

AÇÃO 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, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitiva, nesse âmbito, a exigência do crédito tributário em litígio.

INCONSTITUCIONALIDADE - O STF, julgando ação declaratória de constitucionalidade, considerou constitucional a Lei Complementar nº 70/91. Descabe, assim, qualquer discussão a respeito da constitucionalidade da LC que instituiu a COFINS."

Irresignado com a decisão singular, o contribuinte, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, onde aduzindo as razões expendidas na impugnação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10835.001966/96-57**Acórdão : 201-72.177**

Ao encerrar a sua peça recursal, o contribuinte pugna pelo cancelamento do Auto de Infração, julgando-se improcedente a decisão recorrida, para que a Fazenda Nacional não se beneficie em detrimento do contribuinte.

Enviado a esta Câmara, o recurso foi a julgamento na Sessão de 19 de novembro de 1997, cujos membros resolveram, por unanimidade dos votos, transformar em Diligência nº 201-04.433, onde o relator solicitou a devolução do processo à repartição de origem para a que mesma informasse a situação em que se encontrava o Mandado de Segurança e, caso a empresa tivesse entrado com outra ação, juntar os autos a petição inicial, e, caso a mesma trouxesse em seu bojo pedido de tutela antecipada, informar se a mesma foi concedida e em que situação se encontrava o processo.

Em resposta à diligência solicitada, o Delegado da Receita Federal de Presidente Prudente anexou Certidão de Objeto e Pé (fls. 88), expedida pela 12ª Subseção Judiciária Federal de 1ª Instância – 2ª Vara Federal em Presidente Prudente-SP, referente ao Processo nº 95.120.6128-7, em que se afirma que, às fls. 51/54, daquele processo foi proferida a sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 295, III, c/c o art. 267, I, ambos do Código de Processo Civil. Não houve apelação da sentença, que transitou em julgado, estando o processo em arquivo desde 10/06/96.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10835.001966/96-57

Acórdão : 201-72.177

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Inicialmente, a requerente levanta a inconstitucionalidade do dispositivo legal que determina a alíquota da COFINS.

A alíquota da COFINS é de 2,0%, e está determinada em disposição expressa do artigo 2º da Lei Complementar Nº 70/91, *in verbis*:

"Art. 2º. A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza." (grifamos)

Nesse ponto, cabe observar que a referida lei complementar foi objeto de Ação Direta de Constitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela sua constitucionalidade (ADIn nº 1-1-DF, Pleno Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 01/12/93, DJU 16.6.95, Lex JSTFv. 214, pp. 75/121), que soluciona as seguintes controvérsias jurídicas:

a) inexistência de bitributação com o PIS, embora incidam sobre a mesma base de cálculo (faturamento);

b) não cumulatividade com outros impostos, uma vez que a sua origem e a fonte de validade é o artigo 195, I, da Constituição Federal, e não o artigo 195, § 4º;

c) irrelevância de sua arrecadação ser promovida pela Secretaria da Receita Federal, por se tratar de medida objetivando racionalizar o controle da exação, não alterando sua natureza e destinação dos respectivos valores.

A instituição de qualquer tributo se dá através de lei específica e de conformidade com as determinações constitucionais. Assim, embora a COFINS e o FINSOCIAL sejam tributos semelhantes e que pertencem à mesma espécie, contribuições sociais, foram instituídas por leis diversas, e possuem características próprias, e nada obriga que a COFINS, apesar de sua incidência imediatamente posterior à extinção do FINSOCIAL, deva apresentar qualquer das suas características, como a alíquota.

O ponto principal do recurso apresentado cinge-se à alegação de que o contribuinte é possuidor de crédito de FINSOCIAL, em virtude de valores pagos a maior, tendo impetrado Mandado de Segurança junto à 2ª Vara Federal de Presidente Prudente-SP, ação que

J



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10835.001966/96-57

Acórdão : 201-72.177

não prosperou, em vista de sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos dos artigos 295, III, e 267, I, ambos do CPC.

Conforme Declaração de Objeto e Pé, fornecida pela 12ª Subseção Judiciária Federal de 1ª Instância – 2ª Vara Federal em Presidente Prudente-SP, não houve apelação da sentença, que transitou em julgado, estando o processo em arquivo desde 10/06/96.

Por tal declaração, depreende-se que à data da autuação, 19/06/96, a empresa não mais se encontrava acobertada pelo remédio jurídico pleiteado.

No entanto, sabe-se que a contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE, confirmou a sua exigibilidade e declarou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos legais: artigo 9º da Lei nº 7.689/88; artigo 7º da Lei nº 7.787/89; artigo 1º da Lei nº 7.894/89 e do artigo 1º da Lei nº 8.147/90, que alteravam a alíquota da contribuição, a partir de setembro de 1989.

Com efeito, a Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.699-40, de 28/09/98, dispensam a constituição de créditos, o ajuizamento da execução e cancelam o lançamento e a inscrição da parcela correspondente à contribuição para o FINSOCIAL das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, na alíquota superior a 0,5%, com exceção dos fatos geradores ocorridos no exercício de 1988, onde prevalece a alíquota de 0,6%, por força do artigo 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87.

O Decreto nº 2.346, de 10/10/97, em seu artigo 1º, dispõe que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta.

Ex positis, resta pacificado que os valores devidos a título de FINSOCIAL devem limitar-se aos parâmetros do Decreto-Lei nº 1.940/82, com as alterações ocorridas anteriormente à Constituição Federal de 1988, entre as quais aquela introduzida pelo artigo 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87, para adequá-lo à decisão do STF.

A compensação é modalidade de extinção do crédito tributário tratada no artigo 170 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

"Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuirá autoridade administrativa, autorizar a



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10835.001966/96-57

Acórdão : 201-72.177

compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública."

A norma reclamada pelo dispositivo legal acima citado que ora está em vigência é a Lei nº 9.430, de 27/12/96, em seus artigos 73 e 74, que a seguir transcrevemos, regulamentados pela Administração Pública através da IN SRF nº 21, de 10/03/97, parcialmente alterada pela IN SRF nº 73, de 15/09/97.

"Art. 73. Para efeito do disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:

I - o valor bruto da restituição ou do ressarcimento ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;

II - a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.

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."

Depreende-se de tais dispositivos que a *mens legis* quer imputar à Secretaria da Receita Federal a atribuição de ser o foro próprio onde se dêem as operações nela determinadas, sendo ainda exigência da Instrução Normativa SRF nº 21/97 que o contribuinte protocolize o pedido de compensação. Não poderia ser diferente, a Secretaria da Receita Federal é a administradora do tributo, cabendo-lhe a avaliação da documentação apresentada pelo contribuinte, da certeza e liquidez dos valores a serem compensados, tornando efetivos os direitos aqui alegados.

Assim, caso a recorrente seja detentora dos requisitos estabelecidos nos dispositivos legais que regem a matéria, não há impedimentos de que comprove o seu direito junto à Secretaria da Receita Federal, para que esta convalide a compensação.

No tocante aos juros de mora aplicados com base na TRD, em todos os Autos de Infração ora combatidos, por força do disposto no artigo 101, do Código Tributário Nacional e no § 4º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 4.567/72 (Lei de Introdução ao Código Civil), é legítima a



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10835.001966/96-57**Acórdão : 201-72.177**

sua cobrança a partir de 29 de julho de 1991, e encontra fundamento na Medida Provisória nº 298, desta mesma data, posteriormente convertida em Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, estando assente em vários arestos deste Conselho e reconhecido pela Administração Tributária através da Instrução Normativa SRF nº 032/97, que devem ser afastados no período que medeou de 04/02/91 a 29/07/91.

Conforme sentença prolatada em 17 de agosto do corrente ano, pelo Juiz da Comarca de Rancharia, Estado de São Paulo, foi decretada a falência da empresa, conforme documentação em anexo, enviada a este Colegiado por meio do Memorando SASAR/DRF/Presidente Prudente nº 112/98;

Determina a Lei nº 7.661/45, artigo 23, parágrafo único, III, que não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

É extrema de dúvidas que a multa de ofício aplicada no lançamento, no percentual de 100%, baseada no artigo 4º, I, da Lei nº 8.218/91, trata-se de pena pecuniária por infração de lei administrativa, uma vez que determinada sua aplicação nos lançamentos de ofício ocorridos por falta de pagamento do tributo devido.

Para confirmar tal posicionamento, pode-se, por analogia, invocar a Súmula 565 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: "A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência".

Ora, se a multa moratória, que é a pena aplicada quando da purga da mora, quando tal se dá espontaneamente por parte do contribuinte, o mesmo deve-se aplicar à multa de ofício, que é a penalidade aplicada quando tal a falta de pagamento do tributo é levantada de ofício pelo Fisco.

Com essas considerações, deixo de conhecer o recurso no tocante à compensação pleiteada e dou provimento parcial no sentido de que não seja aplicada a multa de ofício aplicada no lançamento e retirados os juros com base na TRD, no período de fevereiro a julho de 1991.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 1998

Ana Neyle Olímpio Holanda
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA