



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicação no Diário Oficial da União
de 25 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

Recorrente : SOROCABA REFRESCOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

COFINS - COMPENSAÇÃO – A administração tributária deve cumprir a decisão judicial, não podendo fazer juízo de valor da sentença prolatada pelo Judiciário. A compensação pleiteada restringe-se ao período contemplado pela decisão judicial.

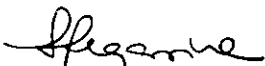
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
SOROCABA REFRESCOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira 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 15 de maio de 2003


Otacilio Damás Cartaxo
Presidente


Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Valmar Fonsêca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Imp/cf



Processo nº : 10855.001716/99-31

Recurso nº : 121.744

Acórdão nº : 203-08.926

Recorrente : SOROCABA REFRESCOS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ em Ribeirão Preto – SP:

“Contra a empresa qualificada acima foi lavrado o Auto de Infração, de fls. 01 e 02, em virtude da apuração de insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidente sobre os períodos de apuração de 01/06/1995 a 31/12/1996.

2. O enquadramento legal constante da autuação foram os arts. 1º a 5º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

3. De acordo com os demonstrativos de apuração de créditos e débitos do Finsocial, multa e juros de fls. 03 a 08, o atuante constituiu o crédito tributário no montante de R\$335.195,90, sendo R\$131.617,72 de contribuição, R\$104.864,87 de juros de mora (calculados até 31/05/1999) e R\$98.713,31 de multa proporcional (passível de redução).

4. A atuada é sucessora por incorporação de Soresa Transportes S/A que obteve tutela judicial de 1º grau desconstituindo as exigências do Finsocial com alíquotas acima de 0,5%, com base no mesmo entendimento de inconstitucionalidade exarado no Acórdão nº RE 150.764 proferido pelo Supremo Tribunal Federal. O requerente obteve, também, autorização para compensação dos indébitos do Finsocial com a Cofins sem as restrições impostas pela Instrução Normativa SRF nº 67, de 1992.

5. De posse dessa tutela a interessada estimou seus indébitos e procedeu compensação com a Cofins. Contudo, ao ser fiscalizada a autoridade atuante entendeu (conforme os Termos de Constatação de fls. 98 a 100) que o amparo judicial obtido pela interessada não se aplicava à situação da contribuinte, pois o Finsocial devido pela fiscalizada - na sua condição de prestadora de serviços de transportes - é o previsto no art. 28 da Lei nº 7.738, de 1989 que refere-se às empresas exclusivamente prestadoras de serviços e não desconstituído pela tutela judicial obtida pela interessada.

6. Devidamente cientificada do lançamento em 07/06/1999, conforme declaração firmada no próprio corpo do auto de infração à fl. 01, a interessada apresentou a impugnação de fls. 145 a 162, requerendo que se julgue improcedente a autuação que lhe foi imposta, por estar em desacordo com o amparo judicial obtido, reconhecendo-se, assim, o direito aos crédito do Finsocial para a compensação da Cofins. Fundamentou o seu pedido alegando, em síntese, o seguinte:



Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

PRELIMINAR

COISA JULGADA MATERIAL

6.1. A questão do direito à compensação da quantia recolhida a maior de Finsocial não há mais que ser discutida uma vez que foi objeto de processo judicial nº 95.0902690-5, cuja decisão já transitou em julgado, formando coisa julgada material;

6.2. Não pode ser aceita a interpretação da autuante de que o Acórdão judicial se refere ao Finsocial de empresas comerciais, vez que não se reporta ao Finsocial da Lei nº 7.738, de 1989, art. 28. Considerando que os magistrados tiveram acesso a todos os documentos da impugnante onde constava expresso que a sociedade era prestadora de serviços, efetivamente o Acórdão se refere ao Finsocial da impugnante e argumentar em contrário, significaria a instauração de verdadeira insegurança jurídica e descumprimento de ordem judicial;

6.3. Inaplicável a interpretação do autuante, pois denotaria em desconsiderar a parte decisória do Acórdão onde o tribunal negou a apelação da Fazenda Nacional e, por conseqüência, manteve intacta a sentença de primeira instância.

DO DIREITO

6.4. Quanto ao mérito, alega:

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA PARA AS EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO

6.5 Repete que a discussão quanto ao direito de compensação do Finsocial indevidamente majorado às prestadoras de serviço está preclusa em razão da ocorrência da coisa julgada material formal e material no processo nº 95.0902690-5 pelo fato de estar evidenciado nesse processo a sua condição de prestadora de serviços.

6.6. Além disso, mesmo que tais fatos não fossem imutáveis, há que se deixar consignado que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da majoração atingem a todas as empresas comerciais e prestadoras de serviços, como analisado pelo STF no RE nº 150.764-1/PE, onde não consta que a inconstitucionalidade aplicava-se apenas às empresas vendedoras de mercadorias.

6.7. Assim, a interpretação da fiscalização que a inconstitucionalidade atinge somente determinados contribuintes está violando o dispositivo constitucional da Igualdade e Isonomia Tributária previstos, respectivamente, no caput do art. 5º e no art. 150, II da Constituição Federal de 1988.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA



Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

6.8. Não procede assertiva do fiscal de que a interessada considerou índices não autorizados pela sentença judicial na correção monetária do indébitos, uma vez que, a impugnante utilizou-se dos mesmos índices utilizados pela fazenda para atualização de seus tributos, qual seja os índices dispostos na Norma de Execução Conjunta SRF/Cosit/Cosar nº 8, de 1997, o qual utiliza o INPC com índice de correção monetária para o ano de 1991.

DO PERÍODO DE APURAÇÃO UTILIZADO PARA A COMPENSAÇÃO

6.9. As alegações do Fiscal que o período de apuração utilizado pela impugnante está em desacordo com a sentença judicial não procedem porque o período pleiteado pela impugnante por ocasião do ajuizamento da inicial é de 09/1989 até 10/1991, conforme se pode observar da planilha demonstrativa do crédito juntada aos autos.

6.10. Além disso a decisão proferida tanto pela primeira instância quanto pelo Tribunal Regional Federal deram procedência ao pedido da impugnante no sentido de conceder o direito a compensação das parcelas de Finsocial pagas indevidamente.

MULTA DE OFÍCIO – NÃO APLICAÇÃO

6.11. Na hipótese de manutenção da autuação, o que admite-se apenas *ad argumentandum*, descabida será a multa de ofício lançada, consoante o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996 que dispensa o lançamento dessa multa na hipótese do lançamento para prevenção da decadência dos tributos e contribuições, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151, do CTN (medida liminar). Assim, pode-se inferir que este dispositivo aproveita-se ao caso da impugnante pois, se o texto aplica-se a medidas liminares, aplica-se também às sentenças ou quaisquer decisões neste sentido como a obtida pela requerente;

7. Dando prosseguimento ao processo os autos foram encaminhados para a delegacia de julgamento para apreciação do pleito.”

Pelo Acórdão de fls. 200/209 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 4.ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto - SP julgou procedente a ação fiscal:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/06/1995 a 31/12/1996

Ementa: ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins



Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

Período de apuração: 01/06/1995 a 31/12/1996

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.
A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ENCARGOS LEGAIS. APLICABILIDADE.

Cabível a multa de ofício e juros de mora aplicados conforme legislação de regência.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/06/1995 a 31/12/1996

Ementa: FINSOCIAL. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS.

São devidas as majorações de alíquotas acima de 0,5% das empresas exclusivamente prestadoras de serviços incidentes sobre o respectivo faturamento. Lançamento Procedente”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 217/232), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de comprovante de arrolamento de bens (fls. 233/258).

É o relatório.



Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

A pedra angular deste dissídio cinge-se basicamente à compensação efetuada pela reclamante de créditos do Finsocial com a Cofins.

A decisão recorrida reconhece que a recorrente obteve tutela judicial desconstituindo as exigências do Finsocial com alíquotas acima de 0,5% estabelecidas pelo art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988; art. 7º da Lei nº 7.787, de 1989; art. 1º da Lei nº 7.894, de 1989 e art. 1º da Lei nº 8.147, de 1990, com base no mesmo entendimento de inconstitucionalidade exarado no Acórdão RE nº 150.764 proferido pelo Supremo Tribunal Federal, como expressamente indicado nas citações e referências na petição judicial do requerente (fls. 43, 46, 47, 48, 49 e 51), na própria sentença judicial, à fl. 104, e no Acórdão do TRF da 3ª Região, às fls. 96, 113, 124, 125 e 126. Entretanto, considera que, em razão da “ausência de referências à Lei nº 7.738/1989, fica patente que a tutela judicial obtida pela interessada se refere à relação jurídica situada no núcleo das normas instituidoras do Finsocial das empresas comerciais e mistas apenas, não obstante ser a interessada uma exclusiva prestadora de serviços.”

Ao meu sentir, o posicionamento do Fisco, tanto da Fiscalização quanto do órgão julgador de primeira instância, pecou quando se apegou a um só viés da decisão judicial: o da citação do dispositivo legal declarado inconstitucional (base da fundamentação do *decisum*), esquecendo-se do resultado do julgamento, constante da parte dispositiva da sentença ou do acórdão, que consiste, justamente, na parte que faz coisa julgada. Para melhor entendimento do aqui explanado, transcreve-se abaixo o dispositivo da sentença proferida nos autos nº 95.0902690-5 do Mandado de Segurança impetrado pela reclamante contra a Fazenda Nacional:

“Isto posto JULGO PROCEDENTE A AÇÃO, e concedo a segurança, condenando o Impetrado a não praticar qualquer ato coator a fim de exigir o valor recolhido indevidamente concernente ao pagamento acima da alíquota de 0,5% relativa ao FINSOCIAL – período de setembro de 1989 a junho de 1991, e, em consequência, CONDENO a Ré a aceitar a compensação com contribuições sociais COFINS e os valores pagos a maior, corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento, utilizando-se para correção os índices legais aplicados na cobrança dos tributos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados do trânsito em julgado – artigo 167, parágrafo único do Código Tributário Nacional.”

Como se pode notar do texto acima, a ação foi julgada procedente e a tutela judicial é no sentido de vedar à impetrada de exigir da impetrante o valor recolhido indevidamente concernente ao pagamento acima da alíquota de 0,5% relativa ao FINSOCIAL – período de setembro de 1989 a junho de 1991, bem como no de condenar a Fazenda Pública a aceitar compensação com contribuições sociais COFINS dos valores pagos a maior. Não



Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

havendo qualquer alusão ao fato de o *decisum* não se aplicar às empresas prestadoras de serviços. Por outro lado, a sentença, nesta parte, foi confirmada pelo acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme pode-se ver do voto do Relator, o MM Juiz Souza Pires, fls. 113 a 137. E, nestes termos, transitada em julgado. Em assim sendo, não vejo como se pode entender que a sentença em questão não aproveitaria à impetrante em razão de ela ser empresa prestadora de serviço.

Na verdade, o que se nota deste processo é o inconformismo do Fisco com a ordem judicial que estendeu para a reclamante a alíquota do Finsocial de 0,5%, já que, conforme o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, esta alíquota aplicava-se, tão-somente, às empresas comerciais ou mistas (comerciais e prestadoras de serviços). Todavia, entendo que não é a esfera a administrativa o foro adequado para rediscutir a matéria. Se a Sentença fora equivocada, deveria ter o Representante Judicial da Fazenda Nacional demonstrado sua discordância na apelação ao tribunal competente, e, posteriormente, nos recursos de natureza extraordinária. Caso não houvesse sucesso nos recursos, e a sentença transitasse em julgado, o remédio jurídico adequado seria a ação rescisória, ou a anulatória, mas nunca rediscutir administrativamente a matéria.

Quanto ao argumento do julgador *a quo* de que “a tutela judicial obtida pela interessada se refere à relação jurídica situada no núcleo das normas instituidoras do Finsocial das empresas comerciais e mistas apenas, não obstante ser a interessada uma exclusiva prestadora de serviços”, entendo-o equivocado, pois, como da petição inicial do mandado de segurança impetrado pela reclamante consta explicitamente que o seu objetivo social consiste na¹ prestação de serviços. Se a autoridade judiciária tivesse entendido que a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial não alcançava a impetrante, obviamente, a ação não teria sido julgada procedente. Sequer teria havido a análise do mérito, pois o juiz teria decretado, com arrimo no artigo 267, inciso IV, *in fine*, do Código de Processo Civil, a extinção do processo sem julgamento de mérito, por **ausência de interesse processual**, que é uma das condições da ação.

Não se pode olvidar que o interesse processual somente existe quando se encontra presente o binômio necessidade versus utilidade, isto é, quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e esta pode trazer-lhe alguma utilidade de ordem prática. Ora, se a tutela pretendida pela reclamante a ela não se aplicasse, obviamente, não estaria presente qualquer interesse processual, o que, fatalmente, teria levado o juiz, de ofício, ou a requerimento da parte *ex-adversa*, a extinguir o processo sem julgamento do mérito. Se não o fez, é porque o provimento jurisdicional aproveitava à impetrante.

Por oportuno, resta esclarecer que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a majoração das alíquotas do Finsocial, tão-somente no que pertine à tributação das empresas comerciais e ou mistas, e constitucional no tocante às prestadoras de serviços. Todavia, no que pese o fato de a empresa incorporada pela reclamante ser exclusivamente prestadora de serviço, ela conseguiu tutela judicial, transitada em julgada, conferindo-lhe o direito a repetir os valores pagos no que excedeu à alíquota de 0,5%, no período compreendido

¹ o transporte rodoviário de cargas (prestação de serviços), bem como a prestação de serviços de processamento de dados e a locação de bens móveis e imóveis de sua propriedade.



Processo nº : 10855.001716/99-31
Recurso nº : 121.744
Acórdão nº : 203-08.926

entre setembro de 1989 e junho de 1991. Por conseguinte, deve essa tutela ser acatada pelo Fisco, nos termos exatos em que transitou em julgado.

No tocante à correção monetária do indébito, a sentença fixou-a nos seguintes termos: (...) *corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento, utilizando-se para correção os índices legais aplicados na cobrança dos tributos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados do trânsito em julgado – artigo 167, parágrafo único do Código Tributário Nacional*. Entretanto, o tribunal *ad quem* reformou parcialmente a decisão de primeiro grau para que não fosse aplicado na correção dos valores a restituir a Taxa Referencial (TR).

Diante disso, entendo não restar margem à discussão, o indébito deve ser calculado com base nos índices de atualização aplicados à cobrança de tributos, deles excluída a aplicação da Taxa Referencial (TR), acrescidos de juros moratórios à taxa de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado.

A falta de recolhimento de tributo ou contribuição, bem como o recolhimento a menor, enseja para o Fisco o direito de lançar o débito acrescido de multa de ofício, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, ainda que o valor devido decorra de glosa de compensação indevida ou em valores maiores do que o devido.

Com estas considerações, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o recurso voluntário, determinando que o auto de infração seja recalculado para que dele sejam excluídos os valores pagos a maior a título de Finsocial - depois de aferida a certeza e liquidez dos mesmos pela administração tributária -, nos períodos compreendidos entre setembro de 1989 e junho de 1991, corrigidos com base nos índices de atualização aplicados à cobrança de tributos, sem a aplicação da Taxa Referencial (TR), acrescidos de juros moratórios à taxa de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado. Sobre o valor remanescente deve ser aplicada a multa de ofício no percentual de 75%.

Sala das Sessões, em 15 de maio de 2003

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-08.926

Processo nº : 10855.001716/99-31

Recurso nº : 121.744

Embargante : **SOROCABA REFRESCOS LTDA.**

Embargada : **Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes**




EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Confirmada a omissão do acórdão embargado de ponto sobre o qual a Câmara deveria pronunciar-se, deve o Colegiado acolher os embargos para retificar o acórdão embargado, no sentido de adequá-lo à realidade dos autos.

Embargos conhecidos e providos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes Embargos de Declaração interposto por: **SOROCABA REFRESCOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por **unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento aos Embargos de Declaração, nos termos do voto da Relatora.**

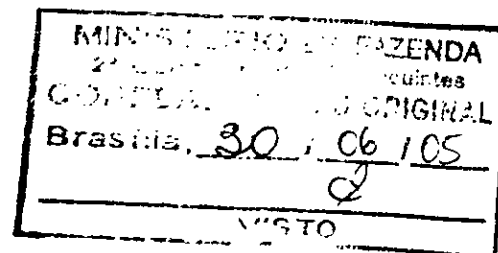
Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004


Leonardo de Andrade Couto
Presidente


Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc





EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 203-08.926

Processo nº : 10855.001716/99-31

Recurso nº : 121.744

Recorrente : **SOROCABA REFRESCOS LTDA.**

**RELATÓRIO E VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS**

Trata-se de Embargos de Declaração ao Acórdão nº 203-08.926 (fls. 259/266), onde o embargante alega a existência de omissão vez que o acórdão não se pronunciou acerca do pleito da interessada quanto à utilização da Norma de Execução Conjunta NE/SRF/COSIT/COSAR nº 08/97. Alega que, tendo em vista a parte dispositiva do acórdão embargado, a Delegacia da Receita Federal em Sorocaba tem utilizado critério diverso no cálculo dos valores pagos a maior a título de Finsocial.

No recurso voluntário apresentado, a recorrente afirma ter se utilizado dos mesmos índices utilizados pela fazenda para atualização de seus tributos, qual seja os índices dispostos na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR Nº 8, de 1997. A discussão acerca da aplicação da Taxa Referencial (TR) estava adstrita à discussão judicial que, em grau de recurso, reformou parcialmente a decisão de primeiro grau para que não fosse aplicado na correção dos valores a restituir a TR, conforme ressaltado no voto condutor do acórdão embargado.

Na parte dispositiva do acórdão, foi enfatizado que o auto de infração deveria ser recalculado para que dele fossem excluídos os valores pagos a maior a título de Finsocial - depois de aferida a certeza e liquidez dos mesmos pela administração tributária -, nos períodos compreendidos entre setembro de 1989 a junho de 1991, corrigidos com base nos índices de atualização aplicados à cobrança de tributos, sem a aplicação da Taxa Referencial (TR).

Entendo, conforme manifestado em diversos acórdãos, que os índices de atualização aplicados à cobrança de tributos são os contidos na Norma de Execução Conjunta NE/SRF/COSIT/COSAR nº 08/97.

A fim de não causar prejuízos ao contribuinte, voto no sentido de dar provimento aos embargos para que a parte dispositiva do acórdão fique assim redigida:

"Com estas considerações, voto no sentido de julgar parcialmente procedente recurso voluntário, determinando que o auto de infração seja recalculado para que dele sejam excluídos os valores pagos a maior a título de Finsocial - depois de aferida a certeza e liquidez dos mesmos pela administração tributária -, nos períodos compreendidos entre setembro de 1989 a junho de 1991, corrigidos com base nos índices de atualização contidos na Norma de Execução Conjunta NE/SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, sem a aplicação da Taxa Referencial (TR). Sobre o valor remanescente deve ser aplicada a multa de ofício no percentual de 75%."

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

