



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11080.006020/2003-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-001.938 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de agosto de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO. INDÉBITO DE FINSOCIAL RECONHECIDO JUDICIALMENTE. RETORNO DE DILIGÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.
Recorrente PEDRO MACCARI IRMÃOS LTDA
Recorrida PORTO ALEGRE-RS

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/04/2001 a 30/06/2001

MATÉRIA AUSENTE DA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO.

É inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*, exceto se devesse ser conhecida de ofício.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Período de apuração: 01/04/2001 a 30/06/2001

INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. OBEDIÊNCIA ESTRITA AOS TERMOS DO PROVIMENTO JUDICIAL.

Indébito reconhecido judicialmente pode ser restituído e compensado na esfera administrativa com obediência estrita à decisão do Judiciário, sendo que quando a sentença transitada em julgado não especifica os índices de correção monetária do indébito a opção pela via administrativa leva à aplicação dos índices oficiais da correção empregados pela administração tributária.

Recurso não conhecido em parte, por preclusão, e provido em parte no restante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por preclusão, e na parte conhecida dar provimento parcial, nos termos do voto do Relator.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Ângela Sartori, Fernando Marques Cleto Duarte e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da DRJ que julgou procedente em parte auto de infração da Cofins, de modo a determinar a exigência da multa de mora no lugar da multa de ofício lançada.

O lançamento deve-se, segundo a fiscalização, a compensação indevida cujos créditos têm origem na Ação Ordinária nº 94.00.05645-1, relativo a indébito do Finsocial.

Por bem resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

2. A DRF em Porto Alegre concluiu, analisando as DCTF's nas quais a contribuinte declarou extintos os débitos de Cofins dos períodos de janeiro a junho de 2001 por força de compensação com créditos de Finsocial, e cotejando tais valores com os créditos propriamente ditos, com base na decisão judicial e nas bases de cálculo declaradas nas DIPJ's, que o valor pago a maior que o devido seria suficiente apenas para a extinção dos débitos de Cofins dos períodos de janeiro a abril (parcialmente) de 2001, ficando em aberto os valores devidos de abril (parcial) a junho do mesmo ano, objeto do lançamento, conforme explicitado no Relatório da Atividade Fiscal (fls. 114/115), com base nos Demonstrativos de fls. 86/113.

3. A interessada apresenta impugnação ao lançamento de ofício (fls. 119/141) relatando que a ação judicial foi impetrada por ela e outra contribuinte, a qual, por estar inativa, optou pela restituição dos valores pagos a maior que o devido via precatório. Assim, preliminarmente, questiona os cálculos efetivados pela autoridade administrativa, já que se diferenciam dos cálculos para o precatório em favor da outra impetrante da ação judicial. Argumenta que a Procuradoria da Fazenda Nacional acatou os cálculos apresentados pela outra demandante e que incluíam os juros da taxa Selic. Quanto ao mérito, volta a criticar a forma de cálculo utilizada pela autoridade administrativa, a qual, a seu ver, não utilizou todos os índices de correção do indébito, a saber, INPC e taxa Selic. Segundo argumenta, a utilização da taxa Selic não foi pedida na exordial, simplesmente porque a mesma não havia ainda sido criada. Da mesma forma, a sentença proferida em instância

singular foi prolatada em 27/10/1995, portanto também anterior à edição da Lei nº 9.250, de 26/12/1995. Seu entendimento estaria respaldado pelo disposto na Norma de Execução Conjunta SRF /COSIT/COSAR nº 08, de 27 de junho de 1997, que reconheceria a compulsoriedade do acréscimo de juros equivalentes à taxa Selic a partir de 1º de janeiro de 1996. Ante tais considerações, requer o cancelamento do auto de infração.

A 2ª Turma da DRJ, ao dar provimento parcial à impugnação, aplicou o art. 18 da Lei nº 10.833/2003, alterado pelo artigo 25 da Lei nº 11.051/2004, que deu nova redação ao art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, restringindo o lançamento na hipótese de valores declarados à multa de ofício isolada, caso caracterizada a prática de infrações previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Quanto aos cálculos do indébito realizados pela DRF de origem, a DRJ observou que a sentença judicial estabeleceu a correção monetária, porém sem esclarecer quais índices deveriam ser utilizados e, por isso, forem empregados os índices da Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27/06/97, na qual constam os percentuais serão de variação da BTN (março/90 a janeiro/91), INPC (fevereiro a dezembro de 1991) e UFIR (janeiro/92 a dezembro/95).

Ainda segundo a DRJ, não houve incidência da Selic porque a sentença judicial de primeiro grau, embora exarada em 27 de outubro de 1995 – antes, portanto, da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995 -, foi literalmente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 01/10/1996 ao apreciar a Apelação Civil interposta pela contribuinte e pela União, sendo que no Recurso Especial e no Agravo de Instrumento e respectivo Agravo Regimental apresentados pela contribuinte não foi questionada a aplicação da nova legislação que fixou os juros pela taxa Selic aos valores dos indébitos.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte insiste na aplicação de juros com base na Selic sobre o indébito. Afirma que referida taxa só não consta da sentença judicial porque esta foi proferida em 27/10/95, antes da Lei nº 9.250, de 26/12/95, e que os juros de 1% ao mês após o trânsito em julgado, determinado na decisão judicial, devem ser substituídos pela taxa Selic a partir de 01/01/96. Para a Recorrente a aplicação da Selic, determinada pela Lei nº 9.250/95, é meramente interpretativa. Em favor de sua interpretação menciona jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, do STJ e do TRF da 4ª Região, invocando ao final o tratamento isonômico – se a Selic é empregada na inadimplência do contribuinte, o mesmo deve acontecer na restituição de pagamento indevido ou a maior.

Em 03/12/2009 o julgamento foi convertido em diligência, nos termos da Resolução nº 3801-00.037, para que fossem “realizados novos cálculos aplicando a Taxa SELIC ao crédito originário existente em favor da contribuinte, analisando-se, desta feita, se remanesce crédito suficiente para extinguir os valores autuados.” (fl. 239).

A unidade de origem aplicou a Selic sobre o montante do crédito atualizado até 31/12/96, chegando à conclusão de que remanescem os débitos de R\$ 6.359,14 e 7.224,06 nos períodos de apuração 05/2001 e 06/2001, respectivamente (ver INFORMAÇÃO FISCAL de fl. 248).

Contestando o resultado da diligência, a contribuinte informa que os novos cálculos contêm dois equívocos: não aplicação do IPC em março, abril e maio de 1990, iguais,

respectivamente a 84,32%, 44,80% e 7,87% (foram aplicados os índices baseados no BTN), e incompatibilidade com os valores originais do indébito reconhecido judicialmente.

A Recorrente discrimina na fl. 254 os montantes do indébito que reputa corretos, referentes ao recolhimento do Finsocial de 10/89 a 05/91, acostando às fls. 262/269 cópias dos DARF respectivos.

Da parte provida em parte pela DRJ não há recurso de ofício porque o valor da multa de ofício exonerado é inferior ao limite de alçada.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço, exceto no que pretende modificar os valores originais do indébito, utilizados nos cálculos realizados na diligência.

É que os montantes considerados na diligência são exatamente os mesmos que constam do cálculo inicial, antes da lavratura do auto de infração. Como se pode ver comparando-se as fls. 109 (LISTAGEM DE SALDOS DE PAGAMENTOS) e 110 (ATUALIZAÇÃO NOS TERMOS DA NORMA DE EXECUÇÃO CONJUNTA SRF/COSIT/COSAR Nº 08/97) com a fl. 117, esta última constante da diligência, os valores coincidem. E como nem na impugnação nem no Recurso Voluntário houve qualquer contestação em relação a tais valores (originais), ocorreu a preclusão.

Ao defender, apenas na manifestação oposta ao resultado da diligência, que haveria incompatibilidade com os valores originais do indébito reconhecido judicialmente, a contribuinte introduz matéria que não deve ser conhecida nesta segunda instância.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que o contribuinte teve para tratar, na fase impugnatória, da matéria acima citada.

Quanto à parte conhecida, diz respeito a dois temas: aplicação da taxa Selic a partir de 01/01/96, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26/12/95, e aplicação do IPC em março, abril e maio de 1990, no lugar do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) utilizado nos cálculos realizados na diligência.

A utilização da Selic deve ser reconhecida, como antevisto na Resolução nº 3801-00.037, que determinou a diligência para tanto. Diferentemente acontece com a pretensão de utilização do IPC, porque a sentença judicial que transitou em julgado não o determinou. Assim, cabe dar provimento parcial ao Recurso nos exatos termos do resultado da diligência.

Sendo certo que na restituição administrativa incide a taxa Selic a partir de 01/01/96, sobre o montante do indébito corrigido monetariamente até 31/12/95, a desistência da execução judicial e opção por esta via administrativa leva à aplicação da referida taxa, apesar de não haver determinação neste sentido no provimento judicial que transitou em julgado.

Na presente situação a sentença foi prolatada em data anterior à da vigência da Lei nº 9.250/95, que introduziu a aplicação da taxa Selic, e por isso o tema não foi debatido no Judiciário. Conforme a cópia acostada aos autos, referida sentença, que transitou em julgado sem modificações, determina o seguinte (fl. 51, com negrito acrescentado):

2. DISPOSITIVO.

*Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão vestibularmente deduzida por PEDRO MACCARI E IRMÃO LTDA. E FIRMINO PICETTI & CIA LTDA. contra UNIÃO, para o efeito de CONDENÁ-LA à restituição das quantias pagas a título de FINSOCIAL incidentes sobre o faturamento e calculadas por alíquota superior a 0,5% cento), comprovadas pelos documentos acostados **corrigidas monetariamente desde o desembolso e (meio por à inicial, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado deste decisório.***

Como se vê, nada há acerca dos índices da correção monetária determinada judicialmente. Por isso a opção pela via administrativa implica na utilização dos mesmos índices de correção empregados pela Secretaria da Receita Federal, discriminados na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27/06/97, e que contempla o BTN nos meses de março, abril e maio de 1990.

Para que o IPC fosse empregado, como defendido no pronunciamento da Recorrente após a diligência, a execução da repetição do indébito devia acontecer na via judicial, não nesta órbita administrativa. Se por um lado a sentença transitada em julgado deve ser cumprida nos seus estritos termos, por outro a opção por esta via administrativa implica na aceitação dos índices de correção monetária empregados pela administração tributária até

Processo nº 11080.006020/2003-19
Acórdão n.º **3401-001.938**

S3-C4T1
Fl. 278

31/12/95, bem como da taxa Selic a partir de 01/01/96. Assim, descabe qualquer reparo aos cálculos da diligência.

Indébito reconhecido judicialmente pode ser restituído e compensado na esfera administrativa com obediência estrita à decisão do Judiciário, sendo que quando a sentença transitada em julgado não especifica os índices de correção monetária do indébito a opção pela via administrativa leva à aplicação dos índices oficiais da correção empregados pela administração tributária.

Pelo exposto, não conheço em parte do Recurso, por preclusão, e na parte conhecida dou provimento parcial para, nos exatos termos da INFORMAÇÃO FISCAL de fl. 248, cancelar o lançamento no período de apuração 04/2001, reduzi-lo a R\$ 6.359,14 em 05/2001 e mantê-lo igual a R\$ 7.224,06 no período 06/2001. Esses dois valores (montantes do principal) devem ser exigidos com multa de mora, como decidido na primeira instância, e os juros de mora respectivos.

Emanuel Carlos Dantas de Assis