



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 11543.000970/2002-64
Recurso nº 137.389 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 203-13.769
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente CONSÓRCIO ECONÔMICO LTDA.
Recorrida DRJ-BELO HORIZONTE/MG

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

Período de apuração: 01/04/2000 a 31/12/2000, 01/01/2001 a 30/06/2001

DÉBITOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO INDEVIDA

Os débitos fiscais compensados indevidamente são passíveis de lançamento de ofício, acrescidos das cominações.

**LANÇAMENTO. NULIDADE. AUDITOR FISCAL DA
RECEITA FEDERAL DO BRASIL. COMPETÊNCIA**

Súmula 05. O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/1999, 01/11/1999 a 30/11/1999

**DIFERENÇAS APURADAS. AMPLIAÇÃO DA BASE DE
CÁLCULO**

Inexiste impedimento legal à constituição de crédito tributário, objeto de discussão judicial, desde que o seja com exigibilidade suspensa.

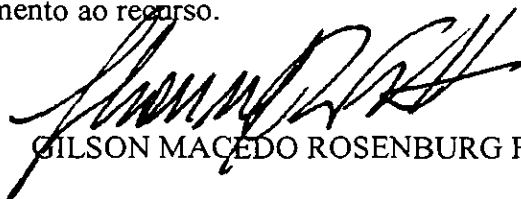
**MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA
E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA**

SÚMUAL 1. 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.

Recurso negado.

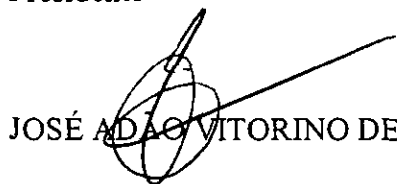
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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



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, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Luis Guilherme Queiroz Vivacqua (Suplente).

Relatório

Contra a recorrente acima, foi lavrado o auto de infração às fls. 46/52, exigindo-lhe crédito tributário, no montante de R\$ 78.849,52 (setenta e oito mil oitocentos e quarenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 40.757,30 de Cofins, R\$ 7.524,30 de juros de mora, calculados até 31/01/2002, e R\$ 30.567,92 de multa de ofício, passível de redução, incidentes sobre os fatos geradores dos períodos mensais de competência de fevereiro a abril e novembro de 1999, de abril a dezembro de 2000, e de janeiro a junho de 2001.

O lançamento decorreu de diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados/pagos e, ainda, de glosas de compensação de débitos fiscais, efetuada indevidamente, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 47/48.

Cientificada da autuação, em 29/10/2001, a recorrente impugnou o lançamento (fls. 91/104), alegando razões que foram assim sintetizadas pela DRJ em Belo Horizonte:

"Primeiramente insta demonstrar o erro do Fisco quando traz anexos e demonstrativos juntados ao auto de infração e que, supostamente, demonstram os períodos, datas e valores apurados. Estão em total desarmonia com a legislação e doutrina em vigor.

Por outro lado, como o auto de infração foi apurado através de escrituração fiscal, deveria, por óbvio, ter relacionado os livros ou registros contábeis fiscalizados para embasar seu lançamento, como também deveria comprovar sua habilitação contábil ensejadora de tal ação.

A agente fiscal não poderia exercer tarefas concernentes à outra profissão, sob o risco de incorrer no 'exercício ilegal de profissão'.

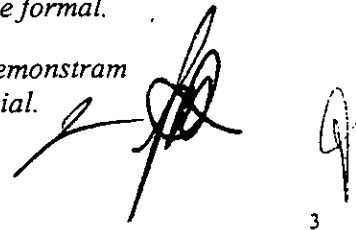
Assim, os liames de validade, legalidade e conseqüente procedibilidade não foram satisfeitos, sendo o auto de infração nulo de pleno direito.

A impugnante possui consideráveis créditos advindos de contribuições pagas a maior e procedeu a compensações administrativas que deveriam ser balanceadas pelo Agente do Fisco no decorrer da fiscalização.

Por puro desconhecimento da teoria geral da prova, o Fisco inverte o ônus probatório, pois como o autor do lançamento administrativo é o Fisco, cabe a ele provar o que alega.

Não se pode admitir que a não impugnação da contribuinte ou à juntada de documentos em qualquer momento tenha o efeito de dar certeza a uma dívida, sob pena de se estar criando tributo sem lei, ofendendo, assim a verdade material, em benefício da verdade formal.

A Administração não pode ficar adstrita ao que as partes demonstram no procedimento, devendo sempre buscar a verdade substancial.



A Lei 9.718/98, além de agredir a LC 70/91, extrapolou a autorização constitucional para cobrança da contribuição, ampliando indevidamente a sua base de cálculo através do desvirtuamento do conceito de faturamento.

Ademais, a empresa possui a seu favor sentença no Mandado de Segurança tombado sob nº 2000.50.01.007285-4, reconhecendo da inexigibilidade da Cofins com base de cálculo e alíquota majorada de 2% para 3%.

A autuação foi realizada sem levar em consideração a mencionada sentença, sendo por isso nula de pleno direito."

Analisada a impugnação, aquela DRJ rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento, não conheceu da impugnação em relação à matéria, objeto de ação judicial (ampliação da base de cálculo da Cofins e majoração de sua alíquota), declarando definitiva a exigência da contribuição e juros de mora na esfera administrativa, conforme Acórdão nº 9.314, datado de 05/09/2005, às fls. 140/151, sob as seguintes ementas:

"Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2001

Ementa: Para o exercício das funções de fiscalização o Auditor Fiscal da Receita Federal prescinde de habilitação prévia em Ciências Contábeis e de inscrição no Conselho Regional de Contabilidade.

A propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas.

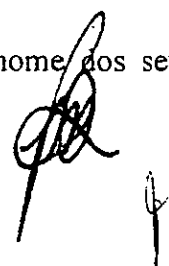
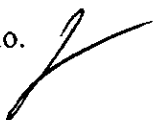
Impugnação não Conhecida."

Ainda, de acordo com a decisão recorrida, aquela DRJ julgou improcedente o lançamento da multa de ofício, afastando sua exigência.

Cientificada dessa decisão, inconformada, a recorrente interpôs tempestivamente o recurso voluntário às fls. 155/159, requerendo o cancelamento do crédito tributário, alegando: a) preliminarmente, a nulidade do auto de infração, insistindo na tese de que, no presente caso, o Autuante invadiu a esfera da auditoria contábil, competência exclusiva dos contadores devidamente inscritos no respectivo Conselho de Contabilidade; e, b) no mérito, que: b.1) é parte ativa no processo judicial nº 97.0009403-0 e, ainda, conta com sentença favorável no mandado de segurança nº 2000.50.01.007285-4; e, b.2) de fato, o que ocorreu foi a lícita compensação dos débitos fiscais com créditos financeiros decorrentes de tributo declarado inconstitucional.

Ao final, requereu que todas as intimações sejam feitas em nome dos seus patronos e nos seus endereços.

É o relatório.



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.

Preliminarmente, quanto à suscitada nulidade do auto de infração e, conseqüentemente, do lançamento sob o argumento de que foi efetuado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, sem que este tenha comprovado sua profissão de Contador e de estar registrado em Conselho de classe, as razões de mérito ficaram prejudicadas, em face da Súmula nº 05, editada por este Segundo Conselho de Contribuintes sobre esta matéria, assim dispondo, *in verbis*:

"Súmula 05. O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Assim, aplica-se ao presente caso esta súmula, afastando-se a preliminar de nulidade do auto de infração e, conseqüentemente, do lançamento.

No mérito, a recorrente alegou que é parte ativa nos autos do processo judicial nº 97.0009403-0, que possui sentença favorável no mandado de segurança nº 2000.50.01.007285-4 e que os débitos, objeto do lançamento em discussão, teriam sido compensados por ela com créditos financeiros decorrente da própria Cofins que teria sido julgada inconstitucional pelo STF.

O processo judicial nº 97.0009403-0, em que a recorrente foi parte ativa, tinha como objetivo a declaração do direito de as impetrantes compensar valores indevidamente recolhidos a título de Finsocial com débitos de Cofins.

No entanto, com relação à recorrente, a decisão judicial transitada em julgado lhe foi desfavorável, uma vez que, sendo empresa prestadora de serviços, estava sujeita ao Finsocial sobre o faturamento às alíquotas majoradas pelas Leis nºs 7.787/1989; 7.894/1989 e 8.147/1990, conforme constou da decisão transitada em julgado.

Já o mandado de segurança nº 2000.50.01.007285-4 teve como objetivo o recolhimento da Cofins nos termos da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991, sem as alterações determinadas por meio da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, art. 3º, § 1º, e art. 8º.

A sentença de primeiro grau, proferida em 08 de agosto de 2001, lhe foi favorável.

O lançamento em discussão, para os fatos geradores de fevereiro a abril e novembro de 1999, decorreu da declaração e pagamento a menor da Cofins, em relação aos valores apurados pelo Autuante, em face da ampliação da base de cálculo e da elevação de alíquota determinadas pela Lei nº 9.718, de 1998; e, para os demais meses, da glosa efetuada

pelo autuante da compensação dos débitos, efetuada pela recorrente, com amparo no processo nº 97.0009403-0.

No entanto, conforme demonstrado, a decisão judicial transitada em julgado nos autos do nº 97.0009403-0, ao contrário do entendimento da recorrente, lhe foi desfavorável. Assim, o lançamento correspondente à glosa da compensação dos débitos compensados indevidamente, ou seja, referentes aos meses de competência de abril de 2000 a junho de 2001, deve ser mantido, inclusive, **sem suspensão de sua exigibilidade**. Já as diferenças lançadas para os demais meses, ou seja, competências de fevereiro a abril e novembro de 1999, como são decorrentes da ampliação da base de cálculo da Cofins e da majoração de sua base de cálculo, conforme reconheceu a decisão recorrida, em face do mandado segurança, processo nº 2000.50.01.007285-4, discutindo esta mesma matéria, o julgamento de mérito ficou prejudicado nas instâncias administrativas.

A opção da requerente pela via judiciária para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, 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 1

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, em relação ao lançamento correspondente aos meses de competência de fevereiro a abril e novembro de 1999, não tomo conhecimento das razões de mérito, expendidas no recurso voluntário, devendo ser cumprida, pela Autoridade Administrativa competente, a decisão judicial transitada em julgado.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, voto por não tomar conhecimento do recurso voluntário, em relação à matéria oposta nas instâncias, administrativa e judicial, ou seja, o lançamento correspondente aos meses de competência de fevereiro a abril e novembro de 1999, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, sendo que a suspensão da exigibilidade, em face da ação judicial, se aplica somente ao lançamento correspondente aos meses de competência de fevereiro a abril e novembro de 1999; para os fatos geradores dos demais meses, ou seja, de abril de 2000 a junho de 2001, inexistente suspensão da exigibilidade, devendo o crédito tributário correspondente a este período ser cobrado de imediato.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009

JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS