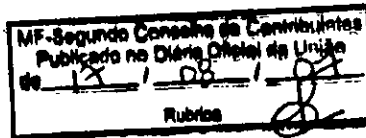




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 11610.001960/2002-03
Recurso nº 136.310 Voluntário
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Acórdão nº 203-12.001
Sessão de 25 de abril de 2007
Recorrente PEPSI-COLA ENGARRAFADORA LTDA.
Recorrida DRJ em SÃO PAULO-SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/1997 a 30/06/1997

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. VIAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

A discussão concomitante da mesma matéria na via judicial e administrativa implica renúncia a esta última. Recurso não conhecido em parte.

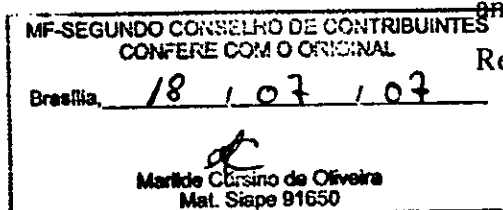
NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA, DECADÊNCIA.

O prazo decadencial da multa, ainda que lançada isoladamente, deve seguir o prazo decadencial do tributo correspondente.

PAGAMENTO SEM A MULTA DE MORA. MULTA ISOLADA. IMPROCEDÊNCIA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

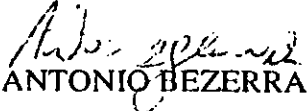
A superveniência de dispositivo legal que deixa de definir como infração a hipótese fática descrita no lançamento obriga o cancelamento da sanção punitiva anteriormente prevista.

Recurso provido em parte.

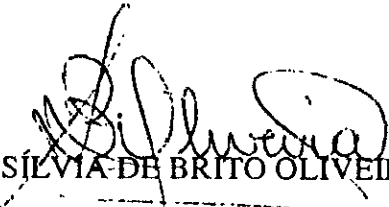


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em dar provimento ao recurso, nos seguintes termos: I) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade; II) quanto à prejudicial de mérito, por maioria de votos, para afastar a decadência. Vencido o Conselheiro Ivan Allegretti que acolhia a decadência, por adotar a tese dos cinco anos do pagamento (art. 150, § 4º do CTN) e III) no mérito, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, em parte, face à opção pela via judicial; e, na parte conhecida, em dar provimento ao recurso para cancelar a multa isolada.


ANTONIO BEZERRA NETO

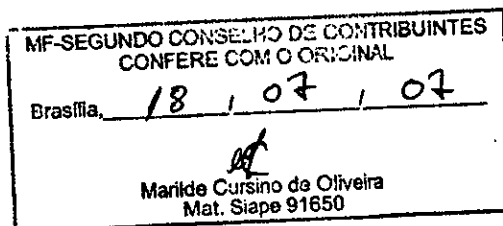
Presidente


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Odassi Guerzoni Filho, Dory Edson Marianelli e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva.

/eaal



Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nos autos deste processo foi lavrado o auto de infração eletrônico n.º 28533 e demonstrativos, constantes das fls. 25 a 36, para formalizar a exigência isolada da multa de ofício prevista no art. 44, inc. I, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Ensejou a peça fiscal a constatação de que o valor da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) apurado no período de janeiro a junho de 1997 fora recolhido em atraso, sem os acréscimos correspondentes à multa de mora.

O lançamento foi impugnado e a 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo-I (DRJ/SPOI) julgou procedente o lançamento, nos termos do voto condutor do Acórdão das fls. 175 a 185, que foi assim ementado:

(...)

COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ARF.

A exigência de crédito tributário mediante Auto de Infração é válida mesmo quando formalizada por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio da contribuinte..

INCONSTITUCIONALIDADE.

Falece competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, não há que se falar em cancelamento ou anulação do Auto de Infração.

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO E JUDICIAL.


A matéria já suscitada na via judicial não pode ser apreciada na via administrativa.


PEDIDO DE PERÍCIA. DESCABIMENTO.

Deve ser indeferido o pedido de perícia prescindível na apreciação do lançamento tributário, pois que devidamente instruído o processo enviado para julgamento.

Lançamento procedente.

Contra essa decisão a atuada interpôs o recurso das fls. 200 a 226, para alegar a nulidade do auto de infração por falta de suporte fático e de causa para atuar, pois a infração estava afastada pelo processo judicial, inclusive, com sentença inpeditiva de atuação da contribuinte, e, no mérito, aduzir, em síntese, que:



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 18 / 07 / 07
 Marilda Cursino de Oliveira Mat. Siape 91650

I – os recolhimentos efetuados estavam cobertos pelo instituto da denúncia espontânea previsto no art. 138 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), sendo, pois, improcedente a exigência de multa de mora;

II – ajuizara, anteriormente à lavratura do auto de infração, ação declaratória, mediante processo nº 98.0613592-0, para ter amparado o seu direito à denúncia espontânea, no qual já obtivera sentença favorável;

III – não se pode falar em renúncia à via administrativa, pois esta é necessária para constituição do crédito tributário, não podendo a via judicial suprir essa obrigação;

IV – os julgadores administrativos têm o dever de analisar matéria constitucional e deixar de aplicar dispositivo legal ou normativo que considerem inconstitucional;

V – o direito à ampla defesa é indispensável na constituição do crédito tributário, sendo inconstitucional qualquer procedimento tendente a constranger o seu exercício;

VI – deve-se assegurar à contribuinte o julgamento de todos os seus recursos, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade;

VII – o auto de infração foi lavrado sem observância do princípio da verdade material, pois nenhuma fiscalização ou diligência foi efetuada para verificar a veracidade dos dados lançados pela contribuinte;


VIII – entendo-se que a hipótese não configura denúncia espontânea, somente poderia ser exigida a multa de mora que não fora recolhida e, no caso, a fiscalização aplicou multa de 75% sobre o valor do tributo recolhido e não sobre o valor da multa de mora considerada devida, devendo, por isso, ser anulado o lançamento.

Ao final, solicitou a recorrente o provimento do seu recurso para declarar a insubsistência do auto de infração e imposição de multa, em virtude da denúncia espontânea, uma vez que os recolhimentos da Cofins foram feitos antes de qualquer procedimento de fiscalização.

Não foram arrolados bens, por não possuir a recorrente bens no seu ativo permanente, conforme informação à fl. 361.

É o Relatório.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE O AVÓ ORIGINAL	
Brasília,	18 / 07 / 07
	
Marilda Cursino de Oliveira	
Mat. SIAPE 91650	

STF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERÊNCIA ORIGINAL
Brasília, 18, 07, 07
Marilda Corrêa de Oliveira
Mat. Slape 91650

Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

No exame dos requisitos de admissibilidade do recurso, importa considerar que, para garantia da instância recursal, por ocasião da protocolização do recurso, a recorrente fizera referência a fiança bancária que, além de não constituir garantia prevista no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, não foi documentada.

Em face disso, a recorrente foi intimada a arrolar bens, conforme intimação à fl. 230, e indicou bens do patrimônio da Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), às fls. 133 e 234, ensejando nova intimação, à fl. 328 para que se procedesse ao arrolamento de bens do ativo permanente da pessoa jurídica autuada ou ao depósito de trinta por cento do valor da exigência tributária.

A recorrente informou, conforme, fls. 332 e 333, que não possuía bens para arrolamento e o processo foi remetido a este Segundo Conselho de Contribuintes com o despacho de fl. 361.


O arrolamento de bens para seguimento do recurso voluntário, no âmbito do processo de determinação e exigência de crédito tributário, possui matriz legal no supracitado art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, com as alterações do art. 32 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Ocorre, porém, que foi publicada no Diário Oficial da União de 10 de abril de 2007 a decisão de mérito na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1976, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do art. 32 da Medida Provisória nº 699-41, de 1998, convertida na retromencionada lei.

Destarte, uma vez retirado do mundo jurídico o suporte legal para exigência do arrolamento de bens como condição para seguimento de recurso voluntário, afastada está qualquer irregularidade relativa a esse arrolamento e, portanto, deve o recurso ser conhecido.

Não obstante a ordem em que apresentada na peça recursal, aprecia-se aqui, em primeiro lugar, as razões recursais concernentes à nulidade da peça fiscal, por constituir preliminar de mérito.

Relativamente à ausência de causa e de motivação para o lançamento, registre-se que o art. 61, caput e § 3º, da Lei nº 9.430, de 1997, prescreve a incidência de juros e de multa de mora sobre débitos para com a União não pagos no vencimento. Assim, verificado, em auditoria interna em declarações da recorrente, pagamentos de tributo após o vencimento, sem as correspondentes multas de mora, tem-se por caracterizada infringência ao referido dispositivo legal e há de se proceder ao lançamento, com base no art. 44, inc. I, dessa mesma Lei.

Destarte, não carece de causa, tampouco de motivação a peça fiscal produzida. Ademais, no que diz respeito à alegada ausência de causa por estar-se diante do instituto da denúncia espontânea, entendo que tal fato não constituiria vício de nulidade e, sim, conduziria à improcedência do lançamento, pois faltaria à peça fiscal a necessária vinculação legal.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 18 / 07 / 07

Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Slape 91650

Sobre o argumento de que o percentual da multa de ofício incidiria apenas sobre o valor da multa de mora que deixara de ser recolhida, conquanto a recorrente o apresente para solicitar a nulidade do lançamento, tal matéria constitui mérito da autuação que, se acolhida, acarretará a improcedência total ou parcial do auto de infração e não sua nulidade. Assim, essa argumentação será apreciada no âmbito das demais razões de mérito.

Passa-se agora ao exame da decadência, tendo em vista constituir prejudicial da análise de mérito.

Nessa matéria, discordo da decisão recorrida que entendeu que, por tratar-se de lançamento de multa isolada e não de tributo, não seria aplicável o art. 150, § 4º, do CTN. Com efeito, tal dispositivo refere-se a tributo e vincula-se à modalidade de lançamento por homologação. Todavia, o permissivo legal para lançamento isolado da multa de ofício não lhe subtrai o caráter acessório e sua base de cálculo continua sendo o tributo (principal), conforme dicção do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que transcreve-se:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

(Grifou-se)

Assim, devendo o acessório seguir o principal, o exame da decadência deve manter o liame com a decadência do tributo que foi pago após o vencimento sem o acréscimo da multa moratória, que, no caso, é a Cofins, cujo prazo decadencial é o previsto no art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A aplicação do prazo decenal previsto no dispositivo legal precitado decorre da expressa determinação do art. 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece o prazo quinquenal somente na inexistência de prazo diverso fixado em lei, conforme se depreende da simples leitura desse dispositivo, que assim estabelece:

Art. 150. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(Grifou-se)

Assim sendo, antes de se aplicar o dispositivo legal supracitado, há de se perquirir a existência de disposição específica, em lei ordinária, sobre a matéria. Ora, tratando-se de contribuição destinada ao financiamento da seguridade social que encontra no art. 195 da Carta Magna sua matriz constitucional, há de se buscar amparo na Lei nº 8.212, de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências.

Referido diploma legal, em seu art. 45, prescreve, *ipsis litteris*:



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 18/07/03
Márcia Cursino de Oliveira
Mat. Siage 91650

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

(...)

Da literalidade do dispositivo acima transcrito, outra conclusão não há senão a de que o prazo decadencial da Cofins é de dez anos.

Dessa forma, uma vez homologado tacitamente o lançamento, salvo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que não é o caso destes autos, fica defeso à Fazenda Nacional constituir crédito tributário cuja base de cálculo seja o tributo alcançado pela decadência.

Ocorre que, no caso de que aqui se cuida, o prazo para a homologação é de dez anos, não se tendo, pois, operado a decadência.

Vencidas a preliminar e a prejudicial do mérito, as demais razões recursais circunscrevem o litígio à contestação da decisão recorrida sob o aspecto da renúncia à via administrativa, por concomitância entre esta e a via judicial, à caracterização do instituto da denúncia espontânea e à base de cálculo da multa aplicada.


Sobre a concomitância, registre-se, de início, que a apreciação de argumentos expendidos acerca de disposições legais conflitantes com princípios constitucionais conduziria à manifestação sobre a (in)constitucionalidade de disposição legal, matéria que exorbita a esfera de competência do órgão julgador administrativo, sendo de competência exclusiva do Poder Judiciário, que detém o monopólio da função jurisdicional para apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.

Note-se que, conforme art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, com a redação dada pela Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, é defeso a esses Conselhos afastar a aplicação de lei legitimamente inserta no ordenamento jurídico pátrio, por julgá-la maculada com vício de inconstitucionalidade.

Destarte, ao extenso arrazoado trazido pela recorrente para contestação desse matéria na decisão de piso, opõe-se apenas a jurisprudência destes Conselhos que vem ratificando o entendimento de que a propositura pelo contribuinte, a qualquer tempo, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, para tratar da mesma matéria objeto de processo administrativo, implica renúncia à esfera administrativa, tendo em vista a prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas.

Da citada jurisprudência, transcrevem-se as seguintes ementas:

IRPJ E CSLL - CONCOMITÂNCIA - RECURSO - NÃO CONHECIMENTO. Se há concomitância de ação judicial com processo administrativo este não pode prosperar, não devendo ser

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>18 / 07 / 07</u>
 Marilce Cursino de Oliveira Mat. SIAPE 91650

conhecido o Recurso Voluntário em relação à matéria discutida perante o Poder Judiciário.

(Acórdão 107-07887, sessão de 01/12/2004, relator Octávio Campos Fischer)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA. *Existe concomitância quando no processo administrativo se discutir o mesmo objeto da ação judicial hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio.*

(Acórdão n.º 201-79277, sessão de 23/05/2006, relator Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça)

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. *A propositura de ação judicial implica a renúncia à via administrativa, quando ambos os procedimentos versam sobre o mesmo objeto. RECURSO NÃO CONHECIDO POR UNANIMIDADE.*

(Acórdão n.º 302-36346, sessão de 14/09/2004, relator Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior)

CONCOMITÂNCIA – DISCUSSÕES ADMINISTRATIVA E JUDICIAL – LIMITAÇÕES – *A propositura de ação pelo sujeito passivo, antes ou depois do lançamento, impede a discussão da matéria exclusivamente versada no âmbito do Poder Judiciário na Instância Administrativa, mas não a discussão das questões periféricas, na instância judicial não ventiladas, e que possam ter relação com aspectos outros na construção do lançamento (p.ex.decadência)*

(Acórdão n.º CSRF/01-05.211, sessão de 13/06/2005, relator Victor Luís de Salles Freire)

Ora, a mera leitura da petição inicial dos autos do processo judicial acostada às fls. 71 a 103, afasta qualquer dúvida porventura remanescente sobre a identidade da matéria relativa à caracterização do instituto da denúncia espontânea e, sendo assim, voto pelo não-conhecimento do recurso na parte que versa sobre tal instituto.

Resta então para exame a questão da base de cálculo do lançamento objeto deste processo.

Nesse ponto, eximo-me de enfrentar as razões de defesa opostas pela recorrente, visto que, por outras razões, que a seguir serão expostas, seu recurso merece provimento.

Registre-se então que a Medida Provisória n.º 351, de 22 de janeiro de 2007, em seu art. 14, tratou de alterar a redação do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, que é o fundamento legal deste auto de infração, o qual passou a vigorar com a seguinte redação:



Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I-de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração in.exata;

II-de cinqüenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a)na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b)na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

(...)

Note-se, pois, que, no novel ordenamento jurídico, a conduta infracionária descrita nestes autos, qual seja, o pagamento do tributo após o vencimento do prazo sem o acréscimo da multa moratória, não encontra mais tipificação legal e, portanto, por observância ao princípio da retroatividade benigna, insculpido no art. 106, inc II, "a", do CTN, há se cancelar a exigência tributária formalizada nestes autos.

Por todo o exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade, afastar a prejudicial de decadência e, no mérito, não conhecer do recurso em parte, por opção pela via judicial e, na parte conhecida, dar-lhe provimento para cancelar a exigência da multa lançada, com fulcro no art. 106, inc. II, "a", do CTN.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

