



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

S. Recurso

Processo n°	13003.000229/2005-89
Recurso n°	134.697 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n°	302-38.198
Sessão de	9 de novembro de 2006
Recorrente	VARIG SA VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE
Recorrida	DRJ-PORTO ALEGRE/RS

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/06/2004

Ementa: FINSOCIAL - COMPENSAÇÃO - DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO - COMPROVAÇÃO POSTERIOR AO PEDIDO.

A apresentação posterior de decisão transitada em julgado não vulnera o art. 16 do Decreto 70.235/72, vez que as suas disposições foram flexibilizadas pelo art. 38 da Lei 9.784/99. A dita manifestação de inconformidade complementar não me parece ilícita, impertinente, desnecessária ou protelatória para ser desconsiderada. (...) Este dispositivo (art. 38) veio materializar, no processo administrativo fiscal, o princípio da busca da verdade material.

E a verdade, de acordo com o que consta nos autos, é que a recorrente possui uma ação judicial com trânsito em julgado nos exatos termos da exigência contida no art. 170-A do CTN.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA - INACABÍVEL.

Existindo o direito da contribuinte para obter a compensação não há o que se falar em multa isolada uma vez que não houve débitos indevidamente compensados.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso no tocante a autuação, nos termos do voto do relator, e por maioria de votos, dar provimento ao recurso em relação à compensação. A Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim votou pela conclusão em relação à matéria de compensação. Vencido o Conselheiro Corintho Oliveira Machado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


LUIS ANTONIO FLORA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieriegatto, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Adoto, inicialmente, o relatório de fls. 154/156, permitindo-me fazer pequenas alterações e adequações que entender pertinentes.

O contribuinte supracitado solicitou compensação de créditos de FINSOCIAL, decorrentes da ação judicial n.º 93.0017247-6, ajuizada na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, através de Declarações de Compensação - DECOMP's, com débitos de COFINS, cumulativa e não-cumulativa, no valor de R\$ 103.137.863,83, conforme quadro demonstrativo abaixo:

Pesquisa SIEF/PEROCOMP 1.0 e CPERDCOMP 8.0, em 07/06/05 (Vide planilha de fl. 56)									
	DÉBITOS				DCTF	DCOMP			EFEITO
	ESPÉCIE	CÓD.	PER/ AP	VENCIM.	VALOR	Per Dcomp	Transtn.	Valor Total	DCOMP/DCTF
1	Cofins	2172-1	jul/03	15/08/03	7.741.009,61	1.3.57-0600	14/11/03	8.075.421,23	confissão de dívida
2	Cofins	2172-1	ago/03	15/09/03	7.976.447,93	1.3.57-0600	14/11/03	8.187.026,16	confissão de dívida
3	Cofins	2172-1	set/03	15/10/03	8.485.542,44	1.3.57-0600	14/11/03	8.570.397,86	confissão de dívida
4					80.517,88	1.7.57-1201	13/02/04	84.527,67	confissão de dívida
5	Cofins	2172-1	out/03	14/11/03	9.462.886,77	1.7.57-1201	13/02/04	9.807.335,85	confissão de dívida
6	Cofins	2172-1	nov/03	15/12/03	8.360.312,39	1.7.57-1201	13/02/04	8.550.091,48	confissão de dívida
7	Cofins	2172-1	dez/03	15/01/04	8.444.531,95	1.7.57-1201	13/02/04	8.528.977,27	confissão de dívida
8	Cofins	2172-1	janv/04	13/02/04	7.297.640,71	1.7.57-1201	13/02/04	7.297.640,71	confissão de dívida
9	Cofins n/c.	5856-1	fev/04	15/03/04	7.169.007,61	1.7.57-3122	15/03/04	7.169.007,61	confissão de dívida
10	Cofins n/c.	5856-1	mar/04	15/04/04	10.696.340,12	1.3.57-4839	11/05/04	10.803.303,18	confissão de dívida
11	Cofins n/c.	5856-1	abr/04	14/05/04	7.000.000,00	1.3.57-4839	11/05/04	7.000.000,00	confissão de dívida
12	Cofins	2172-1	mai/04	15/06/04	6.155.854,13	1.7.57-0094	13/08/04	6.296.823,18	confissão de dívida
13	Cofins	2172-1	junv/04	15/07/04	6.465.697,31	1.7.57-0094	13/08/04	6.530.354,28	confissão de dívida
14	Cofins n/c.	5856-1	junv/04	15/07/04	6.175.204,97	1.7.57-0094	13/08/04	6.236.957,01	confissão de dívida
TOTAL								103.137.863,83	

As ações judiciais da empresa, que interessam ao caso em questão, uma cautelar (n.º 93.0017247-6, na 30ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro) e uma ordinária (n.º 94.0069303-6, ajuizada na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro), não transitaram em julgado, conforme extratos processuais retirados da internet e juntados aos autos.

Por isso, não foi reconhecido o direito creditório pretendido e não foram homologadas as compensações pretendidas, bem como determinado que fosse procedido o lançamento de multa isolada sobre os valores dos débitos compensados, conforme Parecer DRF/POA/SEORT n.º 255, de 05 de julho de 2005, de fls. 97 a 102, cuja ementa é a seguinte:

"COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL. DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. ART.170-A DO CTN. Cumpre não reconhecer o direito creditório, não homologando as compensações efetivadas com base em créditos de FINSOCIAL com débitos da COFINS, antes do trânsito em julgado da decisão judicial, conforme vedação disposta no art. 170-A, do Código Tributário Nacional e no 'caput' do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 (redação da Lei n.º 10.637/02)."

A multa de ofício foi lançada sobre os débitos indevidamente compensados no processo administrativo n.º 11080.004840/2005-38, tendo sido juntado por apensação a este processo, conforme fls. 22, 41 e 45 daquele processo (n.º 11080.004840/2005-38). Resultou

num crédito tributário de R\$ 77.353.397,87, conforme Auto de Infração de fls.18, daquele processo.

Tanto o Parecer DRF/POA/SEORT n.º 255, de 05 de julho de 2005, como o Auto de Infração foram cientificados em 27/07/2005, conforme A.R. de fl.1,12 deste processo ou cópia deste A.R. naquele processo (n.º 11080.004840/2005-38), nas fls. 23 e 24.

Inconformado, o contribuinte apresenta, em 26/08/2005, manifestação de inconformidade contra o Parecer DRF/POA/SEORT n.º 255, de 05 de julho de 2005 e impugnação contra o lançamento de ofício.

Na manifestação de inconformidade, de fls.113 a 124, deste processo, o contribuinte começa argumentando que teria direitos de FINSOCIAL recolhidos a maior definitivamente reconhecidos na ação ordinária n.º 92.0011407-5, da 3ª Vara Federal de Brasília. Diante deste fato, teria ajuizado a ação cautelar n.º 93.0017247-6, seguida da ação ordinária n.º 94.0069303-6, ambas na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que visam a autorização da compensação dos créditos de FINSOCIAL.

A ação cautelar teria concedido o direito de compensação antes do trânsito em julgado, em 09/09/1994, estando, atualmente, esta e a ação ordinária que a seguiu em apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Por isso, alega que a ação judicial autoriza a compensação desde logo, não sendo aplicável a restrição do trânsito em julgado contida no art.170-A do Código Tributário Nacional, criada pela Lei Complementar n.º 104, de 10/01/2001, pois foi posterior à autorização judicial. Além disso, em não havendo interposição de ação própria pertinente a esta nova norma para fins de aplicá-la às ações judiciais que solicitam direito de compensação do creditório de FINSOCIAL, que já teria transitado em julgado, não há como afetar as citadas ações, sob pena de descumprimento de ordem judicial.

Ademais, o tributo, que o contribuinte chama de indébito, já teve negada sua natureza jurídica pelo STF, com efeito *erga omnes*. Como não há natureza de tributo na exação, mas somente indébito, é inaplicável o art.170-A do CTN.

Ato contínuo, a inaplicabilidade se estenderia ao art. 74 da Lei 9.430/1996 e ao art. 37 da IN SRF n.º 210/2002, pois seriam meros reflexos do art.170-A do CTN. Traz doutrina e jurisprudência para fundamentar sua argumentação.

Caso não fosse suficiente suas alegações, o impugnante afirma que a ação ordinária n.º 92.0011407-5, da 3ª Vara Federal de Brasília, que pleiteia o reconhecimento de inexistência de relação obrigacional jurídica tributária quanto ao pagamento de FINSOCIAL com a alteração superveniente à promulgação da Constituição de 1988, transitou em julgado favorável a este, em 30/08/1994.

Por conseguinte, segundo o contribuinte, poderia compensar o direito concedido pelo Poder Judiciário com qualquer tributo ou contribuição administrado pela Receita Federal porque a Lei 10.637, de 30/12/2002, alterou o art.74 da Lei 9.430, de 1996, permitindo a compensação.

Logo, solicita que seja substituída na DCOMP a ação judicial que fundamenta o pedido de compensação, ou seja, requer que seja considerada como ação fundamentadora do

crédito a do processo n.º 92.0011407-5, da 3ª Vara Federal de Brasília. Isto, porque o contribuinte não pode ser prejudicado devido a erro material cometido, em respeito ao art. 2º, parágrafo único, inciso IX, da Lei 9.784/1999.

Posteriormente ao prazo de impugnação, em 29/08/2005, o contribuinte traz cópia da decisão liminar concedida, em 09/09/1994, na ação cautelar n.º 93.0017274-6 e da sentença da ação judicial n.º 92.0011407-5, que transitou em julgado em 30/08/1994, bem como renova o pedido anulação do despacho decisório da DRF de origem, o do reconhecimento do direito creditório pleiteado e a homologação das compensações pleiteadas, conforme fls. 129 a 146.

Na impugnação à multa isolada, apresenta em 26/08/2005, nas fls. 25 a 37 do processo administrativo n.º 11080.004840/2005-38, que foi apensado a este para fins julgamento em respeito ao determinado no art.18, § 3º da Lei 10.833/2003, o contribuinte começa alegando que o lançamento de ofício tem íntima relação com a compensação indeferida pela DRF de origem neste processo, repetindo as argumentações favoráveis ao seu entendimento da pertinência das compensações, contidas na manifestação de inconformidade, que acarretariam o cancelamento da multa de ofício isolada.

Por isso, não existiria o fato gerador da penalidade (débito indevidamente compensado) e a base de cálculo (ausência de recolhimento), padecendo o lançamento fiscal de falta de legalidade e de motivação, desobedecendo ao art. 37 da Constituição e o art. 142 do Código Tributário Nacional, gerando a nulidade da exigência fiscal.

Em ato processual seguinte consta o acórdão 6.778, da DRJ de Porto Alegre, de fls. 152/170 que indeferiu a solicitação.

A decisão acima referida está assim ementada.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/06/2004

Ementa: COMPENSAÇÃO - DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO INDEFERIMENTO - Após a edição da Lei Complementar n.º 104, de 10/01/2001, que institui o art.170-A no Código Tributário Nacional, é necessário o trânsito em julgado judicial para a compensação de valores pleiteados junto ao Poder Judiciário, sendo tal requisito também constante do art.74 da 9.430/1996, com redação dada pela Lei n.º 10.637, de 30/12/2002, e pela Lei n.º 11.051, de 29/12/2004.

ALTERAÇÃO DE AÇÃO JUDICIAL EM DCOMP - INOVAÇÃO - FATO NÃO SOLICITADO PARA A DRF DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE - A alteração da ação judicial que fundamenta as DCOMP's deve ser realizado junto à DRF de origem, não podendo o pedido ser originalmente feito à DRJ (órgão julgador), pois contraria o §5º do art.74, da Lei 9.430/1996, criado pela Medida Provisória n.º66, de agosto de 2002, transformada na Lei 10.637, de 30/12/2002, que em seu art. 49, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430, de 27/12/1996, c/c o art. 31 da Instrução Normativa n.º 210, de 30 de setembro de 2002, e os arts. 41 e 47 da IN SRF 460/2004. Ademais há

relação de causa e efeito entre a ação citada e a(s) que deveria(m) ser substituída(s), que se encontra(m) sob a apreciação do Poder Judiciário (Ato Declaratório nº 03/1996) e deve (m) gerar seus efeitos após o trânsito em julgado.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA – PROCEDÊNCIA – A multa de ofício isolada sobre compensação indevida é pertinente quanto se comprova a correção do indeferimento da compensação, nos termos do art. 170-A do CTN, do art. 90 da MP 2.158/2001, do art. 49 da Lei 10.637/2002 e do art. 18 da Lei 10.833/2003.

Solicitação Indeferida

Os principais fundamentos que norteiam a decisão de 1º grau de jurisdição administrativa são que, as ações judiciais não transitaram em julgado, motivo pelo qual o direito creditório não poderia ser reconhecido, devido a vedação instituída pelo art. 170-A do CTN.

Regularmente intimada da decisão supra mencionada, conforme ciência de fls. 174 e (fls. 67 do apenso), a recorrente apresentou tempestivamente dois recursos voluntários, endereçado a este Conselho.

O primeiro refere-se ao processo administrativo nº 13003.000229/2005-89, de fls. 175/189, e o outro, processo administrativo nº 11080.004840/2005-38 (fls. 68/81) que trata da multa isolada incidente sobre a não homologação das compensações.

No que tange ao mérito da causa, a recorrente repetiu os argumentos aventados nas impugnações.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Antonio Flora, Relator

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Em apertada síntese, a decisão recorrida ao manter o indeferimento exarado pela autoridade preparadora apegar-se no fato de que as ações judiciais invocadas pela recorrente não dispunham de decisão definitiva (trânsito em julgado).

Por sua vez, em razões adicionais, a recorrente esclareceu equívoco cometido e anexou aos autos cópia de (outra) decisão judicial transitada em julgado. Esta decisão, todavia, não foi acatada sob o fundamento de que houve uma inovação, e que esta não foi avaliada pela autoridade preparadora. Aduz, ademais, que o pedido adicional foi feito fora do prazo e que o mesmo não se enquadra dentro do permissivo legal contido no art. 16, §§ 4º e 5º do Decreto 70.235/72, com a redação dada pela Lei 9.532/97.

A meu ver, a decisão judicial de fls. 134/146 confere à recorrente o direito pleiteado. E sendo assim deve ser aceita, uma vez que o citado art. 16 do PAF foi flexibilizado pelo art. 38, da Lei 9.784/99, *verbis*:

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Este dispositivo veio materializar, no processo administrativo fiscal, o princípio da busca da verdade material. E a verdade, de acordo com o que consta nos autos, é que a recorrente possui uma ação judicial com trânsito em julgado nos exatos termos da exigência contida no art. 170-A do CTN.

Destarte, a apresentação posterior de decisão transitada em julgado não vulnera o art. 16 do Decreto 70.235/72, vez que as suas disposições foram flexibilizadas pelo art. 38 da Lei 9.784/99. A dita manifestação de inconformidade complementar não me parece ilícita, impertinente, desnecessária ou protelatória para ser desconsiderada.

Não há o que se falar, também, em supressão de instância, eis que a questão é matéria exclusivamente de direito. O processo no estado que se encontra, cabe à autoridade julgadora analisar o direito e à autoridade preparadora verificar os cálculos.

Portanto, existindo o direito da contribuinte à compensação, não há o que se falar em multa isolada, uma vez que não houve débitos indevidamente compensados.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso voluntário para deferir a compensação pleiteada, provimento este extensivo ao recurso voluntário interposto no processo apensado (autuação - multa isolada) para cancelar a exigência.

Sala das Sessões, em 9 de novembro de 2006


LUIS ANTONIO FLORA – Relator