



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.ª	PUBLICADO NO D. O. U.
C	D. 07 / 02 / 2001
C	8-
	Rubrica

306

Processo : 13061.000.088/95-40

Acórdão : 202-12.549

Sessão : 07 de novembro de 2000

Recurso 107.350

Recorrente : FERTICRUZ COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS

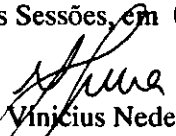
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADES – Estando presentes todos os requisitos norteadores do Processo Administrativo Fiscal, delineados no Decreto nº 70.235/72 e na legislação aplicável à matéria, descabem as alegações de nulidade mencionadas pela contribuinte. **AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE** - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, mediante ingresso de ação judicial, enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera. **Recurso não conhecido, quanto à matéria objeto de ação judicial. COFINS - MULTA DE OFÍCIO** - Crédito constituído com a notificação de lançamento, cuja exigibilidade não se achava suspensa, *ex-vi* do disposto no artigo 151 do CTN, por ocasião da lavratura do auto de infração, há de ser imposta multa de ofício. **Recurso negado, quanto à multa de ofício.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **FERTICRUZ COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto de ação judicial; e II) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, quanto à multa de ofício. Vencido o Conselheiro Luiz Roberto Domingo, que dava provimento quanto à multa.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2000


Marcos Vinícius Neder de Lima
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Ana Paula Tomazzete Urroz (Suplente), Ricardo Leite Rodrigues e Adolfo Montelo.

Iao/cf



Processo : 13061.000.088/95-40
Acórdão : 202-12.549

Recurso : 107.350
Recorrente : FERTICRUZ COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada, foi lavrado Auto de Infração, exigindo-lhe a COFINS do período de maio de 1992 a novembro de 1994, sob a alegação de ter apropriado incorretamente as receitas decorrentes de "faturamento antecipado"; ter efetuado recolhimentos insuficientes no período de outubro a dezembro de 1992; ter aplicado indevidamente juros de mora sobre valores a compensar, e ter incluído, entre os créditos a compensar, valores indevidos.

Tempestivamente, a contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 109/121, onde constam seus argumentos de defesa, que podem ser assim resumidos:

1. em relação à postergação de pagamento, sustenta que não considerou ocorrido o fato gerador nas datas de emissão das notas fiscais de faturamento antecipado, porque:
 - a. não tinha disponíveis no estoque as mercadorias que ali são relacionadas, que ainda seriam produzidas pelas fábricas fornecedoras;
 - b. não estava obrigada a entregar ao comprador as mercadorias fungíveis relacionadas naquelas notas, nem o comprador estava obrigado a pagar o preço fixado, pois qualquer das partes poderia se arrepender sem o consentimento da outra; e
 - c. não se pode cogitar do reconhecimento de receitas nessas hipóteses (ou de faturamento mensal, no caso da Lei Complementar n.º 70/91), até porque não existe ainda o custo a ser com ela confrontado, nem aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, devendo a receita ser reconhecida no momento da entrega das mercadorias;
2. quanto à falta de pagamento apontada para os fatos geradores ocorridos nos meses de outubro, novembro e dezembro de 1992, diz que não efetuou os recolhimentos por dificuldades financeiras e porque efetuou pagamentos indevidos a título de FINSOCIAL, os quais ainda pretende compensar, posto que ainda possui crédito remanescente da Liminar de fls. 104, visto que no Demonstrativo de fls. 106 não está considerada a inflação de dezembro de 1991;
3. em relação à apontada compensação não autorizada dos juros, não concorda com a exigência, pois entende que está autorizada a compensar os valores corrigidos "na forma do pedido e para os fins pretendidos", conforme foi despachado na Liminar de fls. 104, devendo



Processo : 13061.000.088/95-40

Acórdão : 202-12.549

ser examinado o pedido inicial da Ação Ordinária nº 93.1400671-9, que anexa. Além disso, errou o cálculo da correção monetária autorizada judicialmente, usando o índice de 285,00, que não inclui o percentual correspondente à inflação de dezembro/91 (INPC de 24,15%), quando deveria usar 353,82, aplicando-se a fórmula prevista no Ato Declaratório (Normativo) nº 08, de 23/04/92;

4. discorda da exigência da multa de mora imputada sobre os pagamentos espontâneos, por entender que está amparada pelo art. 138 do CTN, que a exonera da multa. Também não concorda com a multa punitiva de 100% sobre as diferenças não pagas, pois, tratando-se de inadimplência, sujeita-se somente à multa de 20%, prevista no art. 59 da Lei n.º 8.383/91; e

5. requer o acolhimento da impugnação para exclusão da exigência dos seguintes itens:

- a. parcelas calculadas sobre as notas fiscais de faturamento antecipado, ou as multas imputadas sobre os pagamentos extemporâneos;
- b. compensação do crédito de 19.742,80 UFIRs, remanescentes das contribuições pagas indevidamente;
- c. juros moratórios de 1% ao mês, calculados sobre os recolhimentos indevidos, constantes dos créditos compensados; e
- d. em qualquer hipótese, a exclusão da multa punitiva de 100% sobre as diferenças que forem consideradas não pagas.

Juntou os Documentos de fls. 122/187.

Em decorrência da Resolução DRJ/STM nº 175/97, de fls. 189, foram anexadas aos autos a cópia da Sentença n.º 076/96-2 (5725) de fls. 191/197 e a Informação de fls. 198, dando conta de que a decisão judicial não transitou em julgado.

A autoridade singular, através da Decisão DRJ/STM n.º AS/01/039/98, de 08/01/98, manifestou-se pela procedência parcial da exigência fiscal, cuja ementa está assim redigida:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Faturamento antecipado:

O reconhecimento da receita referente ao faturamento antecipado ocorre no momento da tradição da mercadoria.

Compensação:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13061.000.088/95-40
Acórdão : 202-12.549

- a) Não podem ser calculados juros sobre valores a compensar, de forma não autorizada pelo Poder Judiciário.
- b) A análise de pedidos de compensação é de competência do Delegado da Receita Federal com jurisdição sobre o autuado, em procedimento próprio.
- c) Não podem ser incluídos entre os créditos a compensar os valores que não correspondam a pagamentos indevidos ou a maior que o devido.
- d) Os índices contidos na tabela de coeficientes, anexa ao AD CST n.º 76/91, incluem a correção monetária até 31/12/91.

Multa de ofício:

Nos casos de lançamento de ofício aplica-se a multa prevista no art. 44, inc. I, da Lei n.º 9.430/96.

PROCEDENTE EM PARTE A EXIGÊNCIA FISCAL”.

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso, onde alega, em apertada síntese:

- ilegalidade da exigência do depósito administrativo;
- nulidade da decisão singular, por incompetência dos AFTN, chefes SEPEC e DIPA, para julgar o processo em primeira instância, com ofensa ao disposto na alínea "a" do artigo 25 do Decreto nº 70.235/72, com a redação determinada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93;
- nulidade da Decisão de fls. 200/207, por omissão do exame de questões próprias e pertinentes, com ofensa ao art. 31 do Decreto 70.235/72; e
- nulidade da decisão embaçada em documento do qual não foi dado vista à contribuinte.

Alega, ainda, quanto aos pontos de discordância de mérito, no Recurso de fls. 210/220, que:

“Caso essa Eg. Instância Superior possa julgar o mérito em favor da recorrente, com base no parágrafo 3º do art. 59 do Decreto 70.235/72, requer a reforma da r. Decisão de fls. 200/207, nos seguintes pontos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13061.000.088/95-40
Acórdão : 202-12.549

• *por exigir autorização do Delegado da Receita Federal para proceder a compensação;*

• *por entender que nos cálculos de fl. 106 não se deixou de incluir nenhuma parcela da inflação do período, e que no fator de 285,00 já está computado o INPC de dezembro/91, e assim desconsiderar no valor total do crédito compensável do contribuinte a inflação do INPC de 24,15% de dezembro/91;*

• *por impedir a compensação dos juros do crédito compensável contados desde a data do pagamento a maior das contribuições do FINSOCIAL;*

• *por exigir multa de 75%, desconsiderando que o lançamento fiscal foi efetuado à vista de declaração do contribuinte e por isso a multa apurada em procedimento de cobrança, como no caso, deve ser aquela de 20% prevista no art. 1º da Lei 8.696/93;*

• *por fazer distinção entre multa punitiva e multa de mora sobre recolhimentos parciais dos valores devidos em infração denunciada espontaneamente acompanhada do recolhimento, como no caso, para excluir a responsabilidade prevista no art. 138 do CTN;”.*

No que pertine aos juros, aduz a contribuinte que:

“Equivocada a r. Decisão quando assevera é procedente a exigência decorrente da glosa dos juros. De início, a recorrente reclama da falta de lealdade do Julgador ao omitir do conhecimento desse Eg. Conselho de Contribuintes que a sentença de fls. 191/197 foi aclarada por meio de embargos de declaração, ocasião em que foi suprida a lacuna quanto aos juros compensatórios, que não se confundem com juros moratórios, de gênese e finalidade diversas.”

Por último, quanto aos pedidos, requer a nulidade da decisão administrativa, ou, se for o caso:

• *“a compensação do crédito de 19.742,80 UFIRs remanescente das contribuições de FINSOCIAL pagas indevidamente pela impugnante, no percentual de 24,15%, correspondente a inflação INPC/IBGE de dezembro de*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13061.000.088/95-40
Acórdão : 202-12.549

1991 calculado sobre a quantidade de 81.750,72 UFIRs por erro no demonstrativo de fls. 106;

- a compensação do crédito dos juros de 1% ao mês, contados desde os recolhimentos indevidos e calculados sobre o total dos créditos reconhecidos (81.750,72 UFIR + 19.742,80 UFIR), em obediência à ordem judicial de fls. 104;
- a compensação do crédito correspondente aos valores indevidamente recolhidos de forma espontânea como multa de mora;
- a multa punitiva de 75%, considerando que a multa a ser aplicada deve ser aquela de 20% prevista no art. 1º da Lei 8.696/93, já que o lançamento fiscal foi efetuado à vista de declaração apresentada pela contribuinte (fl. 19)."

Às fls. 241, liminar determinando o prosseguimento do recurso sem o depósito administrativo. Posteriormente, comprovante do recolhimento do depósito recursal, em face da cassação da liminar.

É o relatório.



Processo : 13061.000.088/95-40

Acórdão : 202-12.549

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração por falta de recolhimento da COFINS no período de maio de 1992 a novembro de 1994, onde se discute as seguintes matérias: 1) nulidade da decisão singular; 3) das ações judiciais e renúncia administrativa; e 4) da aplicação da multa de ofício, no lançamento.

Da nulidade da decisão singular

Equivoca-se a recorrente nas suas alegações preliminares, pertinentes à nulidade, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, porque a teoria das nulidades tem por objetivo defender o interessado contra atos ilegais, destituídos de validade, sem apoio na lei, já que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei, o que não é o caso dos autos. Em segundo lugar, não há como se declarar a nulidade, por não ter se verificado nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.¹

A legislação fiscal, em matéria relativa a nulidade processual, “se fosse este o caso”, adota o velho princípio estabelecido no artigo 244 do Código de Processo Civil, que considera válidos os atos que, embora praticados de forma incorreta, atingem sua finalidade. Somente seriam invalidados os atos que importassem em erros essenciais, os quais não permitem a aplicação do princípio da salvabilidade dos atos jurídicos.

Nos ensinamentos colhidos da Magistrada Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo - Malheiros Editores – 2ª edição) extraio que ao processo administrativo foram dadas, na ordem constitucional vigente, as garantias do procedimento judicial (artigo 5º, LV), sem, entretanto, suprimirem-se seus princípios informadores, que descendem alguns

¹ Art. 59. São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. § 1º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência. § 2º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo. § 3º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acréscido pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).



Processo : 13061.000.088/95-40

Acórdão : 202-12.549

diretamente da Constituição. Doutra parte, o princípio da legalidade da Administração deve ser buscado no contexto sistemático. Competência em significação estrita é a parte da competência em alcance lato que está determinada por certas partes de normas jurídicas que enunciam quem está habilitado para atuar em matérias determinadas de ação do órgão ou ente. Essas disposições estão geralmente agrupadas de forma sistemática nos corpos legais. Dessa forma, segundo consta da Lei nº 2.354/54, artigo 7º, e Decreto-Lei nº 2.225/85, compilados nos artigos 950 e 951 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94, claro está a legitimidade do Auditor Fiscal do Tesouro Nacional para todos os atos praticados, nos estritos termos do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, os quais foram perfeitamente respeitados ao longo do presente feito fiscal. Portanto, em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade argüida pela recorrente.

Das ações judiciais e renúncia administrativa

A contribuinte ingressou em Juízo, antes da lavratura do auto de infração (1993), com Ação Ordinária contra a União Federal, visando ou a compensação com a COFINS ou a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL. Posteriormente, no desenrolar do processo principal, interpôs Ação Cautelar Incidental objetivando a concessão de medida liminar para compensar os valores recolhidos com alíquota superior a 0,5% a título de FINSOCIAL com parcelas vincendas da COFINS. Foi concedida a liminar na Ação Cautelar.

Às fls 191/197, Sentença nº 076/96 -2 (5725) referente à Ação Ordinária e à Ação Cautelar (nºs 93.1400671-9 e 93.1400864-9), permitindo à contribuinte a compensação dos valores do FINSOCIAL com a COFINS. Consta da decisão judicial, às fls. 196, que: *"Para fins de compensação, os valores recolhidos indevidamente deverão ser corrigidos monetariamente desde a data do recolhimento indevido, acrescidos de juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano a partir do trânsito em julgado desta sentença"*.

Cumprir registrar inexistir nos autos conclusividade do mencionado processo judicial, razão pela qual abstenho-me de qualquer comentário a respeito.

Assim, aspectos de compensação do débito da COFINS (objeto da presente cobrança) com eventuais recolhimentos a maior do FINSOCIAL não estão sujeitos à análise deste Colegiado, por entender que importa em **renúncia à esfera administrativa a opção pela via judicial**. Também tem sido a opinião nos diversos julgamentos que a este precederam ².

² Consta de meus votos, em que se discute a questão da renúncia administrativa, que: nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever para cassar ou anular o ato



Processo : 13061.000.088/95-40
Acórdão : 202-12.549

No entanto, entendo que em se tratando de compensação de FINSOCIAL com COFINS, e considerando a necessidade de verificação de valores e questões judiciais envolvidos (débitos - créditos - índices de atualização monetária - juros etc) o que for decidido naquele processo judicial, em nada prejudica com o aqui decidido, em posterior confronto de contas junto à autoridade singular, quando do transito em julgado daquela decisão judicial.

Portanto, em face do exposto acima, não tomo conhecimento da matéria objeto de contestação na esfera judicial.

Do cabimento da multa de ofício;

A recorrente discorda da exigência da multa, uma, por entender estar amparada pelo art. 138 do CTN (denúncia espontânea), outra, sob a alegação de que, tratando-se de inadimplência, sujeita-se somente à multa de 20%, prevista no art. 59 da Lei n.º 8.383/91.

Esclareça-se que não há de se confundir multa de ofício com multa de mora; esta é devida quando os contribuintes recolhem o imposto devido fora do prazo, mas espontaneamente; aquela é devida no caso de lançamento de ofício. O percentual da multa de mora, atualmente em vigor, é de 0,33% por dia de atraso, limitado a 20%, enquanto que na multa de ofício, quando da apuração da infração fiscal, era de 100% do imposto lançado pela fiscalização conforme artigo 4º da Lei n.º 8.218/91, atualmente, tendo em vista a superveniência da Lei n.º 9.430, de 27.12.96, artigo 44, inciso I, reduzido ficou para 75%, tal como procedido pela decisão singular.

Neste caso, a multa de ofício é devida porque o contribuinte não cumpriu com a obrigação tributária, nos termos em que foi exigida por lei. Consta da descrição dos fatos (fls 19) que o contribuinte obteve, em 23 de novembro /93, medida liminar favorável, em Ação Cautelar, à compensação. Neste sentido, entendo que a exigência da obrigação tributária não se encontrava suspensa³, tendo em vista a determinação expressa das hipóteses do art. 151 e incisos do Código Tributário Nacional, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴.

administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda possui, ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando, basicamente, evitar o posterior ingresso em juízo.

³ RESP 162199/SP – A medida liminar, em cautelar, não se presta à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, já que é indispensável o depósito judicial integral e em dinheiro da quantia correspondente ao débito.

⁴ Veja-se RESP 162199/SP (1998/0005294-1) e RESP118022/RS (1997/0007215-0).



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13061.000.088/95-40

Acórdão : 202-12.549

Crédito tributário constituído com a notificação de lançamento, cuja exigibilidade não se achava **suspensa**, *ex-vi* do disposto no inciso IV do art. 151 do Código Tributário Nacional, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, há como ser imposta multa de ofício. Não se aplica o artigo 59 da Lei nº 8.383, de 30/12/91, tendo em vista não se tratar de recolhimento espontâneo, fora do prazo, de débitos confessados ou não, e nos casos de cobrança administrativa, cujo débito não tenha sido lançado de ofício.

Por outro lado, a recorrente traz, em seu recurso (fls. 228/234), fotocópia de acórdão (RE nº 117.029/SC) julgado pelo STJ, onde reconhecida ficou, às partes lá envolvidas, a inexigibilidade da multa de mora (artigo 138 do CTN), em deferimento de pedido de parcelamento de dívida. Não é o caso dos autos.

O artigo 138 do CTN possui a seguinte redação:

“A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

O dispositivo legal acima transcrito estabelece dois requisitos para a configuração da denúncia espontânea e, conseqüentemente, suspensão da exigibilidade da multa moratória ou punitiva, quais sejam: a) o recolhimento ou depósito da importância mais juros de mora; e b) a inexistência de anterior processo de fiscalização relacionado com a infração. Não foi o que aconteceu.

Portanto, por todo o acima exposto, não conheço da matéria submetida à esfera judicial (compensação, atualização monetária e juros) e, no que pertine à multa, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2000


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ