



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

Processo nº 13805.004578/95-29
Recurso nº 236.920 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.572 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de agosto de 2010
Matéria COFINS
Recorrente RESTAURANTE ALAMEDA LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

Assunto: Contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS

Período de apuração: 30/09/1993 a 28/02/1994

COMPENSAÇÃO. ART. 66. DA LEI Nº 8.383/91. LUCRO PRESUMIDO. ESCRITURAÇÃO DO LIVRO CAIXA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO PARA LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

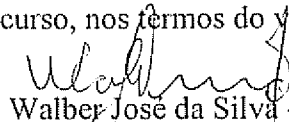
Em sendo o contribuinte empresa de pequeno porte optante pelo lucro presumido, a legislação lhe permitia a elaboração da escrita comercial em livro caixa. Impossível o lançamento de ofício exigindo suposto tributo não pago fundado em presunção de inexistência de compensação na escrita comercial na forma do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

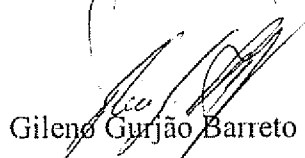
Ementa: TRIBUTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. OBRIGATORIEDADE DO LANÇAMENTO: Estando o tributo com a sua exigibilidade suspensa, nada impede que o Fisco realize o lançamento do crédito tributário a fim de prevenir a decadência.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Walber José da Silva - Presidente


Gileno Gurjão Barreto - Relator

EDITADO EM: 02/09/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Alan Fialho Gandra, Andréa Medrado Darze, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto (Relator).

Relatório

Trata-se de Impugnação contra o Auto de Infração nº FM 9501508-8 lavrado pela antiga DRF/SÃO PAULO/CENTRO-SUL em 17/07/1995 em virtude da constatação de falta de recolhimento da COFINS relativa ao período de 09/1993 a 02/1994, como registra o auto de infração anexo às fls. 54 a 55, complementado pelos demonstrativos das fls. 49 a 53 e fundamentado nos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991. O crédito tributário lançado de ofício, composto de principal, multa proporcional e juros de mora e calculado até 13/07/1995.

Cientificada em 17/07/1995, fl. 54, a contribuinte em desacordo com a autuação, protocolizou em 16/08/1995 a impugnação de fls. 58 a 61, acompanhada dos documentos juntados nas fls. 62/70. Na qual alega, em resumida síntese, que obtinha liminar autorizando a compensação do Finsocial com outro tributo da mesma espécie nos termos da lei 8.383/1991, e passou a compensar seus créditos de Finsocial com os débitos de COFINS relativos aos meses de 09/1993 a 02/1994.

Coloca ainda, a recorrente, que o Fisco não pode lançar de ofício os débitos compensados enquanto sua exigibilidade estiver suspensa por decisão judicial, com base no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72, que veda a instauração de procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido por decisão judicial, no tocante à matéria sobre a qual versar a ordem de suspensão, e que, portanto o auto de infração lavrado é abusivo, e deve ser anulado.

O processo foi encaminhado a DRJ/SÃO PAULO/SP, que em 19 de setembro de 2005, por meio do acórdão nº 7.920, fls. 139 a 143, julgou parcialmente procedente o lançamento, por unanimidade de votos.

Em apertada síntese, a decisão defendeu preliminarmente que a recorrente alega possuir liminar judicial autorizando-a a efetuar as compensações que menciona em sua defesa, porém não informou o número da ação judicial nem se dignou juntar qualquer documento que comprovasse a existência da suposta ordem judicial, não sendo possível averiguar a veracidade da alegação.

Afirma que mesmo existindo provimento judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, este não impede a constituição de ofício do lançamento, pois o lançamento tributário é obrigatório e vinculante, não cabendo à autoridade fiscal decidir se é oportuno lavrar o auto de infração, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional e que, por fim, o lançamento não constitui forma de exigência coercitiva do crédito tributário.

Coloca que o lançamento obedece à disposição legal do artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, e não se encaixa nas hipóteses de nulidade previstas nos artigos 59, 60 e 61 do Decreto nº 70.235/72 e que, portanto não há que se falar em nulidade do ato.

No mérito afirma que a autocompensação prevista no art. 66 da lei nº 8.383/1991 tem por natureza realizar-se por iniciativa do próprio contribuinte, sem interferência da Administração, que se reserva o direito de verificar posteriormente sua regularidade com base na escrituração da empresa, com base no artigo 10 da IN SRF nº 67/1992.

Ressalta que os documentos apresentados pela recorrente à fiscalização não se prestam a comprovar que os débitos constituídos de ofício haviam sido extintos por compensação sendo conveniente observar que a contribuinte possui uma ação de repetição de indébito de Finsocial com sentenças favoráveis, como atestam os documentos anexos às fls. 114/133, a qual por sua natureza é incompatível com o procedimento de autocompensação, uma vez que eventuais créditos devem ser compensados ou restituídos, porém nunca aproveitados duas vezes. Assim, concluíram que a autoridade fiscal procedeu corretamente ao lançar de ofício os débitos em apreço. Documentos anexos de fls. 183 a 348, com base na Lei nº 70235/72.

Ressalva, contudo, no tocante à multa de ofício, lançada com alíquota de 100%, nos termos do art. 4º, inciso I, da lei 8.218/1991, vigente à época da infração, percentual superior àquele estabelecido posteriormente pelo art. 44 da lei 9.430/96, que determina a utilização da alíquota de 75%. Em face do princípio da retroatividade da norma mais benéfica cominará penalidade menos severa, consagrado no art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional, e tendo em vista que o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 01, de 07/01/1997, determina a aplicação retroativa, aos fatos e atos não definitivamente julgados, da regra inscrita na lei 9.430/96, determina a redução da alíquota para 75%.

Por meio da Intimação de fls. 146, datado de 23/12/05, a requerente tomou ciência da decisão supracitada, o que motivou a interposição de recurso voluntário na data de 23/01/06, de fls. 171 a 182.

Em breve síntese a requerente defende seu recurso, que a empresa adota a opção de tributação por lucro presumido para os anos calendário de 1993 e 1994, razão pela qual adotou a escrituração contábil de livro-caixa para estes anos, nos termos do artigo 18 da Lei nº 8541/92. Coloca ainda que à época dos fatos as Instruções Normativas nº 68/93 e nº 73/94, eximiam a recorrente da apresentação da DCTF, pois não ultrapassava o limite mínimo de crédito tributário que tornava obrigatória sua apresentação. Portanto, não pode exigir o Fisco documentação além daquela prevista na lei.

Afirma ainda que os documentos apresentados são suficientes para a apuração do crédito, e que se assim não fosse caberia à DRJ diligenciar para obter as informações necessárias.

Esclarece que os processos mencionados pela recorrida tratam de exigibilidade de COFINS, matéria diversa da pleiteada nesses autos. Requer a anulação do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gileno Gurjão Barreto, Relator

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele o conheço.

Não há dúvida, pelo que se depreende dos autos, que, por força do artigo 151 do CTN, em seus incisos II e III, os créditos tributários postos ao conhecimento do judiciário estavam com sua exigibilidade suspensa. Da mesma forma, dúvida também não há de que o Fisco não estava impossibilitado, por ordem judicial, de efetuar o lançamento.

Porém, tal ato do Fisco foi com a finalidade de defender o direito da Fazenda Nacional de poder vir a cobrar o crédito tributário, a fim de evitar a decadência desse direito. O que está proibido é a exigibilidade do crédito tributário, obstando a sua coercibilidade e não a sua constituição.

Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio, há a pretensão, mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal.

O argumento de que o lançamento seria nulo por não haver infração, já que se trata de matéria discutida judicialmente, acarreta a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que não faz sentido.

Para melhor elucidar esse entendimento, o Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 204-02.172, relativo ao Recurso Voluntário nº 136.998, defende:

“COFINS. AÇÃO JUDICIAL. OBRIGATORIEDADE DO LANÇAMENTO. Estando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa por ordem judicial, nada impede que o Fisco lance o mesmo, podendo, todavia, seu conteúdo, no que tange ao não apreciado pelo Judiciário, ser plenamente discutido em sede administrativa. É legítimo o lançamento, porém suspensos estão seus efeitos de cobrança até decisão judicial que remova os efeitos impeditivos da exigibilidade.”

JUROS DE MORA - SELIC. Não pago o tributo na data de seu vencimento, seja qual for a causa, devem ser cobrados os juros de mora, sendo legítima a cobrança desses com base na taxa SELIC.

Recurso negado.

Resultado: Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.

JORGE FREIRE - Relator

HENRIQUE PINHEIRO TORRES - Presidente da Câmara

(DOU 16.05.2007)” (grifo meu)

Há ainda entendimento do STJ, em Aresto relatado pelo Ministro Ari Pargendler, em Mandado de Segurança de nº 6096 – Resolução Normativa - 95.41601-8,

nesse sentido:

“...o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico (‘solve et repete’, depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174).”

Portando, não há dúvidas sobre a legalidade do lançamento realizado pela autoridade fiscal. O que está proibido é a exigibilidade desse crédito tributário, e não a sua constituição.

Ocorre, no entanto, que a contribuinte estava submetida ao lucro presumido à época, e que às empresas submetidas a esse regime é assegurada a escrita fiscal pelo Livro Caixa. À época, em 1995, portanto, não a contribuinte não estava obrigada à escrita que tornaria clara a compensação pelo art. 66 da Lei nº 8.383/91, qual seja, a compensação na conta gráfica. Simplesmente a contribuinte deixou de pagar o tributo.

Tampouco assiste ao fisco razão ao requerer da contribuinte que porventura declarasse essa compensação em DCTF, posto que essa obrigação acessória apenas reflete o saldo do imposto a pagar, ou seja, aquilo que a contribuinte declara dever ao fisco naquela determinada data.

Isso posto, considero que o auto de infração ora sob exame carece dos pressupostos factuais para a sua lavratura, mormente quanto à necessária demonstração de infração cometida pela contribuinte.

Assim sendo, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário da contribuinte.


Gileno Gufjão Barreto