



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

ME - SECUNDO	CONTRIBUINTES	
29	09	09
Lauda		
CC02/CO2		Fls. 310

Processo n° 13805.007518/96-94
Recurso n° 145.653 Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão n° 202-19.272
Sessão de 03 de setembro de 2008
Recorrente RODESAN ELÉTRICA LTDA.
Recorrida DRJ em Salvador - BA

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

Período de apuração: 31/12/1993 a 30/09/1994

**NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.
CONCOMITÂNCIA.**

Existindo concomitância entre as Instâncias Administrativa e Judicial, quando se discute nas duas esferas o mesmo objeto, em respeito à submissão de certa matéria ao crivo do Poder Judiciário, impede o enfrentamento na via administrativa de matéria submetida diretamente à via judicial.

MULTA DE OFÍCIO.

Aos lançamentos realizados de ofício cabe a aplicação de multa de ofício, por força de determinação legal.

JUROS DE MORA.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic (Súmula nº 3 do 2º CC).

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do segundo conselho de contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso na parte em que existe concomitância com o processo judicial; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento a multa de ofício. Fez sustentação oral o Dr. Albert Limoeiro, OAB/DF nº 21.718, advogado da recorrente.

1

rubrica

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COMO ORIGINAL	
Brasil, 29/09/09	CC02/C02
<i>Rauda</i>	Fls. 311


ANTONIO CARLOS AFULIM

Presidente


NADJA RODRIGUES ROMERO

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Antônio Lisboa Cardoso, Antonio Zomer, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez López.

Relatório

Contra a contribuinte retromencionada foi lavrado Auto de Infração, fls. 02/08, com exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, período de apuração compreendido entre 31/12/1993 e 30/09/1994, incluindo o principal, multa de ofício e juros de mora até a data do lançamento.

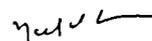
A Fiscalização informa no Termo de Verificação e Constatação Fiscal, fls. 26/27, que *“houve compensação indevida conforme apurado nos Demonstrativos de fls. 28/29, mencionados no Processo Administrativo nº 13805.007520/96-36, e no período de setembro/1994 o recolhimento efetuado pela contribuinte foi insuficiente para extinguir o crédito tributário apurado. Acrescenta ainda, que na apuração referente ao período de dezembro/1993 foi considerada a diferença do valor compensado de 4.196,26 Ufir, conforme Demonstrativo de Compensação de Cofins/Finsocial, fl. 29.”*

As bases de cálculo desta contribuição foram extraídas de levantamento efetuado com base nos Demonstrativos da Base de Cálculo e Apuração de Tributos/Contribuições apresentados pela contribuinte às fls. 11/12, segundo informação de fl. 03 e Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 26/27.

A alíquota aplicada foi de 2,00% sobre as bases de cálculo apuradas, e as datas de vencimento das obrigações aqui levantadas obedeceram à legislação vigente à época do fato gerador de cada período.

Inconformada com o feito fiscal, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 32/44, na qual traz suas alegações de defesa, assim resumidas:

- as compensações foram realizadas a partir do “direito creditório respaldado em Medida Liminar concedido no âmbito do Processo Judicial nº 93.18568-3, e em sentença de mérito prolatada nos autos da Ação Ordinária nº 93.24663-1, pelo Juiz da 9ª Vara Federal de São Paulo;



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONTEÚDO ORIGINAL		CC02/C02
29	09	09
Kaudt		Fis. 312

- a diferença apurada pela Fiscalização dos valores dos créditos existentes em favor da empresa deu-se em virtude dos índices utilizados a fim de atualizar os valores que foram compensados, bem como a inclusão de diversos expurgos inflacionários ocorridos;

- o procedimento adotado pela impugnante encontra-se em estrita conformidade com o requerido na peça exordial da ação proposta, bem como está respaldado na decisão de mérito já prolatada em primeira instância, onde autoriza que "os valores a serem compensados deverão ser corrigidos monetariamente desde a data do recolhimento até a data em que se efetivar a compensação, por força da aplicação analógica da Súmula 46 do extinto TRF, conforme variação da Ufir a partir de 1992, e antes disso, pelos mesmos parâmetros que serviram à atualização dos créditos tributários (variação da BTN); aplicando-se, com relação ao período de fevereiro de 1991 até dezembro de 1991, os critérios estipulados pelo art. 2º, § 1, letra "a", da Lei nº 8.383/91 para o cálculo da Ufir de janeiro de 1992, isto é, de fevereiro a novembro de 1991 a variação do INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Ampliado), apurados pelo IBGE, já que a TR não é fator de correção monetária.";

- procedendo os cálculos de forma diversa daquela determinada pelo Poder Judiciário, a Fiscalização agiu em descumprimento ao estabelecido na sentença de mérito proferida pelo juiz a quo sendo o Auto de Infração ato constitutivo, não podendo prevalecer face à decisão judicial exarada;

- para corrigir seu crédito de modo que o valor encontrado correspondesse exatamente ao que a empresa desembolsou no momento de cada recolhimento indevido, foram utilizados os índices que melhor refletiam a inflação verificada;

(...)

- utilizou na correção de seu crédito o BTNF para os recolhimentos efetuados até 31/01/1991, o INPC (ou chamado FAP) para os recolhimentos efetuados entre 01/02/1991 e 31/12/1991, e a Ufir para os recolhimentos efetuados a partir de 01/01/1992;

- a restrição do art. 66 da Lei nº 8383/1991 pela IN nº 67/1992, viola dispositivos constitucionais;

- caso seja aplicado o disposto nos arts. 6º e 7º da IN SRF nº 67/1992, verificar-se-á um enriquecimento ilícito do Fisco Federal, violando o art. 5º da CF, uma vez que os débitos da Fazenda Nacional deverão ser corrigidos pela legislação aplicável à época, enquanto que o crédito existente em favor da contribuinte deverá ter seu valor originário convertido em número de Ufir (tomando-se como parâmetro a UFIR de Cr\$ 597,06), ignorando-se, portanto, toda a inflação do período anterior a 31/12/1991, restando suprimida toda a atualização monetária devida no período compreendido entre a data do recolhimento indevido e 31/12/1991;

- os índices inflacionários expurgados nos diversos planos econômicos sofridos no País devem ser incluídos no cálculo da atualização

Handwritten signature and mark

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COMO ORIGINAL	
Brasília, 29.09.09	CC02/C02 Fls. 313
Laudt	

monetária dos créditos a compensar, seguindo inúmeras decisões jurisprudenciais a respeito desta matéria;

- transcreve diversos Acórdãos que respaldam a sua pretensão."

Requer ao final que o lançamento seja julgado improcedente.

A DRJ em Salvador - BA apreciou os argumentos postos pela contribuinte na impugnação e o que mais consta dos autos, decidindo pela procedência em parte do lançamento nos termos do voto condutor do Acórdão nº 2.606, de 13 de novembro de 2002, assim ementado:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/12/1993 a 30/09/1994

Ementa: CONCOMITÂNCIA NA ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. FINSOCIAL. CRÉDITOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

Existindo ação judicial versando sobre compensação de crédito de Finsocial, os índices de atualização monetária serão aqueles determinados pelo Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela administração, em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente, cujo percentual, entretanto, deve ser reduzido de 100% para 75%, por força da alteração na legislação de regência.

JUROS DE MORA.

Tributos e contribuições não pagos ou pagos fora do prazo de vencimento sujeitam-se à incidência de juros de mora.

Lançamento Procedente em Parte".

Irresignada com a decisão proferida pela primeira instância de julgamento administrativo, a contribuinte interpôs recurso voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes, no qual repete os argumentos da peça impugnatória.

É o Relatório.

Murru

J

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTEES CONFERE COMO ORIGINAL
29 / 09 / 09
<i>Kudob</i>

Voto

Conselheira NADJA RODRIGUES ROMERO, Relatora

O recurso é tempestivo e reúne as demais condições de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Segundo o relatado, trata-se de lançamento de ofício de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, decorrente da revisão promovida pelo Fisco nas compensações efetivadas pela recorrente relativas aos valores recolhidos a maior, a título de Finsocial, em virtude da declaração de inconstitucionalidade das normas que majoraram a sua alíquota acima de 0,50%, sob o amparo da Medida Liminar concedida nos autos da Medida Cautelar nº 93.18568-3 e sentença de primeira instância prolatada na Ação Ordinária nº 93.24663-1.

O ponto central da controvérsia é a atualização monetária dos créditos, onde a contribuinte diz que procedeu de acordo com a decisão de primeira instância nos autos da Ação Ordinária, enquanto a fiscalização informa no Termo de Constatação que a contribuinte utilizou índices de atualizações diversos daqueles determinados na sentença judicial proferida na Ação Ordinária nº 93.24663-1.

À fl. 52, consta a sentença, nos termos que se transcreve:

“Os valores a serem compensados deverão ser corrigidos monetariamente desde a data do recolhimento até a data em que se efetivar a compensação, por força da aplicação análoga da Súmula 46 do extinto TRF, conforme a variação da UFIR a partir de 1992 e, antes disso, pelos mesmos parâmetros que serviram à atualização dos créditos tributários (variação do BTN); aplicando-se, com relação ao período de fevereiro de 1991 até dezembro de 1991, os critérios estipulados pelo art. 2º, § 1, letra “a”, da Lei nº 8.383/91 para o cálculo da UFIR de janeiro de 1992, isto é, de fevereiro a novembro de 1991 a variação do INPC (Índice Nacional de Preço do Consumidor) e em dezembro de 1991 o IPCA (Índice de Preço ao Consumidor Ampliado), apurados pelo IBGE, já que a TR não é fator de correção monetária.”

Como esclarece a decisão recorrida, continua a discussão no âmbito do Poder Judiciário quanto à correção monetária dos créditos existentes em favor da contribuinte, tendo, inclusive, este assunto, sido objeto de pronunciamento do juiz singular na sentença exarada nos autos do Processo nº 93.0031329-0.

Por esta razão, foi considerada pela instância *a quo* a existência de identidade entre o que pede a interessada no Poder Judiciário e aquilo que pleiteia administrativamente.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla o instituto da dualidade de jurisdição, não podendo haver, sob nenhuma hipótese, a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial. Somente ao Poder Judiciário é dada a capacidade de examinar, de forma definitiva, com efeito de coisa julgada, as questões a ele submetidas. Consagra-se, assim, o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário e o direito de invocar a atividade Jurisdicional como direito público subjetivo.

h m 

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL		CC02/C02
Brasília	29 / 09 / 09	Fls. 315
Laudt		

Deve ser ressaltado que a via judicial não é imposta pela Administração Pública. É uma opção adotada pelo contribuinte no exercício da sua livre escolha, com amparo no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, de 1988. Neste contexto, o processo administrativo é apenas uma alternativa, ou seja, uma outra opção, conveniente tanto para a Administração como para o contribuinte por ser gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, mais célere do que o processo judicial.

No entanto, a propositura de ação judicial pelo contribuinte torna ineficaz o processo administrativo nos pontos em que haja idêntico questionamento. Conseqüentemente, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação, pela autoridade administrativa, de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva.

Desta forma, ao ingressar com a Ação Judicial, a ora recorrente produziu como efeito processual obrigatório a renúncia à esfera administrativa ou desistência de recurso eventualmente interposto, a teor do Decreto-Lei nº 1.737, de 20/12/1979, art. 1º, § 2º, c/c a Lei nº 6.830, de 22/11/1980, art. 38, parágrafo único.

Esta conclusão pode ser extraída do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, como demonstra o trecho a seguir transcrito:

“32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

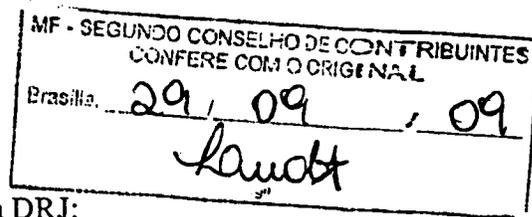
34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.”

Ante o exposto, demonstrada a ocorrência de identidade entre os pedidos administrativo e judicial, tanto no que concerne à matéria tratada como ao objetivo a ser alcançado, e estando o processo judicial ainda em tramitação, não pode a autoridade administrativa apreciar o pleito da contribuinte porque a decisão advinda do Poder Judiciário irá sobrepor-se, de maneira soberana, a qualquer entendimento que ela possa ter.

Handwritten signature and mark.



Assim se pronunciou a DRJ:

“Em relação ao lançamento em si, é preciso observar que apesar de a questão estar sendo discutida judicialmente, em função da fluência do prazo decadencial, deve haver a lavratura do auto de infração. A obrigatoriedade de efetuar o lançamento para evitar os efeitos da decadência existe independentemente de estar ou não suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

Sobre o assunto, destaca o Parecer PGFN/CRJ/Nº 743, de 1988, em seu item 14:

‘14. Não constituído o crédito tributário, haverá a autoridade fiscal que preservar a obrigação tributária do efeito decadencial. Incumbelhe, como dever de diligência no trato da coisa pública, constituir o crédito tributário pelo lançamento.’ (grifei)

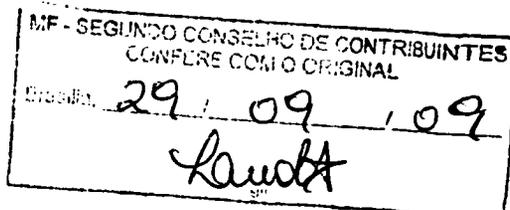
Ressalte-se que não cabe à Autoridade Fiscal decidir se deve ou não acatar as normas e atos legais vigentes e nem tampouco questionar sobre sua justiça ou conveniência do lançamento, tendo em vista que a legislação que rege o lançamento tributário tem caráter vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional (art.142 do Código Tributário Nacional). Nesse sentido, é relevante mencionar ainda o Parecer PGFN/CRJ/Nº 1.064, de 1993:

‘EFEITOS DAS MEDIDAS JUDICIAIS - LANÇAMENTO DIANTE DE CAUSA SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PARECER PGFN/CRJ/Nº 1.064/1993

Nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do artigo 142 e respectivo parágrafo único, do CTN. Uma vez efetuado o lançamento, deve ser regularmente notificado o sujeito passivo (artigo 145 do CTN c/c artigo 7º do decreto nº 70.235/1972), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa, em face da medida liminar concedida, em função do disposto no artigo 151, IV, do CTN. Preexistindo processo fiscal à liminar concedida, deve aquele seguir seu curso normal, com a prática dos atos administrativos que lhe são próprios, exceto quanto aos atos executórios, que aguardarão a sentença judicial, ou, se for o caso, a perda da eficácia da medida liminar concedida.’

Conforme é possível observar pelo supra exposto, o fato de a matéria encontrar-se subjudice não impede a constituição do crédito tributário pelo lançamento. Ao contrário, a inexigibilidade do crédito tributário até que haja sentença judicial transitada em julgado, não impede de ser o crédito tributário correspondente devidamente constituído, sob pena de responsabilidade funcional, salvo se houver ordem expressa impedindo a lavratura do auto de infração, hipótese que não ocorreu no presente caso.

De fato observa-se de tais alegações que a interessada confunde a atividade de constituição do crédito tributário com a suspensão de sua exigibilidade. Para que o Fisco não pudesse lavrar o auto de infração



em tela seria necessária uma determinação expressa da autoridade judicial impedindo a constituição do crédito tributário pelo lançamento. Entretanto, tal não se vislumbra pela leitura dos documentos acostados ao processo. A interessada não anexou nenhum outro documento que verse sobre tal matéria. Na medida em que a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, a teor do art. 142 do CTN, tal determinação se mostraria improvável.

Assim, não há dúvida que o lançamento é legítimo, tendo sido efetuado em estrito cumprimento às normas legais e jurisprudenciais em vigor, e não há que ser cancelado o Auto de Infração ante a pretensa inexigibilidade do crédito tributário por essa forma constituído.

E, assim, ficando caracterizado que a matéria está sendo discutida na esfera judicial, resta para apreciação desta instância administrativa, somente a matéria diferenciada, a multa de ofício e dos juros de mora.

Quanto à exigência da multa de ofício lançada, deve-se ter em mente que a obrigação de pagar tributo decorre de uma norma jurídica. A não realização do comportamento devido ou seja, o não cumprimento de tal dever, implica em prejuízo a toda a sociedade. A infração à ordem jurídica não se confunde com as das demais normas de conduta, cujo cumprimento não é obrigatório. A inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente.

A penalidade instituída pelo art. 4º, inciso I da Medida Provisória nº 298, de 1991, convertida na Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, nada mais é do que uma sanção pecuniária pela falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição ou tributo, bem como pelo pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, ou ainda a falta de declaração ou declaração inexata.

A seu turno, o Código Tributário Nacional autoriza o lançamento de ofício no inciso V do art. 149:

'Art. 149. O lançamento é efetivado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

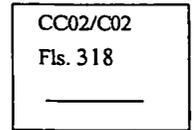
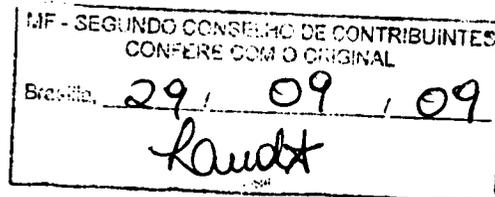
(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte.'

O art. 150 do CTN trata do lançamento por homologação. A não antecipação do pagamento, prevista no caput deste artigo, caracteriza a omissão prevista no inciso citado, o que autoriza o lançamento de ofício, com aplicação da multa de ofício. Assim, fica demonstrado que a impugnante infringiu os dispositivos legais e conseqüentemente há que serem exigidos os débitos da Cofins não recolhidos, acompanhados da multa de ofício e dos juros de mora."

7/11/09

cl

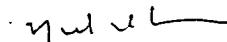


Quanto à aplicação da taxa Selic aos juros de mora, este Segundo Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 03, em Sessão Plenária realizada em 18 de setembro de 2007, que tem o seguinte teor:

“É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic.”

Assim, oriento meu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela recorrente, para excluir a multa de ofício.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008.


NADJA RODRIGUES ROMERO