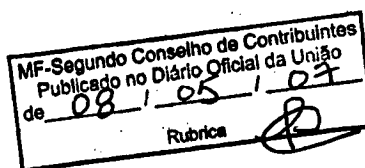




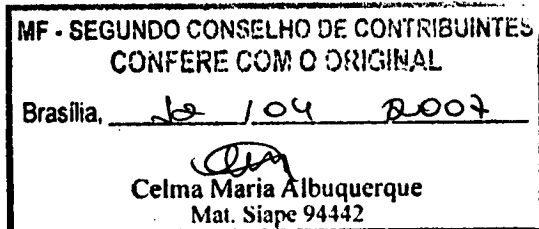
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824



Recorrente : PÃO DE AÇÚCAR S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida : DRJ em Campinas - SP



NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A compensação do PIS, amparada por decisão judicial, implica renúncia do reconhecimento de seu direito na esfera administrativa.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Não ocorrendo as hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, descabe falar-se em nulidade do auto de infração.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

É defeso aos Conselhos de Contribuintes afastar lei vigente ao argumento de que ofende à Constituição.

AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

A busca da tutela do Poder Judiciário não obsta a formalização do lançamento. A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial e sem a imputação de multa de ofício.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário apurado em auto de infração, lavrado com exigibilidade suspensa por força de decisão judicial, deve ser acrescido de juros de mora, com base na taxa selic, quando inexistente o depósito judicial tempestivo do montante integral.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PÃO DE AÇÚCAR S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso quanto à matéria submetida ao Judiciário; e b) em dar provimento ao recurso tão-somente para excluir a multa de mora no cálculo do arrolamento; e II) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso quanto aos juros de mora. Vencido o Conselheiro Raimar da Silva



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12 / 04 / 2007
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siape 94442	

2ª CC-MF
Fl.

Aguilar (Relator). Designada a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral o Dr. Rodrigo de Freitas, advogado da recorrente.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.

Antônio Carlos Atuhim
Presidente

Maria Cristina Roza da Costa
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Antonio Zomer, Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente), Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12 / 04 / 2007
Celma Maria Albuquerque Mat. Siape 94442	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

Recorrente : PÃO DE AÇÚCAR S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do Acórdão da DRJ em Campinas – SP (fls. 57/68), que a seguir transcrevo:

“Trata-se de Auto de Infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, fls. 25/31, que constituiu o crédito tributário total de R\$ 221.172,71, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 28/04/2000.

02 - No Termo de Verificação de fls. 04/05, a autoridade lançadora contextualiza da seguinte forma a autuação:

“c) a partir de fev/99, com o advento da Lei 9718/98, a base de cálculo para a COFINS passou a incluir todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante a atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada pra atais receitas (§ 1º do art. 3º daquela Lei). A alíquota também foi alterada, passando de 2 para 3%. Assim, a partir daquela data a fiscalizada tornou-se sujeito passivo da obrigação aqui enfocada, ou seja da COFINS, uma vez que existem receitas caracterizando base de cálculo, de acordo com o quadro demonstrativo em anexo. Todavia, por força de decisão judicial (antecipação de tutela em Ação Declaratória – Processo nº 1999.61.00.004233-7 da 5ª Vara Cível Federal) que lhe concedeu o direito de proceder na forma como previsto na legislação anterior (abstendo-o ‘de efetuar o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS nos termos da Lei 9718, de 27.11.98’), continuou não recolhendo a contribuição sob exame (COFINS).

Assim, far-se-á neste momento o lançamento do correspondente crédito tributário não recolhido, através de Auto de Infração, que estará com sua exigibilidade suspensa em face de decisão judicial acima enfocada, a qual está vinculada, por dependência, à Ação Cautelar nº 1999.61.00.003623-4.”

03 - Cientificado do lançamento em 31/05/2000, o sujeito passivo apresentou impugnação em 28/06/2000, fls. 34/44, alegando, em síntese, que:

- a) ingressou com Ação Declaratória questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, frente ao art. 154, I, da Constituição Federal, tendo obtido antecipação de tutela que a isenta de recolher a COFINS à alíquota de 3% sobre a totalidade das receitas;*
- b) por estar amparado em medida judicial, o procedimento adotado não representa qualquer irregularidade, pelo que a constituição do crédito tributário não poderia ter sido feita por meio de Auto de Infração, mas sim por Notificação de Lançamento;*
- c) não há coincidência entre os objetos discutidos judicial e administrativamente, pelo que a impugnação deve ser apreciada. Por outro lado, nos casos em que a propositura da ação judicial tenha acontecido antes da lavratura do Auto de Infração, não se pode aplicar o disposto no art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, que define renúncia e desistência da discussão na esfera administrativa. Além de contrariar os princípios do contraditório e da ampla defesa, aquele dispositivo foi afastado pelo artigo 51 da Lei nº 9.784, de 1999, que dispõe que qualquer renúncia administrativa não pode mais ser presumida, porém deve ser expressamente manifestada;*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 12 / 06 / 2007

Celma Maria Albuquerque
Mat. Siapc 94442

2ª CC-MF
Fl. _____

- d) as alterações promovidas pela Lei nº 9.718, de 1998, não poderiam ter sido efetuadas por lei ordinária, por força do art. 154, I, da Constituição Federal, sendo, portanto, nula. Tal discussão estaria sendo travada na esfera judicial;
- e) a Lei nº 9.430, de 1996, excluiu a aplicação da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada à prevenção da decadência nos casos de suspensão de exigibilidade;
- f) por estar discutindo a exação na justiça, o não-recolhimento não foi motivado por culpa do contribuinte, mas por ordem judicial. Sendo assim, não seria aplicável a multa de mora;
- g) é inconstitucional a aplicação de juros moratórios com base na Taxa Selic".

Em 29 de março de 2004 a DRJ em Campinas – SP manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/CPS nº 6.286, fl. 57/68, indeferindo a solicitação da recorrente, ementando sua decisão nos seguintes termos:

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 29/02/2000

Ementa: Processo Administrativo Fiscal. Concomitância com Ação Judicial.

O recurso ao Poder Judiciário para discussão de matéria coincidente com aquela objeto do lançamento de ofício, antes ou após a lavratura do Auto de Infração, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela ação mandamental.

Lançamento. Auto de Infração. Crédito com Exigibilidade Suspensa. Nulidade.

A utilização do Auto de Infração como instrumento de lançamento de ofício de tributo cuja exigibilidade esteja suspensa, não acarreta a sua nulidade.

Ação Judicial. Multa de Ofício. Incabível.

Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, pela concessão de medida cautelar, incabível o lançamento da multa de ofício.

Lançamento de Ofício. Exigibilidade Suspensa. Juros de Mora. Incidência.

Ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devem incidir os juros de mora, ex vi do disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional, salvo nos casos de depósito integral.

Juros de Mora. Taxa SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

Lançamento Procedente em Parte".

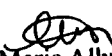
Em 07 de julho de 2004, a recorrente tomou ciência da Decisão, fl. 72 (verso).

Inconformada com a decisão da DRJ em Campinas – SP, a recorrente apresentou, em 05 de agosto de 2004, fls. 75/100, recurso voluntário a este Egrégio Conselho de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12 / 04 / 2007
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siapc 94442	

2º CC-MF
Fl.

Contribuintes no qual repisa os argumentos expendidos na impugnação e pugna pela reforma da decisão recorrida e o conseqüente deferimento do recurso interposto.

É o relatório.

C

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>12</u> / <u>04</u> / <u>2007</u>
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siapc 94442

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RAIMAR DA SILVA AGUIAR

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A nulidade do Auto de infração só é possível se atendidas as hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72. A simples alegação de que a lavratura não se justifica por não ter ocorrido infrações e pelo fato de que o Fisco poderia ter feito por notificação de lançamento não acarreta a nulidade do Auto de Infração.

Ajuizou a recorrente ação declaratória questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, tendo obtido tutela antecipada isentando-a de recolher a Cofins nos termos da Lei questionada.

A autoridade singular, julgando o feito, afastou a aplicação da multa de ofício e manteve a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic, abstendo-se de se pronunciar a respeito dos demais aspectos do crédito constituído, em virtude de opção, pelo sujeito passivo, da discussão da matéria pelo Poder Judiciário.

A recorrente vem sendo exitosa na ação judicial impetrada.

Portanto, correto o posicionamento adotado pela autoridade julgadora monocrática, ao não conhecer da matéria, por opção pela via judicial, vez que o que for decidido no Judiciário prevalecerá frente a qualquer pronunciamento na esfera administrativa.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 24.040-6 RJ, datado de 27/09/95, publicado no DJU em 16/10/95, em que foi Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que trata de ação declaratória que antecedeu a autuação fiscal, assim se pronunciou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.

O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80."

Sobre o assunto, leciona ALBERTO XAVIER¹, em sua mencionada obra:

"O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina 'ex lege' a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura da impugnação adminis-trativa na pendência de

¹ Xavier, Alberto - Do Lançamento - Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo tributário - Forense, edição 1999.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12 / 04 / 2007
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siapre 94442	

2º CC-MF
Fl.

processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular”.

No tocante aos argumentos de mérito aduzidos, mais especificamente às alegações trazidas aos autos em torno da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, urge observar que, além de ser matéria que a recorrente está discutindo judicialmente, o que, portanto, afasta a discussão pelas instâncias julgadoras administrativas, conforme já se observou, é defeso a este Colegiado, nos termos do art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, afastar leis vigentes ao argumento de que ofende a Constituição, salvo nos casos que expressamente excepciona. Cabe ressaltar que a Lei nº 9.718/98 foi alvo de ADIn que declarou a sua inconstitucionalidade.

Portanto, não há como conhecer do recurso interposto nestes autos, relativamente à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, mesmo que esta já tenha sido declarada inconstitucional pelo STJ pendente de Resolução do Senado Federal, vez que a mesma matéria está sendo discutida no Judiciário pela contribuinte por meio do controle difuso, perdendo o presente processo administrativo seu objeto, vez que o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, prevalecerá o que for decidido na Justiça.

Quanto às Matérias Objeto do Auto de Infração

A autoridade singular, quando do julgamento, afastou a imposição da multa de ofício, em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do inciso IV do art. 151 do CTN, tendo mantido o crédito tributário pelo valor da contribuição e juros de mora atualizados até a data de seu pagamento.

A contribuinte, a fl. 95, informou que *“em diligencia à Delegacia da Receita Federal, a recorrente obteve Darf para pagamento e cálculo do débito para fins recursais, atualizados até o mês de julho/2004, nos quais constam multa correspondente a 20% do débito lançado (...)”*

Como a questão dos juros de mora não se encontra submetida ao crivo do Poder Judiciário, dela tomo conhecimento e passo à sua apreciação.

Juros de Mora

Sua imposição decorre de determinação expressa do art. 161 da Lei nº 5.172/66 - CTN e visa unicamente ressarcir o Tesouro Nacional do rendimento do capital que permaneceu à disposição do contribuinte no período de tempo até seu efetivo recolhimento.

Dispõe mencionado artigo, *verbis*:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.”

Portanto, o entendimento de que a suspensão da exigibilidade do crédito implica na suspensão dos juros de mora não pode prosperar.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	32 / 04 2007
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siapc 94442	

2ª CC-MF
Fl.

Consoante legislação em vigor, os juros de mora são devidos mesmo durante o período de suspensão da respectiva cobrança por decisão administrativa ou judicial. É o que dispõe o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736/79, *verbis*:

"Art. 5º A correção monetária e os juros de mora serão devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial."

Assim, a fluência dos juros moratórios independe da formalização mediante lançamento e serão devidos sempre que o principal for recolhido a destempo, salvo a hipótese de depósito do montante integral.

Como no caso em apreço, questiona a recorrente em juízo a constitucionalidade da aplicação da Lei nº 9.718/98, e, tendo obtido provimento jurisdicional para abster-se de recolher o tributo nos moldes na legislação, os juros de mora somente deverão incidir sobre o montante que não for absorvida pela determinação judicial.

Taxa Selic

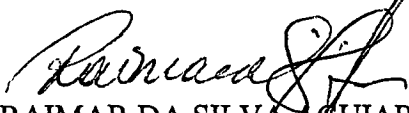
Não nos compete afastar o disposto pelas Leis nºs 9.065/95 e 9.430/96, no tocante aos juros de mora cobrados em razão da taxa Selic, até porque o art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao ressaltar: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês". (grifei)

Por oportuno, mister se faz esclarecer que a regra do § 3º do art. 192 da Constituição Federal foi revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso, na parte submetida ao crivo do Poder Judiciário, afastando as preliminares argüidas, e, na parte não judiciosa, dar provimento parcial ao recurso para declarar que os juros de mora incidem, apenas, sobre o montante que não for objeto da determinação judicial.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.


RAIMAR DA SILVA AGUIAR



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13808.001235/00-30
Recurso nº : 130.028
Acórdão nº : 202-16.824

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 12 / 04 / 2007 Celma Maria Albuquerque Mat. SIAPE 94442

2ª CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-DESIGNADA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

Reporto-me ao Relatório e voto de lavra do ilustre Conselheiro Raimar da Silva Aguiar.

Trata-se de auto de infração lavrado com suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de existência de ação judicial com mesmo objeto.

Dentre as matérias combatidas, ousaram os membros da Câmara divergir do ilustre relator no ponto específico relativo à incidência dos juros de mora sob o crédito tributário em foco, não logrando prosperar a pretensão recursal, neste item.

Assim, quanto à aplicação de juros de mora sobre o crédito tributário lançado, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em razão de medida liminar em mandado de segurança, tem-se que somente o depósito do montante integral, nos termos do inciso II do art. 151 do CTN, tem o condão de afastar a sua aplicação.

Dispõe o art. 161 do CTN, que devem ser aplicados os juros de mora também neste caso, ao aduzir que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, *seja qual for o motivo determinante da falta*.

Admitido por força do inciso II do art. 151 citado que somente o depósito em montante integral do crédito tributário susta a fluência dos juros de mora, correto o lançamento como efetuado, não comportando retificação a decisão da autoridade *a quo*, uma vez que não compete ao julgador administrativo afastar a aplicação de norma regularmente editada e ainda não afastada do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário com efeitos *erga omnes*.

Quanto à inclusão de multa de mora no cálculo do arrolamento, como questionado pela recorrente, cumpre esclarecer o descabimento da referida inclusão no cálculo do arrolamento de bens como procedido pela autoridade administrativa preparadora. O cálculo da garantia de instância deve ser efetuado exatamente sobre o valor mantido pela decisão recorrida, não podendo nele ser inserida parcela diversa.

Com estas considerações, voto por dar provimento parcial ao recurso para excluir a multa de mora no cálculo do arrolamento e por negar provimento na parte relativa à exclusão dos juros de mora, apurados com base na taxa Selic do crédito tributário apurado de ofício, cuja exigibilidade encontra-se suspensa por força de decisão judicial.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.

MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA