



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 13855.001467/2002-38

Recurso nº 124.346 Voluntário

Matéria Falta de recolhimento COFINS. Suspensão da Exigibilidade. Multa de Ofício. Juros de Mora.

Acórdão nº 203-13.254

Sessão de 04 de setembro de 2008

Recorrente AÇÚCAR E ÁLCOOL OSWALDO RIBEIRO DE MENDONÇA

Recorrida DRJ - RIBEIRÃO PRETO - SP

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/2002

**COFINS. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO JUDICIAL
E ADMINISTRATIVO.**

Não conhecimento do Recurso Voluntário em razão da Súmula nº 1 do Segundo Conselho de Contribuintes, segundo a qual importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Recurso Voluntário não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em parte, em virtude da existência de ação judicial versando sobre a matéria.

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Presidente

FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Em 22.10.2002, após o devido procedimento de fiscalização, foi lavrado Auto de Infração contra a contribuinte Açúcar e Álcool Oswaldo Ribeiro Mendonça Ltda. (CNPJ 51.990.778/0001-26) exigindo o recolhimento de crédito tributário de COFINS no valor de R\$ 2.357.777,89 (atualizado até 30.09.2002), composto da seguinte forma:

Contribuição: R\$ 1.109.824,26

Multa proporcional: R\$ 832.368,02

Juros de mora: R\$ 415.585,61

O lançamento refere-se ao período de fevereiro/99 a mai/02, no qual foram apuradas diferenças entre os valores da COFINS devidos e os pagos, depositados ou compensados.

E 14.11.2002, a contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, alegando, em síntese que:

a) a lavratura de auto de infração com imposição de multa e juros de mora viola frontalmente os arts. 142 e 151, IV, do CTN, abaixo transcritos:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança".

Isso porque a contribuinte obteve judicialmente o direito de recolher a COFINS sem o alargamento de sua base de cálculo e da majoração da alíquota para 3%, previstos na Lei 9.718/98.

Alega ainda que não se poderia lavrar auto de infração, uma vez que a contribuinte não incorreu em infração alguma, por estar amparada por medida judicial; ainda que se admita a possibilidade de lavratura de Auto de Infração nesta hipótese, para prevenir a decadência, não se poderia imputar à contribuinte juros de mora e multa de 75%, por estar ela sob a proteção de medida judicial. Invocou a contribuinte jurisprudência judicial e administrativa nesse sentido.

Citou também o art. 63 da Lei 9.430/96, abaixo transscrito:

"Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício".

b) a fiscalização incluiu na base de cálculo da COFINS receitas decorrentes da variação cambial positiva, sem considerar, contudo a variação cambial negativa verificada em outubro a novembro de 1999, que deve ser considerada como despesa financeira, de acordo com o art. 9º da Lei 9.718/98, abaixo transcrito:

"Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso".

Em 05.06.2003, a 4º Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto-SP acordou, por unanimidade de votos, considerar procedente em parte o lançamento, cancelando a multa de ofício e mantendo a contribuição apurada no auto de infração, com suspensão da exigibilidade, acrescida de juros de mora regulamentares. De acordo com o voto:

a) a formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício possui caráter vinculado e obrigatório, não podendo a fiscalização eximir-se de efetuá-la, ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

b) a autuação em tela possui o objetivo de prevenir a decadência, em nada prejudicando o contribuinte, pois, em caso de sucesso da interessada, o lançamento será prontamente cancelado. Foram apresentados entendimentos da PGFN e jurisprudência administrativa e judicial no sentido de que, havendo medida judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, a lavratura de auto de infração é possível, desde que não haja descumprimento da decisão judicial (ou seja, a lavratura deverá ser efetuada com expressa menção à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários).

c) De acordo com o art. 63 da lei 9.430/96, não pode ser lançada multa de ofício no lançamento destinado a prevenir decadência se houver liminar ou decisão judicial de qualquer espécie suspendendo o débito antes do lançamento de ofício. De acordo com o voto, *"apenas o contribuinte com multa de ofício em lançamento efetuado após a concessão de liminar significa inibir o direito constitucional de o contribuinte peticionar na justiça e uma desobediência clara a uma ordem judicial"*. Foi apresentado entendimento nesse sentido constante no Parecer COSIT nº 2/99, bem como julgados administrativos nesse sentido.

d) no que tange aos juros de mora, somente o prévio depósito do valor integral do crédito tributário impede sua fluência desde a data do depósito até sua conversão em renda. Foi apresentado julgado do Conselho de Contribuintes nesse sentido, bem como trecho do Parecer COSIT nº 3/2001.

e) quanto as alegações referentes à não consideração das despesas cambiais passivas como despesa na apuração da base de cálculo da contribuição, em tese, assiste razão à

contribuinte. Entretanto, uma vez que nenhuma prova do alegado foi trazida aos autos, não foi possível acolher a pretensão da contribuinte.

Em 08.08.2003, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, no qual questionou a decisão da DRJ no que diz respeito à questão da não consideração das despesas cambiais passivas como despesa na apuração da base de cálculo da contribuição. De acordo com o recurso:

a) a autoridade julgadora deveria ter intimado a contribuinte a trazer novas provas aos autos, caso entendesse que havia insuficiência de provas. Disserta longamente sobre o assunto, trazendo aos autos cópias das notas fiscais de vendas ao exterior que implicaram em variação cambial positiva, bem como aquelas relativas à variação cambial negativa, pedindo a reiteração do reconhecimento do direito à dedução, notando que este já fora reconhecido pela decisão recorrida.

b) o art. 9º da Lei 9.718/98 dispõe claramente que as variações monetárias ocorridas em função do câmbio constituem receitas ou despesas financeiras, conforme sua natureza ativa ou passiva para o contribuinte. A contribuinte discorre então sobre a legitimidade da realização de deduções na receita em função das referidas variações cambiais.

Em sessão de julgamento de 07.07.2004, a Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, decidiu por converter o julgamento em diligência à repartição de origem, para que a autoridade fiscal, nos termos da decisão:

"- informe se o lançamento foi efetuado em razão de a contribuinte ter efetuado o recolhimento da COFINS nos termos da Lei Complementar 70/91, com base na receita da venda de bens e serviços à alíquota de 2%; ou da completa falta de recolhimento da contribuição em virtude de se considerar imune em decorrência do art. 155, 3º, da Constituição Federal;

- verifique e faça relatório circunstanciado acerca da variação cambial passiva na composição da base de cálculo da contribuição nos meses de outubro e novembro de 1999, diante dos documentos apresentados;

- informe sobre a existência de Recurso de Ofício".

Após a solicitação de diversos documentos ao contribuinte, a Delegacia da Receita Federal em Franca-SP informou que:

a) o contribuinte pagou parte dos débitos, tendo depositado em juízo a parte discutida no mandado de segurança nº 97.0316253-3, que trata da imunidade prevista no § 3º do art. 155 da Constituição Federal. Assim, os débitos do lançamento de ofício referem-se à diferença entre os débitos recalculados e o somatório dos depósitos judiciais efetuados.

b) quanto à alegada variação cambial passiva, concluiu a Delegacia da receita Federal que esta ocorreu conforme quadro abaixo:

Período de apuração	Origem da Variação cambial passiva	Valor pleiteado (R\$)	Valor apurado (R\$)
nov/99	Operação financeira	248.404,04	220.208,62
dez/99	Operação financeira	463,39	463,39
dez/99	Operação de venda	917.091,10	32.848,42

Concluiu a autoridade fiscal que o acórdão DRJ/CTA nº 8.190, de 30.03.2005, do qual transcrevemos o trecho abaixo, se aplicava ao presente caso:

"A impugnante, por sua vez, na elaboração de sua tese interpretando erroneamente o art. 9º dada Lei 9.718, de 1998, suscita vinculação da variação monetária ativa aos direitos de crédito e das variações monetárias passivas às obrigações, quando, em verdade, sabe-se que tanto os direitos de crédito como as obrigações podem, igualmente, dependendo para isso da variação do quanto legal ou contratual favorável ou desfavorável, gerar tanto variações monetárias passivas como ativas. Nesse sentido, o art. 9º arguido em nada inovou, apenas reafirmando a existência, naquilo que diz respeito à base de cálculo da contribuição, da receita financeira decorrente de variação monetária, não permitindo, por outro lado, que variações positivas sejam compensadas com negativas, eis que o texto legal não contém tal comando".

Ressaltou ainda a autoridade fiscal que os valores pleiteados não participaram na composição da base de cálculo dos débitos lançados de ofício.

c) de acordo com a DRJ/RPO, não há Recurso de Ofício.

Em manifestação protocolizada em 30.05.2005, a contribuinte informa que:

a) não realiza qualquer operação de conversão de reais em dólares norte-americanos. Este procedimento é realizado inteiramente pela empresa compradora dos seus produtos, sendo que a contribuinte registra apenas os recebimentos em reais, em um sistema de contas correntes, contabilizando os lançamentos mês a mês. Apresenta planilhas corroborando com as informações prestadas.

b) os valores foram apurados e registrados na contabilidade da contribuinte conforme suas informações, assim, no entendimento da contribuinte, seria defeso ao fisco alegar que os valores trazidos aos autos pela contribuinte estão incorretos, com base em um demonstrativo que não espelha os procedimentos da contribuinte em relação a seus registros e, mais ainda, são completamente estranhos ao seu dia a dia.

Em 18.09.2006, a contribuinte se manifestou novamente, requerendo a anulação do auto de infração objeto deste processo administrativo, uma vez que ele refere-se a crédito tributário vinculado, em sua totalidade, ao MS nº 1999.61.13.002030-5 e o referido processo recebeu decisão final, transitada em julgado em 15.05.2006, concedendo a segurança pleiteada em definitivo, no que se refere ao alargamento da base de cálculo da COFINS prevista na Lei 9.718/98, declarada constitucional nesta parte. A exigência fiscal restou prejudicada, pois a base de cálculo adotada pela fiscalização é composta de receitas financeiras e relativas às variações cambiais, não coadunando, portanto, com a base estabelecida pelo STF, qual seja o faturamento, considerado como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Em sessão de julgamento de 06.12.2006, a Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, decidiu por converter o julgamento em diligência, a fim de esclarecer alguns pontos referentes aos débitos, ações judiciais e contabilidade da contribuinte.

Em 26.07.2007, a contribuinte, através de petição, mais uma vez requereu o cancelamento do crédito tributário com o consequente arquivamento dos autos.

Em 21.08.2007, a Delegacia da receita Federal do Brasil em Franca-SP informou que não há débitos a serem cobrados pelo presente processo administrativo, assim, as informações solicitadas pelo Conselho de Contribuintes em 06.12.2006 tornaram-se sem sentido. Isso porque a contribuinte obteve, no Mandado de Segurança nº 1999.61.13.002030-5, decisão considerando inconstitucional a extensão da base de cálculo promovida pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 e o aumento de alíquota promovido pelo art. 8º da mesma Lei.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE, Relator

Não conheço do recurso por versar sobre matéria já discutida na esfera judicial.

Conforme relatório acima, trata-se de auto de infração lavrado com exigibilidade suspensa, visando a cobrança de crédito relativo à COFINS do período de fevereiro/99 a maio/2002. O referido auto de infração foi lavrado por entender a fiscalização que deveriam ter sido inseridos pela recorrente, na base de cálculo da exação, as variações cambiais ativas, os descontos obtidos e os rendimentos provenientes de aplicações financeiras.

Ocorre que veio a ser proferida, nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.13.002030-5, decisão final, transitada em julgado em 08.05.2006, que considerou inconstitucional a extensão da base de cálculo da COFINS criada pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, bem como o aumento de alíquota promovido pelo art. 8º da Lei 9.718/98.

Em petição às fls.1001 e 1002, requereu a contribuinte a anulação do auto de infração objeto deste caso, pois a exigência fiscal restaria prejudicada, vez que a base de cálculo adotada pela fiscalização é composta de receitas financeiras relativas a variações cambiais e, de acordo com a decisão supramencionada, tais receitas devem ser excluídas da base de incidência da COFINS por serem estranhas ao faturamento da recorrente.

Ocorre que tal apelo não pode ser atendido em sede de Recurso Voluntário. Isso porque há entendimento de que se aplica ao caso a súmula nº 1 deste Segundo Conselho de Contribuintes, segundo a qual:

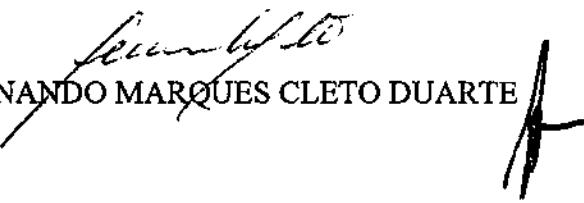
"Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo".

Assim, não há como conhecer do recurso em face da concomitância de objeto entre o processo administrativo e o processo judicial.

Entretanto, é de se ressaltar que, uma vez que já foi reconhecido que não há débitos a serem cobrados pelo presente processo administrativo, cabe à autoridade responsável pelo cumprimento do julgado administrativo tomar as providências cabíveis para o fiel cumprimento da decisão judicial.

Em face do exposto, não conheço do Recurso Voluntário, em virtude da existência de processo judicial versando sobre a matéria, no qual foi reconhecido o direito da contribuinte, assim, cabe à autoridade responsável pelo cumprimento do julgado administrativo tomar as providências cabíveis para o fiel atendimento ao determinado na decisão judicial.

Sala das Sessões, em 04 de setembro de 2008


FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE