



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 05 / 07
Márcia Cristina Pereira Garcia

CC02/C01
Fls. 195

Processo n°	13884.002818/2004-42
Recurso n°	130.374 Voluntário
Matéria	Cofins
Acórdão n°	201-79.716
Sessão de	20 de outubro de 2006
Recorrente	EMBRAER - EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S/A
Recorrida	DRJ em Campinas - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 19 / 06 / 07
Rubrica

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 30/11/2002

Ementa: ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PROCESSOS JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE CONCOMITÂNCIA. MATÉRIA NÃO OBJETO DO RECURSO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não se tratando de matéria objeto do recurso, a declaração de concomitância entre processos judicial e administrativo pelo Acórdão de primeira instância não é apta a caracterizar-lhe a nulidade.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 30/11/2002

Ementa: DCTF. RETIFICAÇÃO. APRESENTAÇÃO APÓS INÍCIO DE AÇÃO FISCAL. INEFICÁCIA.

A apresentação de DCTF retificadora após o início da ação fiscal é ineficaz para impedir a autuação do sujeito passivo pela falta de declaração anterior do tributo apurado e para afastar a aplicação de multa de ofício, em face da inexistência de denúncia espontânea.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Ja

J

Brasília, 23 / 05 / 09

Márcia Cristina Moreira Garcia

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça (Relator), Gileno Gurjão Barreto, Roberto Velloso (Suplente) e Cláudia de Souza Arzua (Suplente). Designado o Conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto vencedor.

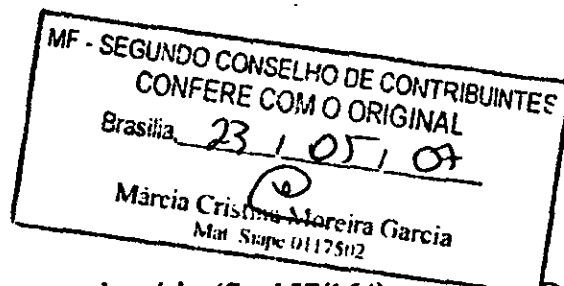
Josefa Maria de Moraes
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

José Antonio Francisco
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva e Maurício Taveira e Silva.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 157/164) contra a r. Decisão de fls. 146/153, exarada pela 4ª Turma da DRJ em Campinas - SP, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente lançamento original de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (MPF nº 0812000/00156/03), notificado em 20/09/2004 (fls. 101/105), no valor total de R\$ 772.614,17 (Cofins: R\$ 595.142,64; juros de mora: R\$ 177.471,53, s/multa proporcional), que acusou a ora recorrente de ter apurado, em procedimento de verificações obrigatórias, *"diferença de Cofins, no mês de novembro/2002, não declarada na DCTF do referido período, no montante de R\$ 595.142,64"* (cf. TVCF de fls. 99/100), decorrente da consideração *"de valores de variações monetárias ativas e passivas na base de cálculo da Cofins"*. Depois de acusar a existência do Mandado de Segurança nº 1999.61.03.001319-4 (fls. 39/62 - impetrado com o objetivo de calcular e recolher a Cofins com alíquota de 2% sobre o faturamento mensal nos moldes da Lei Complementar nº 70/91, sem as modificações instituídas pela Lei nº 9.718/98) e do Mandado de Segurança nº 2004.61.03.003655-6 (fls. 74/90 - com a finalidade de assegurar direito líquido e certo de não se sujeitar ao recolhimento da Cofins sobre as variações cambiais decorrentes de receitas de exportação), ambos impetrados perante a 3ª Vara Federal de São José dos Campos - SP, a d. Fiscalização esclarece que o lançamento do valor apurado tem o *"objetivo de evitar a decadência do crédito tributário em questão, sem imposição de multa de ofício, conforme o artigo 63 da Lei nº 9.430/96, estando o crédito assim constituído com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, inciso IV do CTN"*, em razão do que acusa infringência aos arts. 77, inciso III, do Decreto-Lei nº 5.844/43; 149 do CTN; 1º da LC nº 70/91; e 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MP nº 1.807/99 e suas reedições e com as alterações da MP nº 1.858/99 e suas reedições.

Por sua vez, reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 146/153, exarada pela 4ª Turma da DRJ em Campinas - SP, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente lançamento original da Cofins retromencionado aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

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

Data do fato gerador: 30/11/2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL RENÚNCIA.

A propositura de ação judicial, antes ou após o objeto fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DCTF.

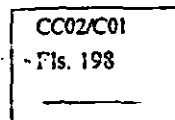
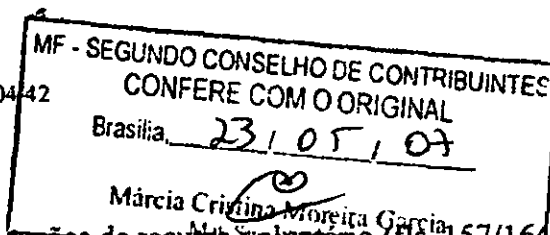
A apresentação de DCTF retificadora após o início da fiscalização não inibe a atividade de lançamento por parte da autoridade fiscal, inclusive com a exigência de multa de ofício, a qual não foi cobrada em razão de medida liminar obtida em ação judicial. Cuidar-se-á apenas de observar precauções, com a finalidade de evitar duplicidade de cobranças.

Lançamento Procedente".

lou

Pad4

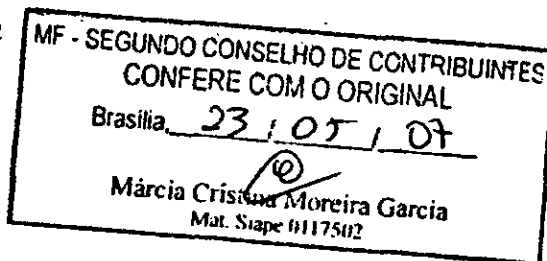
Processo n.º 13884.002818/2004-42
Acórdão n.º 201-79.716



Em suas razões de recurso voluntário (fls. 157/164) oportunamente apresentadas e instruídas com a Relação de Bens e Direitos para Arrolamento (fls. 165/166) a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) preliminarmente, a nulidade do auto de infração nos termos dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, eis que quatro dias antes da intimação do auto de infração (20/09/2004), em 16/09/2004, a recorrente teria protocolado DCTFs retificadoras, estando cumpridas as exigências fiscais contidas na Intimação Sacat nº 278/2004, nos termos do art. 7º do Decreto nº 70.235/72, dentro dos prazos e prorrogações previstos nos arts. 12 e 13 da Portaria SRF nº 3.007, de 26/11/2001, e, portanto, antes da data da efetiva conclusão e entrega do auto de infração, que mostrar-se-ia nulo de pleno direito; e b) que, no mérito, a r. decisão carece de reforma integral, haja vista inexistir a mencionada infração quando da efetiva conclusão e lavratura do auto de infração, eis que, nos termos do art. 53 da Lei nº 9.874/99, que regula o processo administrativo federal, a própria Administração pode anular seus próprios atos, quando da constatação de vício de legalidade, sendo certo que decisão desse Egrégio Conselho declarou a “nulidade do processo em virtude da não apreciação da retificação de DCTF”.

É o Relatório. *for*

Redy



Voto Vencido

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O recurso voluntário (fls. 157/164) reúne as condições de admissibilidade e merece ser provido para anular a r. Decisão de fls. 146/153, exarada pela 4ª Turma da DRJ em Campinas - SP.

Inicialmente verifico que inócorre a alegada concomitância invocada pela r. decisão recorrida como pretexto para não examinar a matéria da impugnação, que efetivamente não pretendeu discutir no processo administrativo o mesmo objeto de ação judicial (hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio), mas limita-se a objetar questão prejudicial de *bis in idem*, consubstanciada no fato de que, quatro dias antes da intimação do lançamento de ofício, teria retificado o auto-lançamento através de DCTF retificadora, o que prejudicaria o lançamento de ofício excogitado, que, já por não lhe exigir multa e estar com exigibilidade suspensa, não mais se justificaria.

Tendo por objeto matéria direta e exclusivamente afeta à atividade do lançamento tributário e sua homologação, privativamente atribuídas pela lei à autoridade administrativa (*ex-vi* dos arts. 142, 145, 147, 149 e 150, do CTN), entendo que cabia à d. autoridade administrativa julgadora (e não ao Juiz) apreciá-la, não se justificando a omissão administrativa, eis que, como tenho reiterado em outros casos, a privatividade da competência para efetuar o lançamento atribuída ao Poder Executivo exclui qualquer possibilidade de confusão dessa atividade com a exercida pelo Poder Judiciário, pois, como já assentou a melhor doutrina, "*quem diz privativa, diz exclusiva, quer dizer: excludente de todas as demais pessoas. A exclusividade da competência implica proibição peremptória, erga omnes, para exploração desse campo*", por quaisquer dos demais Poderes (cf. Geraldo ATALIBA, in "Sistema Constitucional Tributário Brasileiro", 1ª ed., RT, 1966, pág. 106). No mesmo sentido o Egrégio STJ já assentou que: "*o procedimento do lançamento por homologação é de natureza administrativa, não podendo o juiz fazer as vezes desta. Nessa hipótese, está-se diante de uma compensação por homologação da autoridade fazendária. Ao invés de antecipar o pagamento do tributo, o contribuinte registra na escrita fiscal o crédito oponível à Fazenda Pública, recolhendo apenas o saldo eventualmente devido. A homologação subsequente, se for o caso, corresponde à constituição do crédito tributário e, nessa modalidade de lançamento fiscal, com sua concomitante extinção pelo efeito de pagamento que isso implica. O juiz não pode, nessa atividade, substituir-se à autoridade administrativa.*" (cf. Acórdão da 1ª Seção do Egrégio STJ nos Embargos de Divergência no REsp nº 100.523-RS, Reg. nº 97.4646-0, em sessão de 11/07/97, rel. Min. Ari Pargendler, publ. in DJU de 30/06/97).

Assim, embora não se possa ignorar que "*a discussão concomitante de matérias nas esferas judicial e administrativa enseja a renúncia nesta, pelo princípio da inafastabilidade e unicidade da jurisdição*" (cf. Acórdão nº 201-77.493, Recurso nº 122.188, da 1ª Câmara do 2º CC, em sessão de 17/02/2004, rel. Antonio Mario de Abreu Pinto; cf. Acórdão nº 201-77.519, Recurso nº 122.642, em sessão de 16/03/2004, rel. Gustavo Vieira de Melo Monteiro), o mesmo não se pode dizer nos casos em que a matéria da impugnação ou recurso administrativo se prende a competências privativamente atribuídas pela lei à autoridade administrativa, como é o caso do lançamento e sua homologação (*ex-vi* dos arts. 142, 145, 147, 149 e 150, do CTN).

ju *vd*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/05/07
Márcia Cristina Moreira Garcia

Omitindo-se sobre ponto fundamental do contraditório instalado, a r. decisão recorrida desatende aos requisitos essenciais que os arts. 31 e 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, enumeram como condição de sua validade, ensejando nulidade por preterição aos direitos da defesa, como tem reiteradamente proclamado a jurisprudência da Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes, como se pode ver das seguintes ementas:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Configurando-se omissão de ponto sobre o qual a Turma devia se pronunciar, é de se acolher os Embargos interpostos, conforme determina o art. 27, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE - NULIDADE -

Tendo a câmara recorrida deixado de decidir sobre matéria trazida no recurso voluntário do contribuinte, configura-se preterição do direito de defesa e, conseqüentemente, a nulidade do acórdão recorrido.

Embargos de declaração acolhido." (Acórdão da 3ª Turma da CSRF no Recurso de Divergência nº 301-122696, Processo nº 13149.000230/96-05, em sessão de 17/05/2005, Acórdão da CSRF/03-04.421, rel. Cons. Paulo Roberto Cucco Antunes, em nome de Viação Xavante Ltda.)

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO. IMPUGNAÇÃO DEDUZIDA POR CONTRIBUINTE.

Toda a matéria suscitada em impugnação deve ser enfrentada pela delegacia da receita federal de julgamento, pois a omissão a respeito de quaisquer das matérias cogitadas em tal expediente enseja a nulidade da decisão exarada ao ensejo do exame da defesa do contribuinte. toda a extensão da defesa do contribuinte merece exame e definição, por força da previsão do artigo 31 do Decreto nº 70.235/72. A nulidade da decisão proferida pela delegacia da receita federal de julgamento implica em retorno do processo administrativo para tal órgão julgador, a fim de que novo provimento seja exarado com vistas a não ensejar supressão de instância. inteligência do artigo 25, I e II, do Decreto nº 70.235/72. Processo anulado, a partir da decisão de primeira instância, inclusive." (cf. Acórdão nº 203-09.919, da 3ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 122.925, Processo nº 10830.005027/97-76, rel. Cons. César Piantavigna, em sessão de 02/12/2004, em nome de Miracema Nuodex S/A Indústrias Químicas). Decisão: "Por unanimidade de votos, anulou-se o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive."

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. NULIDADES. A OMISSÃO NO EXAME DE MATÉRIA POSTA NA PEÇA IMPUGNATÓRIA DETERMINA A NULIDADE DA DECISÃO ASSIM PROFERIDA.

Preliminar acolhida, declarada nula a decisão de primeiro grau." (cf. Acórdão nº 103-20570, da 3ª Câmara do 1º CC, Recurso nº 124.874, Processo nº 10820.000854/00-04, rel. Cons. Márcio Machado Caldeira, em sessão de 19/04/2001, em nome de Color Visão do Brasil Indústria

Ady
du

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 07 / 07
Márcia Cristina Moreira Garcia
Mat. Sign. 4117502

Acrilica Ltda.). Decisão: *"Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso para, acolhendo a preliminar suscitada pela recorrente, declarar a nulidade da decisão a quo e determinar a remessa dos autos à repartição para que nova decisão seja prolatada. A contribuinte foi defendida pelo Dr. Ives Gandra da Silva Martins, inscrição OAB/SP n.º 11.178."*

"PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADOR NA APRECIÇÃO DA MATÉRIA ALEGADA NA IMPUGNAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

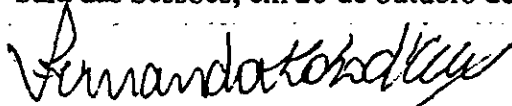
Caracteriza-se cerceamento do direito de defesa a falta de análise e pronunciamento pela autoridade julgadora acerca de documentos e argumentações apresentadas na impugnação pelo sujeito passivo, implicando na declaração de nulidade da decisão, com fundamento no art. 59, II, do Decreto 70235/72.

Declarada nula a decisão singular." (cf. Acórdão n.º 108-05949, da 8ª Câmara do 1º CC, Recurso n.º 120.305, Processo n.º 13971.000266/98-68, rel. Cons. José Henrique Longo, em sessão de 08/12/1999). Decisão: "Por unanimidade de votos, DECLARAR a nulidade da decisão de primeiro grau."

Isto posto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário (fls. 157/164) para, com fundamento nos arts. 31 e 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235/72, anular a r. Decisão de fls. 146/153, exarada pela 4ª Turma da DRJ em Campinas - SP, para que outra seja proferida analisando a questão prejudicial de *bis in idem* do lançamento de ofício com o auto-lançamento retificado, retomando-se o devido processo legal do contencioso administrativo tributário.

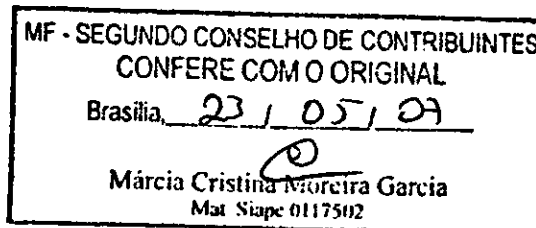
É o meu voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2006.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA





Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Relator-Designado.

O fundamento da defesa da interessada não transitou pela questão de inexistência de concomitância entre as instâncias judicial e administrativa, atendo-se a uma suposta nulidade da autuação, pelo fato de haver apresentado DCTF retificadora.

Dessa forma, o Acórdão de primeira instância referiu-se à declaração de concomitância entre processos judicial e administrativo e à imprestabilidade dos efeitos da DCTF retificadora, apresentada após o início da ação fiscal.

Nesse contexto, é bem verdade que a questão da concomitância parece não ter sido, uma vez que ela somente pode ocorrer quando os argumentos de defesa apresentados no processo administrativo sejam os mesmos apresentados na ação judicial.

Entretanto, a questão é irrelevante no âmbito do presente recurso, uma vez que não é sobre ela que se apresentam as argumentações da recorrente para atacar o auto de infração e o Acórdão de primeira instância.

Dessa forma, não se vislumbra objeto que pudesse implicar a nulidade do Acórdão de primeira instância, já que a matéria objeto de contestação pela interessada foi apreciada no julgamento.

Quanto ao mérito do recurso, descabe razão à recorrente, pois as declarações retificadoras foram apresentadas, conforme demonstrado nos autos, após o início da ação fiscal, o que as torna ineficazes para efeito da produção de denúncia espontânea, à vista do disposto nos arts. 138 do CTN e 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Dessa forma, quanto à matéria de mérito relativa à contribuição, não existe objeto material no recurso, uma vez que a interessada alega que seria devida, nos termos da declaração.

Quanto aos juros de mora, aplica-se ao caso o disposto no art. 161 do CTN, que determina a sua incidência, no caso de pagamento após o vencimento legal, qualquer que seja a causa determinante da falta.

Quanto à multa de ofício, uma vez afastada a denúncia espontânea, é ela aplicável nos termos da capitulação legal constante do auto de infração.



Processo n.º 13884.002818/2004-42
Acórdão n.º 201-79.716

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23, 05, 07
Márcia Cristina Moreira Garcia

CC02/C01
Fls. 203

No mais, ~~adoto os fundamentos do~~ Acórdão de primeira instância, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2006.


JOSÉ ANTONIO FRANCISCO 