



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

698

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 08 / 05 / 19 98
C	<i>stolutino</i> Rubrica

Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592


Sessão : 15 de outubro de 1997
Recurso : 101.525
Recorrente : FORAUTO VEÍCULOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

COFINS - PRELIMINAR - PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL - DESISTÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - Ao teor do que dispõe o art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80, a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa. Para os efeitos dessa norma jurídica, pouco importa se a ação judicial foi proposta antes ou depois da formalização do lançamento, havendo precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito. **Recurso parcialmente não conhecido, na preliminar, pela perda de seu objeto.** **MULTA E JUROS** - Mantém-se a multa e os juros uma vez não constar do processo a suspensão da exibibilidade dos mesmos (artigo 151 do CTN). **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: FORAUTO VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Ausente justificadamente, o Conselheiro Daniel Corrêa Homem de Carvalho.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 1997


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Francisco Sérgio Nalini
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ricardo Leite Rodrigues, F. Maurício R. de Albuquerque Silva, Renato Scalco Isquierdo, Mauro Wasilewski e Sebastião Borges Taquary.

eaal/



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

Recurso : 101.525
Recorrente : FORAUTO VEÍCULOS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 98 a 100:

“Através do auto de infração de fls. 03/04, cuja notificação se deu em 28/09/95 (v. fl. 03), exigiu-se da contribuinte acima identificada o recolhimento da importância equivalente a **83.612,87 UFIR** a título de **COFINS**, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de julho de 1993 a maio de 1994, acrescida de **multa de ofício** e dos **juros de mora** devidos à época do pagamento. Como enquadramento legal da exigência foram citados os artigos 1º ao 5º da Lei Complementar nº 70/91.

Discordando da autuação, a interessada apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 17/32, acompanhada da procuração de fl. 33, da Ação Declaratória de fls. 34/59, da Contestação da Procuradoria da Fazenda Nacional em Santa Catarina (fls. 60/69) e da Impugnação da Contestação apresentada (fls. 70/94), além do relatório de fl. 95. Em resumo, constam de sua defesa os seguintes argumentos:

- A petionária, empresa comercial, esteve sujeita ao recolhimento do Finsocial até março de 1992. Essa contribuição teve sucessivos aumentos de alíquota, passando de 0,5% para 2%, aumentos que foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, os valores do Finsocial indevidamente pagos pela interessada, nas alíquotas superiores a 0,5%, são passíveis de restituição;

- A contribuinte ingressou, em 03/08/91, com Medida Cautelar Inominada, junto à 8ª Vara Federal de Criciúma (processo nº 91.8001299-0) e também, em 04/09/91, com a competente Ação Ordinária (processo nº 91.8001388-0), que foi apensada aos autos anteriormente indicados, objetivando, através de depósitos mensais em juízo, demonstrar a inconstitucionalidade da exigência do Finsocial;

- Através da decisão prolatada nos autos mencionados, pelo TRF 4ª Região, considerando inconstitucional a exigência do Finsocial nas alíquotas



Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

superiores a 0,5 %, ficou patente, à autora, o pagamento indevido ou a maior da aludida contribuição social;

- Demonstrada, pois, a impossibilidade da cobrança do Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%, tem a interessada inquestionável direito à restituição total dos valores indevidamente recolhidos, nos termos do art. 165 do CTN;

- Nos termos da LC nº 70/91, a peticionária está obrigada ao recolhimento da COFINS. Todavia, o CTN admite como uma das formas de extinção do crédito tributário a compensação (art. 156, II e art. 170), instituto reconhecido também pelo art. 1.009 do Código Civil;

- A Lei nº 8.383/91, em seu art. 66, permitiu a compensação entre tributos e contribuições pagos a maior ou indevidamente, com tributos e contribuições vincendos. A IN SRF nº 67/92, em atendimento ao disposto no § 4º do art. 66 da Lei nº 8.383/91, estabeleceu o *modus operandi* da compensação. Todavia, o ato administrativo estabeleceu restrições que não constam da lei, definindo a correção monetária dos créditos somente a partir de Janeiro de 1992, e exigindo o pedido por parte do contribuinte, contrariando, assim, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º da CF);

- A autora efetuou o pagamento da COFINS, através de compensação dos créditos do Finsocial conforme autorizado em lei, inexistindo qualquer crédito em favor do Fisco. Nem se diga que o Finsocial e a COFINS são espécies tributárias diferentes, sob pena de agressão ao disposto no art. 4º do CTN. Entende também, a impugnante, ter direito à correção monetária plena dos valores pagos indevidamente a título de Finsocial;

- Conforme demonstrado, a autora tem o direito de compensar os valores indevidamente pagos ao Fisco, na forma do art. 156, II do CTN, art. 66 da Lei nº 8.383/91, IN SRF nº 67/92, Código Civil Brasileiro e Constituição Federal;

- Ademais, a peticionária ingressou, em 15/10/94, com a competente Ação Ordinária, junto à 2ª Vara Federal de Criciúma (processo nº 94.8003012-8), objetivando ver declarado o seu direito de compensar os créditos do Finsocial pagos indevidamente ou a maior com os débitos relativos à COFINS, sendo totalmente despropositada a lavratura do presente auto de infração, nos termos do art. 38 da Lei nº 6.830/80;



Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

- Nesse sentido, vem a peticionária, com base nas provas documentais inclusas, demonstrar a quitação dos valores da COFINS exigidos no auto de infração (período de 31/07/93 a 30/03/94);

- O Poder Judiciário, amparado no art. 66 da Lei nº 8.383/91, tem reconhecido o direito de compensar créditos do Finsocial com débitos da COFINS, cabendo, à Fazenda Pública, a verificação da regularidade do procedimento, conforme jurisprudência constante de fls. 24/28;

- A compensação praticada pela peticionária decorre de expressa autorização legal, enquanto a notificação fiscal ora contestada decorre de determinação administrativa contida na IN SRF nº 67/92, contrária ao que autoriza a Lei nº 8.383/91, constituindo-se num ato administrativo ilegal, sem qualquer valor jurídico. Aliás, a Administração Pública deve ser pautada, sempre, pelo princípio da legalidade (art. 5º, II e art. 37 da CF/88);

- Daí a razão pela qual a autora pagou a COFINS dos meses de julho de 1993 a março de 1994 com os créditos decorrentes dos pagamentos indevidos ou a maior do Finsocial, nas alíquotas superiores a 0,5%, efetuados no período compreendido entre setembro de 1989 e agosto de 1991, como é do conhecimento da SRF, através de controle existente na conta corrente da interessada;

- A doutrina reconhece ser a compensação um direito do contribuinte, independentemente de pedido à autoridade administrativa (vide citação de fl. 30). Também o art. 167 do CTN estabelece que a restituição total ou parcial do tributo deve ser acompanhada dos juros de mora e penalidades correspondentes. A requerente tem, ainda, o direito à correção monetária plena de seus créditos, pelos mesmos índices utilizados pelo Estado na cobrança de seus débitos (vide citação de fl. 31);

- Impugna-se, outrossim, a exigência de juros moratórios e da multa proporcional, pois a requerente, no exercício do direito previsto na Lei nº 8.383/91, efetuou o pagamento do débito através de compensação;

- Também não cabe a utilização da TR para efeito de correção monetária o período de julho a dezembro de 1994, já que esta taxa não constitui índice de



Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

correção monetária, mas, sim, taxa de juros. Assim, o ato fiscal deve ser considerado nulo, por vício de forma insanável;

- Do mesmo modo, a MP nº 785, de 23/12/94, não tem o condão de retroagir seus efeitos aos meses de julho a dezembro de 1994, sendo descabida a exigência de juros de mora "em percentual equivalente ao excedente da variação acumulada da TR", como pretende o autuante;

- Face ao exposto, a interessada requer seja conhecida a presente impugnação, determinando-se a nulidade ou o cancelamento do ato fiscal, em razão do pagamento dos tributos exigidos através de compensação, conforme previsto no art. 66 da Lei nº 8.383/91 e art. 156, II do CTN. Requer, outrossim, a realização de todo o tipo de prova em direito admitida, no curso do processo administrativo."

A autoridade julgadora, DRJ em Florianópolis - SC, determinou a manutenção da cobrança conforme ementa de decisão abaixo transcrita (fls. 97):

“COFINS

AUTO DE INFRAÇÃO

Fatos Geradores: Julho de 1993 a Maio de 1994.

APELO AO PODER JUDICIÁRIO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

A propositura, pela contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, visando o reconhecimento do direito de compensar eventuais, créditos do Finsocial com débitos em aberto da COFINS, importa a renúncia dos argumentos impugnatórios apresentados na esfera administrativa, tornando-se o lançamento definitivo no que se refere à matéria levada ao Poder Judiciário (ADN COSIT nº 03/96).

Destarte, na presente decisão, a autoridade administrativa limita-se a apreciar as demais questões levantadas pela interessada em sua impugnação, que não foram objeto de ação judicial.

EXIGÊNCIA DE MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA.

A falta de recolhimento de tributos e contribuições federais enseja o lançamento



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

dos valores não recolhidos, acrescidos de multa de ofício e juros de mora (art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91 e arts. 54, § 2º e 59, da Lei nº 8.383/91).

JUROS DE MORA EQUIVALENTES AO EXCEDENTE DA VARIAÇÃO DA TR EM RELAÇÃO À UFIR.

A MP nº 542, de 30.06.94, em seu art. 38, determinou a incidência de juros de mora equivalentes ao excedente da variação acumulada da TR em relação à variação da UFIR no mesmo período, a partir de 1º de julho de 1994.

IMPUGNAÇÃO QUE NÃO SE CONHECE QUANTO À MATÉRIA LEVADA AO PODER JUDICIÁRIO.”

Irresignada, a recorrente interpôs Recurso de fls. 106/120, onde são reiterados os argumentos da impugnação, como se verá na leitura que faço a seguir.

Em atendimento ao disposto no artigo 1º da Portaria MF n.º 260/95, manifestou-se o Procurador da Fazenda Nacional (fls. 122), pelo não acolhimento do recurso.

É o relatório.



Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO SÉRGIO NALINI

O recurso é tempestivo e, tendo atendido os demais pressupostos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A empresa foi autuada por ter deixado de recolher COFINS no período de julho de 1993 a maio de 1994.

Preliminarmente, é imperioso que se aborde, por uma questão de precedência, a matéria relacionada com a possibilidade de exame pela autoridade administrativa de questão submetida à apreciação do Poder Judiciário. De fato, ao optar pela discussão da legitimidade da exigência fiscal no âmbito do Poder Judiciário, não há mais motivos para que a autoridade administrativa manifeste-se sobre o assunto, já que a decisão judicial prevalecerá em qualquer circunstância. Essa “renúncia”, em verdade, decorre de expressa disposição de lei. Diz o art. 38 e seu parágrafo, da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

“Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

A lei é clara e meridiana: a propositura de ação judicial importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa. E não se diga que a ação declaratória de inexistência da relação jurídico-tributária (cuja característica principal é o fato de ser proposta antes da formalização do lançamento), por não estar arrolada no *caput* do artigo antes transcrito, não enseja os efeitos previstos no parágrafo. Essa conclusão equivocada decorre de uma interpretação gramatical da norma, o que a boa técnica não recomenda. O Superior Tribunal de Justiça, examinando o exato alcance desta norma jurídica, assim vem decidindo:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES

Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

PREJUDICADO, SEGUINDO-SE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido. " (Recurso Especial n.º 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91).

O aresto judicial acima transcrito não deixa margem à dúvidas, estabelecendo com toda a clareza as conseqüências no caso de propositura de ação judicial por parte do contribuinte, inclusive nos casos de ação que se antecipa ao lançamento (as chamadas ações declaratórias de inexistência de relação juridico-tributária - que, aliás, não têm natureza declaratória), e a inevitável incidência da norma contida no parágrafo único do art. 38 da lei mencionada.

Assim, relativamente às matérias objeto da ação judicial proposta pela recorrente, não mais é permitida a sua apreciação pela autoridade administrativa, pelo que, na preliminar, **não conheço parcialmente do recurso** por opção da contribuinte pela via judicial.

É como voto a preliminar.

Com relação à multa, considerando que ocorreu a hipótese prevista no inciso I, do artigo 4.º da Lei n.º 8.218/91 (falta de pagamento), está juridicamente perfeita a imposição da penalidade, percentual de 100%, que será reduzido no momento do pagamento para 75%, conforme previsto no inciso I do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96.

Por outro lado prevê o CTN:

“Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

A Taxa Referencial - TR já estava prevista na MP n.º 542, de 30 de junho de 1994.

M



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13963.000202/95-50
Acórdão : 203-03.592

Quanto aos juros de mora transcrevemos o Demonstrativo de fls. 11, que bem explica a legislação de regência:

“JUROS DE MORA

FEVEREIRO DE 1992 a JUNHO de 1994, 1% ao mês:
Artigo 54, parágrafo 2º da Lei 8.383/91.

JULHO DE 1994 a DEZEMBRO DE 1994, percentual equivalente ao excedente da variação acumulada da Taxa Referencial - TR em relação à variação da UFIR ou 1%, no mínimo.
Artigo 38 e parágrafo 1º da Medida Provisória 785 de 23 de Dezembro de 1994.

A PARTIR DE JANEIRO DE 1995, 1% ao mês (p/Fatos Geradores até 31/12/94).

Artigo 84, parágrafo 5º da Lei 8.981/95.

CONVERSÃO PARA UFIR

Artigo 54,, parágrafo 1º da Lei 8383/91.”

Nestes termos, considerando que não ocorreram as hipóteses de suspensão previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, **nego provimento ao recurso**, mantendo a multa e os juros na sua íntegra.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 1997



FRANCISCO SÉRGIO NALINI