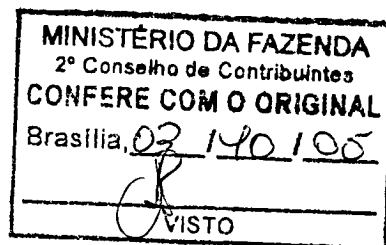




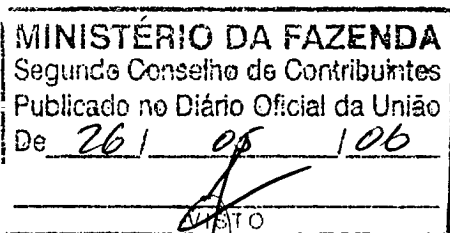
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS - BM&F
Recorrida : DRJ em Campinas - SP



PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. A aplicação ou não de penalidades não é fator determinante para definição do instrumento de formalização da cobrança. A utilização de Auto de Infração ou Notificação de Lançamento é definida em função do agente que pratica o Ato. **Preliminar rejeitada.**

NORMAS PROCESSUAIS. AÇÃO JUDICIAL. A eleição da via judicial, anterior ou posterior ao procedimento fiscal, importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO. O prazo para a Fazenda exercer o direito de fiscalizar e constituir pelo lançamento a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, é o fixado por lei regularmente editada, à qual não compete ao julgador administrativo negar vigência. Portanto, consoante permissivo do § 4º do art. 150 do CTN, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91, tal direito extingue-se com o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

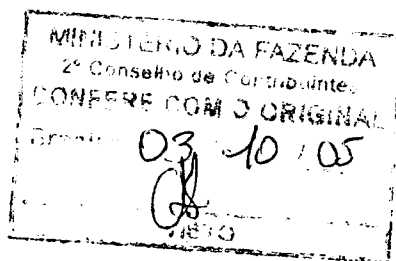
JUROS DE MORA. AUTO DE INFRAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE POR DECISÃO JUDICIAL SEM DEPÓSITO DO TRIBUTO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por medida judicial, desde que não acompanhada do depósito do montante integral daquele, não tem o efeito de purgar a mora, devendo o lançamento feito com o fito de prevenir a decadência fazer constar a exigência de juros de mora.

TAXA SELIC. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial e negado na parte conhecida.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS – BM&F.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e não conhecer do recurso em parte, face à por opção pela via judicial; na parte conhecida, em negar provimento ao recurso: I) pelo voto de qualidade, quanto à decadência.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, que davam provimento para acolher a decadência em relação aos fatos geradores com vencimento anterior a 04/12/1996; e **II) por unanimidade de votos, quanto às demais matérias.**

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2004.

Antonio Bezerra Neto
Antonio Bezerra Neto
Presidente

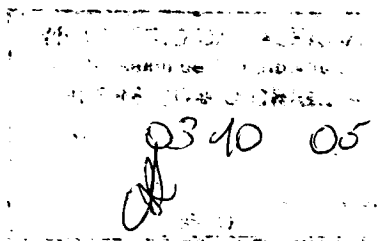
Leonardo de Andrade Couto
Leonardo de Andrade Couto
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis e Sílvia de Brito Oliveira.

Eaal/inp



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246

Recorrente : **BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS – BM&F**

RELATÓRIO

A empresa, entendendo gozar de isenção em relação à Cofins, ingressou com procedimento de consulta junto à Receita Federal, nos autos do Processo nº 10880.001590/97-99. A Unidade responsável manifestou-se no sentido de que só haveria isenção para as contribuições fixas (ou mínimas), incidindo o tributo sobre as demais receitas (fls. 65/70).

Em 15 de julho de 1999, a interessada ajuizou Ação Declaratória de Inexistência de Débito Fiscal obtendo antecipação de tutela resguardando o direito ao não recolhimento da exação (fls. 71/90).

A autoridade fiscalizadora considerou que a interessada, ainda que associação sem fins lucrativos era contribuinte da Cofins até janeiro de 1999 quando a legislação determinou a isenção da contribuição para aquelas entidades em relação às atividades próprias. Assim, lavrou auto de infração para cobrança da contribuição relativamente aos fatos geradores compreendidos entre 31/01/1996 e 31/01/1999, inclusive (fls. 04/18). Tendo em vista a existência de ação judicial, o crédito tributário teve exigibilidade suspensa.

Inconformada, a autuada ingressou com impugnação dirigida à Delegacia da Receita Federal de julgamento (fls. 102/158) arguindo em preliminar a nulidade do auto de infração tendo em vista que o instrumento adequado para formalizar cobrança sem penalidade é a notificação de lançamento.

Em questão prejudicial, pela aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, reclama a ocorrência da decadência do direito de lançar em relação aos fatos geradores referentes aos meses de janeiro a novembro de 1996.

No mérito, defende ser inaplicável ao caso o art. 38 da Lei nº 6.830/80, pois a interposição da ação judicial ocorreu antes da lavratura do auto de infração e aquele diploma legal refere-se apenas aos casos em que a ação é posterior à autuação. Além disso, esse dispositivo teria sido revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.784/99.

Argumenta que sendo associação sem fins lucrativos não exerce prestação de serviços, mas apenas atividades indispensáveis à consecução de seu objetivo social.

Contesta a incidência dos juros de mora que seriam inaplicáveis nos casos de lançamento com suspensão de exigibilidade. Por fim, defende a inaplicabilidade da taxa SELIC por ter natureza remuneratória.

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão (fls. 168/179) negando provimento ao pleito nos termos da ementa transcrita adiante:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

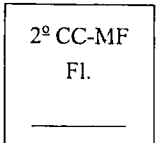
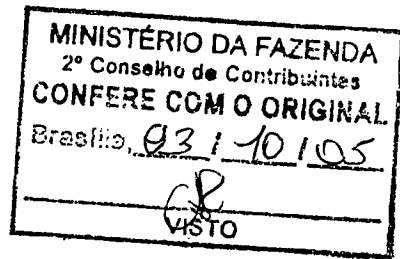
Período de apuração: 01/01/1997 a 31/01/1999

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. INADEQUAÇÃO DE MEIO UTILIZADO. INOCORRÊNCIA. A formalização do crédito tributário pode-se dar por meio de auto de infração ou notificação de lançamento, sem que isto importe em nulidade do ato.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 16327.002623/2001-63
Recurso n° : 128.644
Acórdão n° : 203-10.246



Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. DISCUSSÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RENÚNCIA À DISCUSSÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, não obstrui a constituição crédito tributário pela autoridade tributária e acarreta a renúncia à discussão administrativa sobre a mesma matéria, impedindo a apreciação das razões e mérito por parte da autoridade a quem caberia o julgamento.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de Apuração: 01/01/1997 a 31/01/1999

Ementa: DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. O direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social extingue-se após dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSÃO POR MEDIDA JUDICIAL. JUROS DE MORA. INTERRUÇÃO DA FLUÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Os juros moratórios não constituem penalidade e são sempre devidos quando o tributo não tiver sido integralmente pago no vencimento, ainda que sua exigibilidade esteja suspensa por medida judicial.

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.

Irresignada, a interessada recorre a este Conselho (fls. 183/221) reiterando as razões da peça impugnatória.

Conforme despacho de fl. 302, foram cumpridas as exigências para garantia de instância.

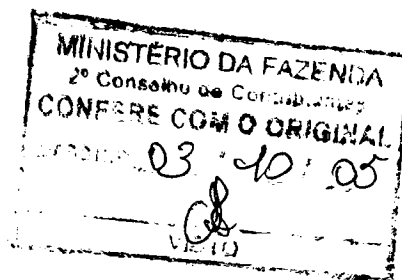
É o relatório.

DR



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246



2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
LEONARDO DE ANDRADE COUTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

No que se refere à preliminar de nulidade, não há como prosperar o entendimento de que, pela inexistência de penalidade aplicável, não caberia auto de infração e o lançamento deveria ser formalizado via notificação de lançamento.

A aplicação de penalidades não é fator determinante para definição do instrumento de cobrança. Até porque, existem situações em que a notificação de lançamento também serve para imputá-las. Isso ocorre, por exemplo, na constatação de irregularidades em procedimento interno de verificação de informações coletadas pelo Fisco.

O que define o instrumento de cobrança é o agente que pratica o Ato. A notificação é expedida pelo chefe da repartição fazendária. Qualquer outro agente somente poderá fazê-lo se possuir delegação de competência para tal. O auto de infração, por disposição legal, é lavrado por Auditor Fiscal.

Assim estabelecem os arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente

(.....)

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

(.....) (grifos acrescidos)

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

Relativamente à não incidência da Cofins nas operações praticadas pela recorrente, a existência de ação judicial tratando dessa matéria impede a apreciação da mesma neste colegiado administrativo.

A recorrente defende que essa renúncia só ocorre nas situações em que o lançamento seja anterior à propositura da ação judicial, não se aplicando ao presente caso, onde a ação foi proposta antes da lavratura do auto de infração.

O dispositivo em comento estabelece:

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.



Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246

03 10 08
S

A razão primordial dessas disposições está no fato de que nenhuma norma legal ou princípio processual autoriza a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Sendo assim, restringir a aplicação apenas a situações em que a autuação deu-se antes da busca da tutela jurisdicional equivaleria a estabelecer limites contrários à própria essência do dispositivo contido na lei.

O fato do *caput* do art. 38 não mencionar expressamente ações declaratórias, cautelares ou qualquer outra anterior à lavratura do auto de infração, não pode ser utilizado como argumento para defender a não aplicação do parágrafo único àquelas ações, sob pena de incorrer-se em interpretação gramatical, muita vezes simplista e inadequada, do texto legal. No exame do exato alcance do dispositivo em comento, decidiu o STJ:

"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 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 nº 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 nº 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91) (grifo nosso)

Não restam dúvidas, portanto, de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo implica na desistência do processo administrativo, independentemente deste ter sido formalizado antes ou depois daquela.

Improcedente a alegação de que o art. 38 da Lei nº 6.830/80 foi revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Veja-se o texto do mencionado artigo:

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

(.....) (grifo acrescido)

O dispositivo oficializou uma sistemática de desistência do processo administrativo que será exercida de forma expressa, à opção do interessado. Trata-se, como o texto diz, de uma possibilidade que não elide outras formas de desistência.

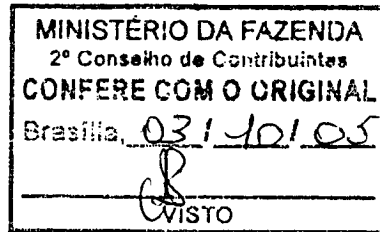
No que se refere à decadência, a natureza tributária das contribuições sociais coloca-as, no gênero, como espécies sujeitas ao lançamento por homologação. Aplicam-se a elas, portanto, as disposições do art. 150 do Código Tributário Nacional. O § 4º do mencionado artigo trata do prazo de homologação do lançamento aí entendido aquele concedido à Administração para manifestar-se quanto à antecipação de pagamento efetuada pelo sujeito passivo. Esse dispositivo autoriza que a lei estabeleça prazo diverso dos cinco anos ali determinados.

Foi assim que a Lei nº 8.212, de 26 de julho de 1991, regulamentando a Seguridade Social, tratou do prazo decadencial das contribuições sociais da seguinte forma:

Da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.” (grifo nosso)

A mencionada lei estabelece quais são as contribuições sociais, a cargo da empresa, que tenham base no faturamento:

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22 são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22, do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores;

II -” (grifos nossos)

O Decreto-Lei nº 1.940/82 regulamenta o Finsocial. Posteriormente, a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991 criou a Cofins e determinou que essa contribuição seria cobrada em substituição àquela. Assim dispõe o art. 9º da LC:

“ Art. 9º A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social, salvo a prevista no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual deixará de ser cobrada a partir da data em que for exigível a contribuição ora instituída.” (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que a Cofins está elencada entre as contribuições submetidas às regras da Lei nº 8.212/91, incluindo aí o prazo decadencial definido no art. 45 desse diploma legal. Assim, pelo prazo decenal não há que se falar em decadência.

A suspensão da exigibilidade do débito não elide a cobrança dos juros. A mora decorre do descumprimento da obrigação principal, na data de vencimento estipulada na legislação. A suspensão da exigibilidade tem por objeto determinar que a Administração apenas não pratique atos de cobrança do tributo e não havendo obstáculo à constituição do crédito tributário não o há em aplicar os encargos de mora. O Artigo 161 do Código Tributário Nacional é claro:

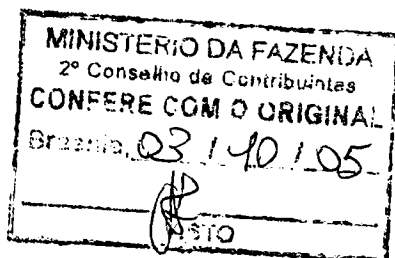
Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

(.....)

Não há ilegalidade na cobrança dos juros de mora até porque seriam exigíveis se a decisão final na ação judicial for desfavorável à recorrente. Esse consectário legal só não é exigível quando da ocorrência do depósito no montante integral do débito.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.002623/2001-63
Recurso nº : 128.644
Acórdão nº : 203-10.246

Relativamente à aplicação da Taxa Selic, o CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto. Atribuiu-lhe poderes para disciplinar o assunto, inclusive estabelecendo a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária. Assim estabelece o parágrafo 1º do art. 161:

“Art.161.....

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.” (grifo nosso)

Assim, a taxa de juros vem sendo quantificada ao longo do tempo pela legislação ordinária. A utilização da Taxa Selic como parâmetro de juros moratórios deu-se a partir de abril de 1995, determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 e, a partir de 1997, pelo art. 61, § 3º da Lei nº 9430/96. Cabe à Administração Tributária, pelo exercício da atividade vinculada, a estrita obediência ao que dispõe a lei. Sob esse prisma, é irrelevante que o indicador agora utilizado tenha sido criado originariamente para fins remuneratórios.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso na parte incluída na ação judicial e negar provimento na parte conhecida.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.

Leonardo de Andrade Couto

LEONARDO DE ANDRADE COUTO