



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 18471.002187/2002-75
Recurso nº 248.933 Voluntário
Acórdão nº **3403-00.589 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de outubro de 2010
Matéria COFINS
Recorrente BHP BILLITON METAIS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 30/11/1997 a 30/09/1998

LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DE DECADÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO.

A hipótese de lançamento previsto no art. 63 da Lei nº 9.430/96 comporta apenas os casos em que o crédito tributário se encontra com a exigibilidade suspensa por força do art. 151, IV e V do Código Tributário Nacional, desde que observados os exatos limites dos provimentos judiciais exarados, não alcançando aquelas situações em que se extrapolam o conteúdo destes atos decisórios.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 30/11/1997 a 30/09/1998

CONCORRÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. CONCOMITÂNCIA. CONFIGURAÇÃO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial onde se alterca a mesma matéria veiculada em processo administrativo, a qualquer tempo, antes ou após a inauguração da fase litigiosa administrativa, conforme o caso, importa em renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso interposto.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso na parte em que há concomitância com o processo judicial e, na parte conhecida, também por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Robson José Bayerl - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Por bem refletir a situação dos autos, tomo por empréstimo o bem elaborado relatório da decisão de primeira instância para composição deste julgado:

“Trata o presente processo de Auto de Infração , lavrado em nome do contribuinte BILLITON METAIS S/A, CNPJ nº (...), pertinente à insuficiência do recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, nos fatos geradores ocorridos entre 30/11/1997 a 30/06/1998, 31/08/1998 e 30/09/1998, conforme elementos acostados às fls.20/26, no valor de R\$ (...), incluindo principal, multa e juros de mora calculados até 30/08/2002.

Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal , a autoridade fiscal atuante esclarece que ocorreu falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, esclarecendo que:

a) O valor apurado é decorrente da verificação do processo fiscal nº 10070.001523/97-72, que se refere a compensação de Finsocial recolhido a maior (por decisão judicial do processo 9700105296) e por ordem judicial a ser corrigido e compensado com outros tributos – exceto PIS, e devendo receber juros de 1% ao mês a partir da sentença final judicial, ocorrida em 29/09/98;

b) O contribuinte, segundo seu próprio demonstrativo de apuração, usou indevidamente, para fins de correção do principal, índices não utilizados pela Secretaria da Receita Federal – a saber IPC e INPC, ao invés de utilizar o índice oficial para os tributos federais vigentes em cada época, como se verifica nas planilhas constantes no processo nº 10070.001523/97-72;

c) Em decorrência do uso de índices diversos do índice oficial para tributos federais que o contribuinte acabou por fazer a compensação indevida e a maior com a COFINS.

O enquadramento legal foram os artigos 1º e 2º da Lei Complementar 70 de 30 de dezembro de 1991, arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições.

Irresignado com o lançamento consubstanciado no Auto de Infração supramencionado, o interessado apresentou a petição impugnatória de fls.31/40, alegando que:

1) A atuação refere-se a uma diferença na apuração do crédito de Finsocial a que faz jus, que foi compensado com os valores da COFINS ora lançada. Todavia, os critérios utilizados pela Fiscalização Federal para cálculo do aludido crédito estão equivocados, como demonstrar-se-á a seguir;

2) A impugnante era contribuinte da antiga exação para o Finsocial, instituída pelo Decreto-lei nº 1.940/82, cujas majorações foram declaradas inconstitucionais pelo STF, posteriormente substituída pela COFINS, prevista na Lei Complementar nº 70/91;

3) Em conseqüência disso, passou a ter lídimo direito de ser ressarcida dos pagamentos indevidamente feitos a maior (art. 165 do CTN) a título de Finsocial, através da compensação com prestações vincendas da COFINS, por força do disposto no art. 66 da Lei nº 8.383/91, e para fazer valer esse direito, a ora impugnante ajuizou ação de conhecimento sob o rito ordinário – fls.46/60, distribuída sob o nº 97.0010529-6 para a 5ª Vara Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sendo deferida a antecipação de tutela pretendida – fls.62;

4) Com essa autorização judicial, a impugnante procedeu à compensação do seu crédito de Finsocial com débitos da COFINS, nos exatos termos deferidos, como pode ser comprovado pelo mapa das compensações efetuadas – fls.64/65;

5) Após, foi prolatada sentença de mérito – fls.67/71, que julgou procedente em parte o pedido autoral e, inconformada com parte desta decisão, a impugnante interpôs recurso de apelação para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que atualmente encontra-se aguardando julgamento;

6) Ressalte-se, desta forma, que todo e qualquer cálculo que tenha por escopo a delimitação do efetivo crédito resultante dos pagamentos indevidos efetuados pela impugnante a título de Finsocial deve obedecer os critérios permitidos pela antecipação dos efeitos da tutela, ou seja incluindo os expurgos inflacionários referentes ao período de cada contribuição indevidamente recolhida, visto que essa em momento algum foi revogada;

7) Ao contrário do informado pela Autoridade Autuante, não houve decisão final no referido processo judicial e, muito menos, trânsito em julgado da sua sentença, evidenciando-se a improcedência da autuação;

8) É flagrante o cabimento da inclusão dos expurgos inflacionários no cômputo da atualização monetária dos créditos relativos ao Finsocial pago indevidamente. A correção monetária é um instituto que permeia todos os ramos do Direito, já que representa fator universal de justiça e igualdade entre as partes na relação jurídica, aplicada em razão do fenômeno inflacionário;

9) Cumpre aqui esclarecer que o fundamento para estender a correção monetária a toda e qualquer prestação encontra-se, basicamente, no preâmbulo de nossa Carta Magna, ao destacar os valores supremos que ela assegura e que se constituem no arcabouço de todo o seu articulado, pois toda a Carta Magna é voltada a proteger, acima de tudo, os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Tais objetivos constituem-se, portanto, em verdadeiros sobreprincípios que se irradiam e impregnam todas as suas diretrizes;

10) Para garantir todos os bens supremos da justiça e da igualdade nessa inflação crônica que destroçava e corroía os valores monetários, surgiu o instituto da correção monetária para neutralizar seus danosos efeitos, como precioso instrumento integrativo e realizador daqueles sobreprincípios constitucionais, devendo, por isso, ser aplicado indistintamente em todos os ramos de direito, principalmente no direito econômico;

11) Não restam dúvidas, portanto, quanto ao direito da impugnante de aplicar sobre os seus créditos a correção monetária com base no IPC, único índice que restabelece integralmente o valor indevidamente recolhido;

12) Além disso, sobre a devida atualização do crédito em favor da impugnante, cabe destacar o Parecer nº 96/96 da Advocacia Geral da União que apreciou a incidência da correção monetária nas parcelas devidas em razão de repetição de indébito tributário, estabelecendo incidir sobre qualquer restituição feita ao contribuinte e devida atualização, ainda que o pagamento ou o recolhimento indevido tenham sido efetuados antes da Lei nº 8.383/91;

13) É certo, então, que atualização monetária do crédito relativo aos valores indevidamente pagos a título de Finsocial, deve utilizar os índices que reflitam a real variação do valor de compra da moeda, restando evidente que não há qualquer irregularidade na compensação efetuada, impondo-se a improcedência da presente ação fiscal;

14) Nessas condições, resta demonstrado que o suposto débito da COFINS discriminado no presente auto de infração foi, a bem da verdade, devidamente quitado através de compensação – ressalte-se, compensação esta que foi autorizada judicialmente – com quantias pagas indevidamente a título de Finsocial e, portanto, a autuação fiscal é totalmente ineficaz, devendo ser considerados os lançamentos nela consubstanciados, pois nulos de pleno direito;

15) Ainda que se considere por bem em manter a descabida exigência fiscal, o que se admite por amor à argumentação, não podem vingar os acréscimos moratórios acessórios ao suposto crédito tributário aqui guerreado, já que o mesmo encontra-se sub judice, aguardando decisão final a ser proferida na supracitada ação ordinária;

16) Ora, a aplicação de multa e juros de mora só podem recair, a toda obviedade, sobre débitos exigíveis e impagos, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430/96;

17) Por todo o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

17.1) como foi o crédito tributário quitado através de compensação com créditos da impugnante, originários de recolhimentos efetuados a maior relativamente a contribuição para o Finsocial, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, e por haver antecipação de tutela permitindo o direito à compensação, jamais poderia ser a impugnante autuada;

17.2) é absolutamente descabida a incidência da multa de ofício, posto que, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, o presente crédito tributário está sub judice, dependendo de decisão final a ser proferida em competente ação judicial.”

A DRJ Rio de Janeiro/RJ julgou o lançamento integralmente procedente aduzindo que, nada obstante o reconhecimento do indébito pleiteado, a forma de correção monetária adotada pelo contribuinte não encontrava amparo nas decisões judiciais proferidas, tanto assim que esta matéria fora objeto de apelação ainda não examinada pelo TRF 2ª Região; que os provimentos exarados apenas garantiam a atualização do crédito sem, entretanto, definir expressamente quais os índices aplicáveis, de modo que, no silêncio, aplicar-se-iam os coeficientes da NE/SRF/Cosit/Cosar nº 08/97, sem os expurgos inflacionários; que o caso versado nos autos não se enquadraria na hipótese do art. 63 da Lei nº 9.430/96, uma vez que a diferença lançada era oriunda de aproveitamento de direito creditório em montante superior ao que permitido na decisão judicial que antecipou os efeitos da tutela; que os juros de mora à taxa selic estão respaldados em legislação vigente.

Em recurso voluntário o contribuinte sustentou o equívoco do cálculo realizado pela fiscalização, ao passo que as decisões judiciais proferidas reconheceram o direito à correção monetária do indébito de FINSOCIAL, de modo que deveriam ser incluídos os expurgos inflacionários, citando doutrina acerca do instituto da correção monetária; que a RFB jamais poderia verificar uma suposta insuficiência de créditos, pois caberia ao Poder Judiciário definir qual o critério a ser utilizado no cálculo; e, que era impropriedade a multa de ofício aplicada em face do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos extrínsecos de admissibilidade, impondo-se o seu conhecimento.

O cerne da questão tratada nestes autos, a meu sentir, se restringe a examinar se os expurgos inflacionários devem ou não ser incluídos nos índices de correção monetária utilizados para atualização de indébito tributário reconhecido judicialmente, ainda que pendente de trânsito em julgado.

Neste diapasão, como noticiado, o recorrente obteve antecipação de tutela para promover a compensação de valores a restituir a título de FINSOCIAL nos moldes da Lei nº 9.430/96, devidamente corrigido, sem haver qualquer referência a índices de atualização monetária.

Posteriormente, foi julgado parcialmente procedente o pedido com o reconhecimento do direito creditório, sem contudo, implicar em homologação dos valores indicados na peça exordial, e a possibilidade de sua compensação com contribuições, exceto PIS/Pasep, administradas pela SRF, “*com correção monetária desde a data do recolhimento até a compensação, nos termos da Súmula 46, do Egrégio Tribunal de Recursos, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão (...)*” (fls. 70/71).

Inconformado o recorrente apelou da decisão “*pois a douta sentença monocrática estabeleceu que os valores indevidamente recolhidos devem ser atualizados sem a inclusão dos expurgos inflacionários e juros requeridos, ou seja, na mesma forma e utilizando-se os mesmos critérios e fatores de atualização para os tributos exigidos pelo fisco, além de não permitir a compensação do FINSOCIAL pago indevidamente com parcelas devidas ao PIS.*” (grifei) (fls. 74/75)

Como se observa, o próprio recorrente admitiu que os expurgos inflacionários pugnados no cálculo não foram reconhecidos pelos atos decisórios exarados em seu favor e que, além disso, o assunto estaria submetido à apreciação judicial, de modo que o cômputo daqueles coeficientes na apuração por ele levada a efeito, cujo crédito foi utilizado para compensação, foi efetuado por sua conta e risco sem qualquer respaldo legal ou judicial, como bem apontado pela decisão recorrida.

Demais disso, no caso, a pretensão de discutir o cabimento de expurgos inflacionários na atualização monetária do indébito compensado em sede administrativa é inviável, em face da renúncia ao direito de recorrer consubstanciado na opção pela via judicial, como se extrai do art. 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 1.737/79, *in verbis*:

“Art 1º - Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

I - relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;

II - em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;

IV - em garantia, na licitação perante órgão da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos.

§ 1º - O depósito a que se refere o inciso III, do artigo 1º, suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição de Dívida Ativa.

§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.” (negritei e grifei)

No mesmo sentido, quanto a substância, o teor do art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80:

“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 do 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.” (grifei)

Desta Casa, cito o verbete da súmula CARF nº 1 (*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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial*) e o art. 78, § 2º, *in fine* do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, que reproduzo:

“Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

(...)

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

(...)” (grifei)

Da leitura dos excertos coligidos, infere-se sem maiores dificuldades que a legislação de regência afastou qualquer possibilidade de discussão paralela de assunto submetido tanto à Administração quanto ao Judiciário, prevalecendo, sempre este último em vista do monopólio da jurisdição.

Considerando que os vindicados expurgos inflacionários não foram reconhecidos expressamente nas decisões judiciais prolatadas, incabível sua admissão no âmbito administrativo por falta de respaldo judicial ou legal, como já asseverado.

Por decorrência, fica prejudicada a remissão ao art. 63 da Lei nº 9.430/96 para se exonerar a multa de ofício aplicada porque, ainda que se admitisse cuidar da hipótese de lançamento para prevenção da decadência, o que, para mim, não se verifica, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário se circunscreveria ao que decidido na esfera judicial. Ocorre que a autuação açambarcou justamente o que extrapolava seus limites, mais especificamente, a inclusão dos expurgos inflacionários *sponte propria* na correção dos créditos, como consignado ao longo deste voto.

Assim irrepreensível o lançamento e a conclusão externada pela decisão de primeira instância, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Com estas considerações, voto por não conhecer do recurso quanto à matéria atinente à aplicação dos expurgos inflacionários, por opção pela via judicial, e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Robson José Bayerl