



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº 19515.002334/2004-88
Recurso nº 156.887 Voluntário
Matéria COFINS; OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL
Acórdão nº 204-03.672
Sessão de 04 de dezembro de 2008
Recorrente SÉ SUPERMERCADOS LTDA.
Recorrida DRJ no Rio de Janeiro II/RJ

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
26 1 03 12009
Necy Baústa dos Reis
Mat. Super 9/1006

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

Período de apuração: 01/11/2003 a 31/01/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA.

A suspensão da exigibilidade não obsta a constituição do crédito tributário pelo lançamento. O auto de infração pode e deve ser lavrado com a finalidade de prevenir a decadência.

**AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA Nº 1 DO 2º
CC.**

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 Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

LEONARDO SIADÉ MANZAN
Relator

Processo n° 19515.002334/2004-88
Acórdão n.º 204-03.672

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	<u>26</u> / <u>03</u> / <u>2009</u>
<i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Sinepe 918106	

CC02/C04
Fls. 153

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Sílvia de Brito Oliveira, Ali Zraik Júnior e Marcos Tranchesi Ortiz.

//

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26, 03, 2009
Necy Baista dos Reis
Mat. SIAPE 91806

Relatório

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, transcrevo o relatório da DRJ no Rio de Janeiro/RJ, *ipsis literis*:

"Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o auto de infração de fls. 44/48 para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e juros de mora calculados até 30/09/2004, no montante de R\$ 2.144.864,53, abrangendo fatos geradores compreendidos entre novembro/2003 e janeiro/2004.

No campo descrição dos fatos do auto de infração, os fiscais autuantes consignaram ter verificado que o contribuinte, relativamente aos fatos geradores de novembro/03, dezembro/03 e janeiro/04, recolheu a Contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS mediante a aplicação da alíquota de 2%; ao invés daquela instituída pelo artigo 8º da Lei nº 9.718/98, ou seja 3%.

Prosseguiram afirmando que procederam à lavratura do Auto de Infração para que ficasse constituído o crédito tributário relativo à diferença de 1%.

Ressalvaram que, enquanto o contribuinte estivesse amparado por decisões judiciais favoráveis e ainda não transitadas em julgado, a exigibilidade do crédito tributário constituído permaneceria suspensa na forma do previsto pelos Incisos IV e V do artigo 151 do CTN e sobre o valor principal não incide multa de ofício em razão do disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

Registraram, ainda, a existência da ação ordinária nº 1999.61.00.010503-7, declaratória da inexistência da relação jurídico-tributária referente ao recolhimento da Cofins segundo as regras da Lei 9.718/98, perante a 17ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, e do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.056631-4, perante a 20ª Vara da Justiça Federal em SP, objetivando afastar a majoração de alíquota (de 2% para 3%);

Regularmente notificada em 25.10.2004 (fl. 44), a autuada apresentou, em 23.11.2004, a impugnação de fls. 51 a 62 alegando, em suma, o que se segue:

a) Foi lavrado auto de infração contra a Impugnante em razão do recolhimento da COFINS, mesmo após a edição da Lei nº 9.718/98, ainda à alíquota de 2%, diferentemente do que passou a exigir o art. 8º da referida Lei, que majorou a alíquota da COFINS em um ponto percentual (de 2% para 3%).

b) O recolhimento da COFINS desta forma não se fundou em mera liberalidade da Impugnante, mas sim em liminar obtida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.056631-4, posteriormente

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy Bastos dos Reis
Mat. Simpe 91806

confirmada por sentença, no qual se discute a constitucionalidade da majoração da alíquota da COFINS promovida pela Lei nº 9.718/98.

c) A legislação é clara no sentido de determinar que, em havendo liminar concedida em mandado de segurança, restará impedida a autoridade fiscal de exigir o crédito tributário abrangido por esta liminar. Por essa razão é que o lançamento realizado pela fiscalização precisa ser cancelado, pois outro não é o objetivo da lavratura do Auto de Infração senão exigir da Impugnante o recolhimento da COFINS que está com sua exigibilidade suspensa, o que afronta sobremaneira o CTN.

d) É nesse sentido, também, que dispõe o Decreto no 70.235/72, que rege o processo administrativo, o qual, em seu art. 62, resume todo o quanto acima exposto.

e) Percebe-se, portanto, que existia norma expressa à época da realização do lançamento determinando que a fiscalização se abstivesse da instauração de qualquer procedimento fiscal contra a Recorrente enquanto perdurasse a suspensão da exigibilidade da COFINS em virtude do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.056631-4. Assim, a lavratura do Auto de Infração no presente caso constitui ato ilegal da fiscalização, merecendo ser reparado de imediato por essa Turma Julgadora.

f) Todavia, ainda que os Srs. Julgadores entendam que a existência de liminar concedida em mandado de segurança, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, não tenha o condão de evitar a sua constituição, ao arrepio do que dispõe o art 151, IV, do CTN e o art. 62 do Decreto 70.235/72, não merece prosperar a autuação ora combatida pelas razões de fato e de direito pelas quais entende a Impugnante ser inconstitucional a exigência ora pretendida, que são:

- A Cofins tem sua alíquota prevista na Lei Complementar nº 70/91. Isso significa dizer que não poderia uma lei ordinária, como é o caso da Lei nº 9.718/98, alterar o que foi previsto em lei hierarquicamente superior, sob pena de violação ao princípio constitucional da hierarquia das leis e do prescrito nos artigos 146, III, e 149, da Constituição da República.

- Outro aspecto revelador da inconstitucionalidade da norma que majora a alíquota da COFINS, merecedor de repúdio, diz respeito à manifesta caracterização de empréstimo compulsório disfarçado.

- A Lei nº 9.718/98 majorou a alíquota da COFINS para 3%, possibilitando a compensação do percentual de 1% com a CSLL devida, tão somente para aquelas empresas que apurarem margem de lucro suficiente para a realização de tal compensação.

- Ocorre que essa forma de devolução do valor correspondente à alíquota de 1% da COFINS, por meio de compensação constitui, na verdade, um empréstimo compulsório disfarçado, na medida em que o recolhimento é antecipado (1%) e posteriormente é devolvido, mediante compensação com a CSLL devida.

2.º - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES	
CONFERE COMO ORIGINAL	
Brasília,	26 / 03 / 2009
Necy Bastista dos Reis	
Mat. Sique 91806	

- A instituição de empréstimo compulsório está condicionada aos requisitos estabelecidos na Magna Carta, em seu art. 148.
- A Lei nº 9.718/98 não atende a nenhum dos requisitos, uma vez que: a uma: a citada lei não é complementar; a duas: o país não atravessava situação de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; e a três: o empréstimo compulsório tem por característica a exigibilidade precária, provisória, por prazo certo da exação, o que não se coaduna com a perene exigência, a título de COFINS, destinada a financiar a Seguridade Social.
- A Lei nº 9.718/98, além de aumentar a alíquota, possibilitou a "devolução", por meio de compensação, do valor correspondente ao percentual de 1% da COFINS com valores devidos a título de CSLL.
- Todavia, o citado diploma legal não viabilizou referida compensação na hipótese de lucratividade menor ou de prejuízo fiscal, vedação esta manifestamente inconstitucional, o que viola o Princípio da Isonomia Tributária, esculpido no artigo 150, II, da Carta Magna, uma vez que submete empresas que se encontram na mesma situação jurídica, a tratamento diferenciado e prejudicial. Vale dizer, permite a compensação àquela que obteve lucro certo e não admite na hipótese oposta. Com efeito, a apuração de lucro ou prejuízo por contribuintes que exerçam a mesma atividade não pode ser considerada como fator de diferenciação para tal tratamento desigual.
- A Lei nº 9.718/98, em seu artigo 8º, ao permitir que os contribuintes com base de cálculo tributável pela CSLL realizem a compensação da alíquota majorada da COFINS, vedando tal compensação para aqueles que apurarem base negativa da contribuição, acaba por ofender, também, artigo 145, parágrafo 1º, da Carta Magna.
- Nos termos do citado parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição Federal, sempre que possível os tributos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Em outras palavras, a capacidade contributiva deve ser auferida em função do conteúdo econômico do fato que a lei prevê como tributável.
- Uma vez que, como visto, se os valores correspondentes ao tributo não são devidos em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nem se pense o contrário com relação aos valores correspondentes aos juros de mora.
- Com efeito, não há que se falar em mora do contribuinte se este possui provimento judicial suspendendo a aplicação de determinado mandamento legal, como ocorre no caso da Impugnante, que deixou de recolher a COFINS nos termos da Lei nº 9.718/98 não por livre iniciativa, mas sim por autorização judicial expressa nesse sentido, posteriormente confirmada por sentença. Dessa forma, reitera-se, não há que se falar em mora da impugnante, uma vez que para ela, em verdade, não se aplicam as determinações da referida Lei enquanto perdurar a liminar concedida nos autos do processo judicial.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26, 03, 2009
Necy Bausta dos Reis
Mat. Sique 91806

- Por fim, a Impugnante requer seja admitida, conhecida, e finalmente provida na íntegra a presente Impugnação para os efeitos de:

(i) cancelar de plano o Auto de Infração em vista da impossibilidade de realização de lançamento pela autoridade administrativa de créditos tributários discutidos judicialmente, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em razão de liminar obtida no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.056631-4; ou

(ii) caso entenda pela apreciação do mérito da questão na esfera administrativa, a despeito de ter sido submetido à tutela do Poder Judiciário, anular o Auto de Infração lavrado, cancelando o crédito tributário nele exigido por ser inconstitucional a legislação na qual se baseia, pelos motivos demonstrados no processo judicial através do qual foi suspensa a exigibilidade do crédito tributário; ou ainda

(iii) não se cancelando o Auto de Infração, que se aguarde o desfecho do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.056631-4, suspendendo-se a tramitação deste processo administrativo para que não sejam tomadas quaisquer providências no sentido da inscrição em dívida ativa do crédito tributário constituído, respeitando-se assim a suspensão da exigibilidade obtida mediante medida liminar;

(iv) em qualquer das hipóteses acima, que se excluam os juros de mora lançados no Auto de Infração."

A DRJ no Rio de Janeiro/RJ indeferiu o pleito da contribuinte, em decisão assim

ementada:

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL SUSPENSIVA. COMPATIBILIDADE.

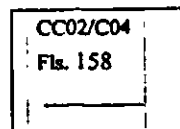
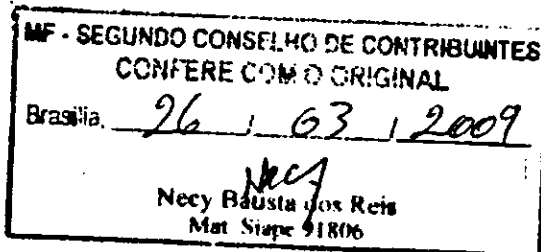
Para que tenha sentido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, faz-se necessária sua prévia constituição. Assim, o provimento judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário não obsta o lançamento.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA

A propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas. Quando forem diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.



JUROS DE MORA.

Os acréscimos moratórios são devidos mesmo quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário correspondente, por expressa disposição legal.

Lançamento Procedente

Irresignada com a decisão de Primeira Instância, a contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário reiterando os termos de sua Impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LEONARDO SIADE MANZAN, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que, dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Conforme relato supra, trata-se de auto de infração de Cofins, lavrado com a finalidade de prevenir a decadência de débitos discutidos em ação judicial.

A recorrente insurge-se contra a possibilidade do lançamento de débitos discutidos por meio de ação judicial, os quais estejam com sua exigibilidade suspensa.

Tal argumento não merece prosperar, visto que a suspensão da exigibilidade do crédito não obsta o lançamento, mas somente impede que o mesmo seja exigido.

No caso em tela, o lançamento fora efetuado com exigibilidade suspensa, visando à prevenção da decadência e sem o lançamento de multa de ofício, por ter sido constituído mediante provimento jurisdicional provisório que concedeu à recorrente o direito de realizar o recolhimento da Cofins à alíquota de 2%.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário se deu em razão de liminar concedida no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.056631-4, o qual teve origem na 20ª Vara Federal de São Paulo, onde a contribuinte requereu o afastamento da Lei nº 9.718/98, no que tange à majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3%.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o citado Mandado de Segurança, com recurso pendente de apreciação pelo TRF da 3ª Região, abarca o objeto desta Ação Fiscal no tocante à majoração de alíquota da Cofins.

Dessa forma, por ter sido a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, nesta fase, resta-nos tão somente cumprir o que for determinado no *decisum* judicial.

Saliente-se que ao adentrar a esfera judicial o contribuinte renunciou à esfera administrativa, consoante Art. 38 da Lei nº 6.830/80 e consolidado entendimento do Conselho de Contribuintes, adiante exemplificado nas ementas transcritas:

7

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 03 / 2009
Necy Bastos dos Reis
Mat. Supl. 9/806

Acórdão 108.06446, de 22/03/01 - Oitava Câmara do Primeiro Conselho.

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA - A concomitância de ação judicial com a mesma causa de pedir, impede a apreciação da impugnação e do recurso na via administrativa.

Acórdão 107.06219, de 22/03/01 - Sétima Câmara do Primeiro Conselho.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento "ex officio", enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.

O mesmo entendimento tem sido manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência pode ser exemplificada pelas ementas abaixo reproduzidas:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA QUE ANTECEDE A AUTUAÇÃO. RENÚNCIA DO PODER DE RECORRER NA VIA ADMINISTRATIVA E DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO. I - O ajuizamento da Ação Declaratória, anteriormente à autuação, impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22.09.80. **II - Recurso Especial conhecido e provido.** (STJ, REsp 24.040, RJ, 27/09/1995)

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 INSCRIÇÃO DA 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. (STJ, REsp, 7.630, RJ, 24/04/1991). [Destaque acrescido].

Por fim, por se tornar pacífico o entendimento sobre a matéria no âmbito administrativo, foi editada a Súmula nº 01 do Segundo Conselho de Contribuintes, que determina:

"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."

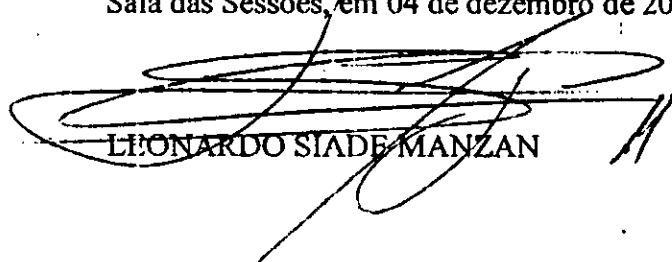
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26, 03, 2009
Necy Baústa dos Reis
Mat. Siapc 91806

Diante do exposto, resta impossibilitada a apreciação de mérito da matéria discutida neste Recurso Voluntário, tendo em vista estar sendo apreciada pelo Judiciário.

Considerando os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso voluntário.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2008.


LEONARDO SIADÉ MANZAN