



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Garcia  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**  
**PRIMEIRA CÂMARA**

**Processo nº** 19515.002667/2004-15

**Recurso nº** 136.242 Voluntário

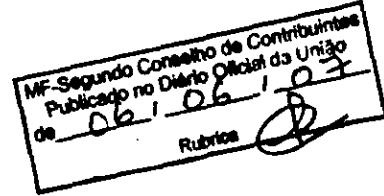
**Matéria** COFINS

**Acórdão nº** 201-80.018

**Sessão de** 27 de fevereiro de 2007

**Recorrente** EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A

**Recorrida** DRJ em São Paulo - SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/10/2003

Ementa: LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRAZO.

O prazo para a Fazenda exercer o direito de fiscalizar e constituir, pelo lançamento, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins é o fixado no art. 45 da Lei nº 8.212/91, à qual não compete ao julgador administrativo negar vigência.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PREVALÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL.

Pelo princípio constitucional da unidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, passando o julgamento administrativo a não mais fazer nenhum sentido. Somente a decisão do Poder Judiciário faz coisa julgada.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

A apreciação da constitucionalidade e da legalidade das normas vigentes é da competência privativa do Poder Judiciário. Ao julgador administrativo cabe, em face do Poder Regrado, somente aplicar as leis e normas vigentes.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. A utilização da taxa Selic para

*ANM*

*WV*

**Márcia Cristina Moreira Garcia**  
**Maia Sapea**  
o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

## Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, que dava provimento, nos termos da declaração de voto que leu em sessão, e Fabiola Cassiano Keramidas, que dava provimento parcial para reconhecer a decadência em cinco anos e acompanhou o Relator, quanto ao mérito, pelas conclusões. O Conselheiro Gileno Gurjão Barreto acompanhou o Relator pelas conclusões. Esteve presente ao julgamento o Dr. Albert Limoeiro, advogado da recorrente, OAB/DF 21718.

*Josefa Maria Coelho Marques*  
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

### Presidente

WALBER JOSÉ DA SILVA

### Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maurício Taveira e Silva e José Antônio Francisco.

Ausente o Conselheiro Roberto Velloso (Suplente convocado).

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>11/10/2007</u>
Márcia Cristina Moreira Garcia
Mat. Siape 0117502

CC02/C01  
Fls. 353

## Relatório

Contra a EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A, já qualificada nos autos, foi lavrado auto de infração para prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento de Cofins relativo ao período de 02/1999 a 10/2003, no valor total (principal mais juros de mora) de R\$ 35.546.892,35, tendo em vista que a autuada deixou de efetuar o recolhimento da exação em face de antecipação de tutela jurisdicional concedida em ação ordinária impetrado contra a União visando eximir-se da aplicação das alterações produzidas na legislação do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718/98.

Tempestivamente, a empresa interessada insurge-se contra o lançamento, conforme impugnação às fls. 172/196, cujos argumentos de defesa estão sintetizados às fls. 238/239 do Acórdão recorrido, que leio em sessão.

A DRJ em São Paulo - SP julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão DRJ/SPOI nº 6.633, de 08/03/2005, cuja ementa abaixo transcrevo:

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

*Período de apuração: 01/02/1999 a 30/10/2003*

*Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO - CONCOMITÂNCIA - JUROS DE MORA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE*

*O auto de infração é instrumento hábil para a constituição de crédito tributário com o fim de prevenir a decadência. A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa. Os juros de mora são cabíveis também nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Selic exigida nos termos da lei.*

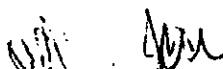
*Lançamento Procedente".*

Ciente da decisão de primeira instância em 21/12/2005, conforme AR de fl. 252, a empresa interessada interpôs recurso voluntário em 18/01/2006, onde repisa os argumentos da impugnação.

Consta dos autos "Relação de Bens e Direitos para Arrolamento" (fl. 308/311) permitindo o seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, com a alteração da Lei nº 10.522, de 19/07/2002 (Processo nº 16151.000486/2006-96).

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído no dia 18/10/2006, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 350.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 11/10/10

Márcia Cristina Moreira Garcia  
Mat. Stape 0117502

**Voto**

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, está acompanhado do competente arrolamento de bens e atende às demais exigências legais. Deixo conhecido.

Como relatado, o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, em face da suspensão da exigibilidade do crédito por força de decisão judicial.

A recorrente não contesta a base de cálculo apurada pela Fiscalização e, consequentemente, o valor lançado. O auto de infração, neste particular, é definitivo.

Em sede de preliminar, a autuada alega decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário pelo lançamento; a inadequação do meio utilizado para efetuar o lançamento (auto de infração) e o entendimento do Acórdão recorrido de que a concomitância de processos administrativo e judicial (com o mesmo objeto) tem como efeito a renúncia à via administrativa. Contesta, ainda, o juros de mora e a utilização da taxa selic.

Quanto à decadência, entendo que a Decisão atacada não merece reparo, posto que enfrentou, com clareza e precisão, os argumentos da recorrente de que teria ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Federal constituir o crédito tributário.

A Lei nº 8.212/91, em seu art. 23, em consonância com o comando contido no art. 56 do ADCT da CF/88, discrimina as contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, e dentre elas está a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, sucessora do Finsocial. *Verbis:*

*"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; (Redação original. Alterado pela Lei Complementar nº 70/91)*

*II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990. (Redação original. Alterado pela Lei nº 9.249/95)*

*§ 1º No caso das instituições citadas no § 1º do art. 22 desta lei, a alíquota da contribuição prevista no inciso II é de 15% (quinze por cento). (Redação original. Alterado pela Lei Complementar nº 70/91 e pela Lei nº 9.249/95).*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às pessoas de que trata o art. 25."*

*WJS*

*(N)*

Também a Lei Complementar nº 82/91, em seu art. 10, determina que o produto da arrecadação da Cofins integra o Orçamento da Seguridade Social. *Verbis*:

*"Art. 10. O produto da arrecadação da contribuição social sobre o faturamento, instituída por esta lei complementar, observado o disposto na segunda parte do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, integrará o Orçamento da Seguridade Social."*

Integrando a Cofins a receita da Seguridade Social, por força do art. 56 do ADCT e legislação acima citada, há que se submeter à legislação que organiza a Seguridade Social e dispõe sobre o seu Plano de Custeio. Tal regulamentação foi incluída no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, onde, em seu art. 45, fixa em 10 anos o prazo para a Seguridade Social constituir o crédito tributário pelo lançamento:

*"Art. 45. O direito de a 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."*

Evidentemente que o instituto da decadência é um tema muito controverso no direito tributário pátrio, especialmente a da Cofins. Por esta razão, é natural que existam decisões, tanto no âmbito administrativo como no judicial, conflitantes.

Como é cediço, as decisões judiciais e administrativas produzem efeitos apenas entre as partes, não tendo efeito vinculante.

Por fim, devo enfatizar que a boa técnica legislativa reza que uma norma jurídica não deve encerrar contradição entre seus próprios dispositivos. Evidentemente, se o § 4º do art. 150 do CTN autoriza o legislador ordinário fixar outro prazo, que não o de cinco anos, para homologar o lançamento é porque dentro deste outro prazo é possível efetuar o lançamento daquilo que o Fisco entender que não mereça homologação. O contrário seria um contra-senso. E este prazo não pode se contraditar com o prazo fixado no art. 173, I, do mesmo CTN. Se assim não fosse, para quê estabelecer essa faculdade de fixar outro prazo para homologação?

Entendo improcedente a alegação da recorrente de que o auto de infração é instrumento inadequado para a constituição de crédito tributário com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial porque não cometeu nenhuma infração.

Além dos argumentos e fundamentos legais da decisão recorrida, que ratifico, à recorrente não se está imputando nenhuma conduta tributária delituosa, tanto é que nenhuma penalidade foi aplicada à mesma junto com o lançamento do crédito tributário.

Os arts. 9º, 10 e 11, do Decreto nº 70.235/72, não deixam nenhuma dúvida de que tanto o auto de infração como a notificação de lançamento se prestam a constituir crédito tributário e que o auto de infração é lavrado por servidor competente (Auditor-Fiscal) e a notificação de lançamento é expedida pelo órgão que administra o tributo (p. ex. Delegacia da Receita Federal).

Márcia Cristina Moreira Garcia

Relativamente aos argumentos sobre os efeitos da concomitância de processos administrativo e judicial, os apreciarei em conjunto com o mérito.

Isto posto, voto no sentido de rejeitar as preliminares, pelas razões acima suscitadas.

Quanto ao mérito, a recorrente alega a inconstitucionalidade da exigência da Cofins com base na Lei nº 9.718/98, o reconhecimento desta inconstitucionalidade pelo poder público e que a Administração pública tem competência para deixar de aplicar lei que afronta a Constituição. Aqui também os efeitos da concomitância entre processos judicial e administrativo com o mesmo objeto.

No mesmo sentido da decisão recorrida este Colegiado tem reiteradamente decidido que, em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz sua apreciação no processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Dessa forma, correto o entendimento da decisão recorrida de não conhecer da impugnação na parte em que há identidade entre o objeto deste e o da Ação Ordinária (declaratória) impetrada pela recorrente perante a Justiça Federal em São Paulo - SP. É a Justiça Federal quem tem competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa. Entendimento do ADN Cosit nº 3, de 14/02/1996<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> a)- A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual –, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

b)- Consequentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial, e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (por exemplo, aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc.).

c)- No caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN.

d)- Na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos

Mesmo que não ~~Márcia Garcia~~ haja questionamento judicial da Lei nº 9.718/98, ainda assim este Colegiado não poderia ~~conhecer~~ <sup>Marisa Garcia</sup> dos argumentos da recorrente sobre eventual inconstitucionalidade desta lei.

Ao contrário do que defende a recorrente, não compete à autoridade administrativa apreciar a argüição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, pois essa competência, a teor do art. 102 da Constituição Federal de 1988, foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário.

A mais abalizada doutrina sustenta que toda atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legislante competente, gozam de uma presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

Vale dizer que, inovado o sistema jurídico com uma norma emanada do órgão competente, ela passa a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente veiar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por Resolução do Senado da República publicada posteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Como, no caso concreto, essas hipóteses não ocorreram, as normas inquinadas de inconstitucionais pela impugnante continuam válidas, não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-las e nem declarar sua inconstitucionalidade, sob pena de violar o princípio da legalidade, na primeira hipótese, e de invadir seara alheia, na segunda.

Quanto à incidência de juros de mora, não há questionamento quanto ao fato de que o crédito tributário objeto desta lide não foi pago no seu vencimento e, conforme determina o art. 161 do CTN, “o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta”.

O fato de o crédito tributário estar suspenso por medida judicial, concessão de antecipação de tutela judicial em ação ordinária (CTN, art. 151, V), não constitui impeditivo legal ao lançamento dos juros de mora, também, com exigibilidade suspensa.

Apenas o depósito judicial do montante integral do crédito tributário dispensa o lançamento dos juros de mora. O que não é o caso dos autos.

No que tange à exigência de juros de mora com base na taxa Selic, é de se destacar que o art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, veio estabelecer que, em relação aos débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, compreendendo, portanto, o período abrangido pelo lançamento, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% no mês do pagamento.

incisos II (depósito no montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do artigo 151, do CTN.

e)- É irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (artigo 267 do CPC).

Brasília, 21/07/07

Dessa forma, a ~~Maxia~~ <sup>10</sup> referencial à ~~Seção~~ para títulos federais foi escolhida pelo legislador para o cálculo dos juros moratórios de correntes da impontualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação tributária, a partir de 01/01/1997.

Assim, o lançamento seguiu estritamente o que determina a legislação em vigor, devendo a autoridade lançadora, por dever de ofício, agir na forma que dispõe a legislação tributária, sob pena de, em não assim fazendo, sofrer responsabilização funcional, sendo que a discussão que verse sobre inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de normas regularmente editadas exorbita a competência legal das instâncias administrativas, não tendo a autoridade julgadora, como referido, competência para apreciar tais arguições, prerrogativa esta privativa do Poder Judiciário.

Por tais razões, que reputo suficientes ao deslinde, ainda que outras tenham sido alinhadas, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2007.

WALBER JOSÉ DA SILVA