



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

Processo n° 19679.010366/2003-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-001.096 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2014
Matéria COFINS
Recorrente ELETRICA NEBLINA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1998 a 31/12/1998

EXIGIBILIDADE SUSPensa LANÇAMENTO.

O lançamento de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa por meio de sentença judicial não definitiva destina-se a prevenir a decadência, e constitui dever de ofício do agente do Fisco.

CONCOMITÂNCIA.

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 (Súmula CARF nº 1)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não se conhecer do recurso voluntário.

Assinado digitalmente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES OLIVEIRA - Presidente.

Assinado digitalmente

TATIANA MIDORI MIGIYAMA - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres Oliveira (Presidente), Gilberto de Castro Moreira Júnior, Luís Eduardo

Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Tatiana Midori Migiyama (Relatora).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por ELETRICA NEBLINA LTDA contra Acórdão nº 16-31.794, de 26 de maio de 2011 (de fls. 102 a 114), proferido pela 9ª Turma da DRJ/SP1, que julgou por unanimidade de votos, procedente em parte a impugnação e mantido em parte o crédito tributário.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório integrante da decisão recorrida, a qual transcrevo a seguir:

“Em auditoria fiscal levada a efeito em face da contribuinte acima identificada foi constatado “ Proc jud não comprovado” e “Pagto não localizado” da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS dos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 02/1998 e 12/1998 e declarados na DCTF. Razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração de fls. 28 e 29 integrado pelos termos e documentos nele mencionados, apurando-se o crédito tributário composto de contribuição, multa de ofício e juros de mora com cálculos válidos até 30/06/2003 perfazendo o total de R\$ 997.046,87 (novecentos e noventa e sete mil e quarenta e seis reais e oitenta e sete centavos), com o seguinte enquadramento legal: Arts. 1 a 4 LC 70/91; Art. 1 L 9249/95; Art. 57 L 9069/95; Arts 56 e par Um, 60 e 66 L 9430/96, arts 53 e 69 L 9532/97.

2. Inconformada com a autuação, da qual foi devidamente cientificada em 11/08/2003 (AR à fl 76), a contribuinte protocolizou, em 10/09/2003 a impugnação de fls. 1 a 16 acompanhada dos documentos de fls. 17-53, na qual alega:

2.1. De plano, há que se esclarecer que o crédito tributário intentado no Auto de Infração está extinto, haja vista ter sido objeto de compensação efetuada com base em decisão judicial favorável à Impugnante, merecendo, assim, que seja feito um breve relato dos fatos para uma melhor elucidação da questão.

2.1.1. Aos 6 de outubro de 1997, a impugnante impetrou Mandado de Segurança Preventivo com Pedido de Liminar sob o nº 97.431168-1, que tramitou perante a 3ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo, visando, em síntese:

(i) a garantia do direito à Impugnante de compensar-se dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS com base nos DL nº 2445/88 e 2449/88 declarados inconstitucionais;

(ii) não sofrer autuações fiscais em razão da compensação a ser efetuada, enquanto não se esgotarem seus créditos e até que sobrevenha decisão transitada em julgado no mandamus:

(iii) ver declarada a inexistência de relação jurídica entre a Impugnante e a União Federal no tocante à cobrança do PIS no período compreendido entre outubro de 1998 e novembro de 1995;

(iv) ver reconhecido seu direito de crédito relativo ao PIS no valor excedente ao estabelecido pela LC nº 07/70, no mesmo período acima especificado.

2.1.2. Em razão da edição dos DL nº 2.445/88 e 2.449/55, que alteraram a sistemática de apuração do PIS instituída pela LC 07/70, é que se faz necessária a impetração do mandado de segurança, o qual aguarda julgamento dos recursos de Apelação interpostos perante o E. TRF da 3ª Região, estando no gabinete do relatório sorteado, Desembargador Newton de Lucca, desde 18/07/2002.

2.1.3. Pela sistemática então instituída pelos DL, a Impugnante passou a recolher a contribuição ao PIS à alíquota de 0,65%, tendo como base de cálculo a receita operacional bruta e não mais o faturamento bruto do sexto mês anterior àquele devido e calculado sob a alíquota de 0,75%.

2.1.4. Posteriormente, sobreveio a r. sentença de fls. 95 a 104 que julgou PROCEDENTE a ação mantendo a segurança concedida (doc. 08 – fls. 38/47).

2.1.5. Assim, verifica-se que, em razão da medida liminar concedida nos autos do MS, a exigibilidade da COFINS está suspensa, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN, porquanto a decisão judicial tenha autorizada a compensação do PIS indevidamente recolhido com parcelas vincendas de outras contribuições administradas pela SRF, dentre elas a COFINS.

2.1.6. Ademais, no presente caso, operou-se verdadeira extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso II, do CTN, donde exsurge o segundo motivo pelo qual a cobrança vertida no presente auto é totalmente indevida.

2.1.7. De se apontar que Autoridade Fazendária pode e deve valer-se do direito de fiscalizar os procedimentos adotados pelo contribuinte, bem como verificar a integralidade dos tributos recolhidos, mas, em contrapartida, a ela não é defeso lavrar Auto de Infração ou mesmo a ele dar seguimento com base em compensação amparada por declaração de inconstitucionalidade proclamada pela Corte Constitucional, bem como por liminar concedida em sede de MS.

2.1.8. Assim, seja em face do princípio da moralidade pública, que deve nortear a conduta da administração pública, conforme preceitua o art. 37 da CF, seja, em razão do princípio que repudia o enriquecimento sem causa, seja em

função do princípio da isonomia e da jurisprudência do Poder Judiciário, no caso da compensação de valores pagos indevidamente e reconhecidos de forma pacífica pelo STF, é que não se deve admitir a conduta adotada pela Impugnada.

2.1.9.. *A convalidar as razões que militam em favor da Impugnante, requer-se a juntada da inclusa DCTF referente ao Ano-Calendário de 1998 (doc. 09 – fls 48/51), bem como das planilhas elaboradas pela Impugnante que demonstram os tributos compensados (doc; 10 – fls. 52).*

2.2. *Quanto ao crédito tributário identificado como “Pagamento não localizado” nos Anexos I a (pág.007) e Anexo III (pág. 08) do AIIM, cujo valor do principal correspondente ao montante de R% 5.351,46, período de apuração fevereiro de 1998, cumpre esclarecer que referido débito foi devidamente recolhido, inclusive computados os acréscimos legais em razão do pagamento intempestivo, conforme prova o DARF recolhido que ora se junta (doc. 11 – fl. 53).*

2.3. *SE a Impugnante nada deve à Impugnada, não há que se cogitar em inadimplemento de obrigação e, por conseguinte, incidência de multa, quer de ofício, quer moratória, tampouco juros moratórios.*

2.4.. *Por fim, requer-se seja a presente Defesa Administrativa julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, cancelando-se, por conseguinte, o Auto de Infração nº 0084424.*

2.4.1. *Outrossim, caso seja mantida a presente autuação, requer-se sejam excluídos tanto a multa de ofício, como de mora e os juros moratórios, nos exatos contornos traçados pelo artigo 63 da Lei 9.430/96.*

3. *Quanto às Ações Judiciais, a DICAT/EQAMJ lavrou o seguinte despacho (fl. 75). Em resumo:*

“Inicialmente esclareço que este auto de infração – DCTF cuida de débitos relativos à Cofins de 02 a 12/1998, declarados com a exigibilidade suspensa pelo MS nº 97.0043168-1”

“Excepcionalmente há alegação de pagamento (03 dias de atraso) apenas para o débito referente a 02/1998, com Darf anexado à fl. 53.”

“Os demais débitos são relacionados ao referido MS que discute a compensação de PIS-Decretos, com o próprio PIS e outros tributos.”

“ A sentença de fls. 38/47 autorizou a compensação.”

“O acórdão de fls. 68/71 negou provimento á apelação da União e à remessa oficial e fixou os índices de correção monetária aplicáveis.”

“Ainda não houve a subida do Recurso Especial interposto pela União.”

4. A impugnação foi previamente analisada pela Delegacia da Receita Federal – DERAT/EQAAR em São Paulo – SP que, trabalhando com a hipótese da existência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento, exarou o DESPACHO DECISÓRIO Nº 3682/2010 em 13/12/2010(fl. 81), onde consta que:

“Em atendimento em fl. 75, foi efetuado o recálculo segundo demonstrativo de consolidação e recálculo (fls. 77 a 80), verificando-se que foi encontrado e alocado manualmente recolhimento para o P.A. de 01-02/98, extinguindo o mesmo, o saldo remanescente segue para DRJ conforme solicitado”.

4.1. Assim, revisou de ofício o lançamento, na forma do artigo 149 di Código Tributário Nacional (CTN), cancelando o débito de 02/98 no valor de R\$ 5.351,46, multa de ofício de R\$ 4.013,60 e mantendo os demais débitos lançados no presente Auto de Infração.

5. É o relatório.”

A DRJ não acolheu as alegações do contribuinte e considerou procedente em parte a impugnação em acórdão com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/02/1998 A 31/12/1998

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 pelo 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 que se relaciona à matéria diferenciada.

MULTA DE OFÍCIO – RETROATIVIDADE BENIGNA DO ART. 18 DA LEI Nº 10.833/2003

Com a edição da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, não cabe mais imposição de multa excetuando-se os casos mencionados em seu art. 18. Sendo tal norma aplicável aos lançamentos ocorridos anteriormente à edição da MP nº 135/2003 em face da retroatividade benigna (art. 106, II, “e” do CTN), impõe-se o cancelamento da multa de ofício lançada.”

Cientificado do referido acórdão em 22 de fevereiro de 2012 (fl. 116), a interessada apresentou recurso voluntário em 22 de março de 2012 (fls. 117 a 122), pleiteando a reforma do *decisum* e reafirmando seus argumentos apresentados à DRJ.

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama, Relatora

Da admissibilidade

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte, considerando que a recorrente teve ciência da decisão de primeira instância em 22 de fevereiro de 2013, quando, então, iniciou-se a contagem do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do presente recurso voluntário – apresentando a recorrente recurso voluntário em 22 de março de 2013.

Do Direito ao Contraditório e a Ampla Defesa

Depreendendo-se da análise do recurso voluntário apresentado pela recorrente, tem-se que o cerne das discussões envolve a ausência de análise das compensações de crédito de PIS com a Cofins devida realizadas pela recorrente no despacho decisório, por conta da alegação da autoridade fazendária de que haveria renúncia às instâncias administrativas.

Vê-se que a autoridade fazendária considerou que consoante dispõe o art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979 e o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.8630/80, a

propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Sobre esse tema, insurge a recorrente:

1. Ao dispor o art. 5, inciso LV, da CF/88:

"Art. 5o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"

2. que entender que a concomitância entre o processo administrativo e o processo judicial implica em renúncia às instâncias administrativas é ferir diretamente a *Lex Major*;

3. o que, portanto, seria incabível a afirmação de que não poderia a recorrente postular administrativamente pela existência de Mandado de Segurança anterior ao Auto de Infração por estar assim configurado cerceamento de defesa e impedimento ao contraditório;

4. quanto à extinção do crédito tributário, a compensação é forma de extinção do crédito tributário reconhecido no Direito Pátrio – o que não haveria que se falar em inadimplemento tributário por falta de recolhimento da COFINS referente ao ano-calendário de 1998, bem como, de seus acréscimos legais, em virtude da suposta não comprovação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário por processo judicial;

5. em face do princípio da moralidade pública, que deve nortear a conduta da administração pública, conforme preceito do artigo 37 da Constituição Federal, seja em razão do princípio que repudia o enriquecimento sem causa, seja em função do princípio da isonomia e da jurisprudência do Poder Judiciário, no caso da compensação dos valores pagos indevidamente e reconhecidos de forma pacífica pelo STF, é que não se **deve admitir a conduta adotada pela Recorrida.**

6. Que, no Acórdão recorrido em nenhum momento foi analisada a compensação realizada ou até mesmo questionada sua validade;
7. Que tais débitos encontram-se com exigibilidade suspensa até o trânsito em julgado do Recurso Especial apresentado pela Recorrida.
8. Desta feita, demonstrada a regularidade da compensação realizada, bem como reconhecido o direito ao crédito nos autos do Mandado de Segurança impetrado, pugna-se pelo reconhecimento do crédito intentado.

Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário para discutir a mesma matéria.

Não obstante, primeiramente, esclarece-se que de fato, a autoridade fazendária, deve promover o lançamento mesmo nos casos em que o crédito esteja com a exigibilidade suspensa promovida no âmbito de processo judicial, como bem determina o art. 63 da Lei nº 9.430/96:

“Art. 63. Não caberá lançamento da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV ou V do artigo 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.”

No mesmo sentido o CARF editou a sumula nº 48, que prescreve:

“A suspensão da exigibilidade do crédito por medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.”

Determina também a jurisprudência do CARF que resta configurada a renúncia a instância administrativa, quando a recorrente se socorre ao poder judiciário, como vemos na Súmula nº 1 deste Conselho:

“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.”

Nunca é demais lembrar que ao julgador deste colegiado é obrigatória a aplicação de súmula do CARF, sob pena de afronta ao Regimento Interno do CARF.

Isto porque, tendo o presente auto de infração sido lançado para prevenir a decadência, seu destino será selado pela decisão judicial transitada em julgado, e competirá à autoridade administrativa responsável cumprir o que restar decidido no judiciário. Se vencedor o contribuinte serão indevidos os valores lançados, e por outro lado, se derrotado, ai sim deve-se promover a cobrança dos créditos.

Neste contexto, não conheço do presente recurso voluntário ante a existência da concomitância.

Assinado digitalmente

Tatiana Midori Migiyama