MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 09 / 09

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

Processo nº	10680.009821/2004-95
Recurso nº	153.758 Voluntário
Acórdão nº	**2102-00.017 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	04 de março de 2009
Matéria	Cofins
Recorrente	EGESA ENGENHARIA S/A
Recorrida	DRJ em Belo Horizonte - MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2000

COFINS. DECADÊNCIA. NA OCORRÊNCIA DEVE-SE CONHECER DE OFÍCIO.

Caso tenha ocorrido a decadência, esta deve ser conhecida de ofício, consoante o art. 210 do Código Civil. Uma vez que o STF, por meio da Súmula Vinculante nº 8, considerou inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, há que se reconhecer a decadência, em conformidade com o disposto no Código Tributário Nacional. Assim, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente à Cofins decai no prazo de cinco anos fixado pelo CTN, sendo, com fulcro no art. 150, § 4º, caso tenha havido antecipação de pagamento, inerente aos lançamentos por homologação, ou art. 173, I, em caso contrário.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA.

A propositura de ação judicial não impede a formalização do lançamento pela autoridade administrativa, que pode e deve ser realizada, inclusive como meio de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

Ação proposta pela contribuinte com o mesmo objeto implica a renúncia à esfera administrativa, a teor do ADN Cosit nº 03/96 e da Súmula nº 01 deste Conselho, ocasionando que o recurso não seja conhecido nesta parte. Ademais, não cabe a este Colegiado se manifestar acerca de decisão judicial, pois, se a corroborar é inócua e se decidir em sentido diverso estará induzindo ao descumprimento do determinado pelo juízo.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 29 / 09 / 09

JUROS DE MORA.

O inadimplemento da obrigação tributária acarreta a incidência de juros moratórios calculados com base na variação da taxa Selic, nos termos da legislação específica, seja qual for o motivo da não satisfação do crédito fiscal. Assim, os juros de mora são devidos, inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA da PRIMEIRA CÂMARA da SEGUNDA SEÇÃO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Judiciário; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência dos períodos de 04 a 07/1999. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. Gustavo Xavier, OAB/MG 86.896.

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabíola Cassiano Keramidas, José Antonio Francisco e Ivan Allegretti (Suplente).

Ausentes os Conselheiros Roberto Velloso (Suplente) e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

EGESA ENGENHARIA S/A, devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 273/285, contra o Acórdão nº 02-16.348, de 26/11/2007, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte - MG, fls. 259/265, que julgou procedente o auto de infração de fls. 05/07, decorrente de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Cofins, referente aos períodos de abril de 1999 a maio de 2000, cuja ciência ocorreu em 05/08/2004 (fl. 05).

Conforme o Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls. 12/17 e auto de infração de fl. 05 o lançamento foi lavrado com suspensão de exigibilidade, em virtude da

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
29 / 09 / 09

liminar e posterior sentença concedida no Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicado da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais - Sicepot/MG (Processo Judicial nº 2000.38.00.029016-6) para excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores repassados às subempreiteiras. Na sentença foi reconhecido o direito aos impetrantes de excluírem os repasses no período de vigência do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. O processo fora encaminhado ao TRF 1ª Região para julgamento das apelações da União e do Sicepot.

Irresignada, a contribuinte apresentou, em 06/09/2004, impugnação de fls. 204/220, acrescida dos documentos de fls. 221/257, aduzindo os seguintes argumentos:

1. requer a nulidade do auto de infração, tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela liminar obtida no Mandado de Segurança Coletivo. Assim, além de desnecessária a constituição do crédito tributário, não sendo possível a decadência extinguir um tributo discutido judicialmente, a Fazenda Pública está impedida de formalizá-lo, bem como cobrá-lo;

2. ilegitimidade da incidência da Cofins sobre parcelas repassadas a subempreiteiros; e

3. inaplicabilidade de juros moratórios sobre valores cuja exigibilidade encontra-se suspensa.

Por fim, requer seja declarada a nulidade do auto de infração. Subsidiariamente, sejam excluídos os valores referentes aos repasses a subempreiteiras. Sendo indeferidos os pedidos anteriores, requer a declaração de nulidade do débito relativo aos juros calculados com base na taxa Selic.

A DRJ decidiu no sentido de "não conhecer da impugnação no que se refere à matéria objeto da ação judicial, declarando definitiva, na esfera administrativa, a exigência fiscal; e julgar procedente o lançamento no que concerne à matéria diferenciada".

O Acórdão restou assim ementado:

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

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2000

Descabe a argüição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação de regência.

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.

Os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial.

Impugnação não Conhecida".

Inconformada, a contribuinte postou, via Sedex, tempestivamente, em 06/02/2008, recurso voluntário de fls. 273/285, apresentando os seguintes argumentos: a) em virtude da medida judicial, o suposto débito de Cofins, ora combatido, permanece com a exigibilidade suspensa; b) ilegalidade da inclusão na base de cálculo de valores transferidos a terceiros, porquanto não é receita auferida pela recorrente; c) a despeito de a previsão de exclusão de receitas que tenham sito transferidas a outra pessoa jurídica (art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98) ter sido revogada, posteriormente, conclui-se ser medida legal tal exclusão, visto se tratar de receita das empresas subempreiteiras; d) o STF definiu que a base de cálculo da Cofins é o faturamento, estando fora de seu conceito todos os demais ingressos contabilizados pela pessoa jurídica estranhos a esta classificação; apresenta decisões administrativas e judiciais reforçando sua tese de que a transitoriedade dos recursos destinados a terceiros é fator suficiente para se excluir tal receita da base de cálculo da exação; e e) ilegalidade dos juros de mora sobre a contribuição com exigibilidade suspensa.

Por fim, requer seja julgado improcedente o lançamento fiscal.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

Conforme observou a recorrente, de fato, os débitos encontram-se com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, III e IV, do CTN, ou seja, em decorrência do recurso administrativo, bem assim da medida liminar. Registre-se que, ao fim do litígio administrativo, caso subsista a autuação, a autoridade responsável pela execução do Acórdão deverá averiguar se ainda subsiste a medida judicial ensejadora da suspensão de exigibilidade.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, preliminarmente, cabe analisar a possível ocorrência de decadência de parte dos períodos lançados. Embora sua ocorrência não tenha sido alegada, deve ser conhecida de ofício, consoante o art. 210 do Código Civil.

Conforme é cediço, houve a edição da Súmula Vinculante nº 8, pelo STF, publicada em 20/06/2008, considerando inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, havendo que se reconhecer a decadência da Cofins em conformidade com o disposto no Código Tributário Nacional.

Desse modo, o prazo para constituição do crédito tributário rege-se pelo art. 150, § 4º, ou pelo art. 173, I, ambos do CTN, consoante, respectivamente, ter havido pagamento antecipado ou não. Tendo em vista que o lançamento decorre de diferenças apuradas e, consoante planilhas de fls. 18/26, houve pagamento, assim, a decadência se verifica com fulcro no art. 150, § 4º, do CTN.

Destarte, os fatos geradores referentes aos períodos de abril a julho de 1999 encontravam-se fulminados pela decadência à época do lançamento ocorrido em 05/08/2004 (fl. 05).

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
29 / 09 / 09

Portanto, somente subsiste a autuação referente aos fatos geradores de agosto de 1999 até maio de 2000.

A contribuinte foi autuada sem multa de ofício, com exigibilidade suspensa, em decorrência de sentença prolatada no Processo nº 2000.38.00.029016-6. Registre-se ser correto o procedimento da Fiscalização em efetuar o lançamento sem multa de ofício, consoante art. 63 da Lei nº 9.430/96, uma vez que se trata de atividade vinculada e obrigatória, inclusive sob pena de responsabilidade funcional, tal como disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN. De se ressaltar que o lançamento, conforme efetuado, não acarreta prejuízo à contribuinte e resguarda o direito à Fazenda Pública, caso a decisão favoreça a União.

Nesse sentido, esclarecedores são os ensinamentos do ilustre tributarista Lutero Xavier Assunção, em sua obra, "Processo Administrativo Tributário Federal", 2ª edição, 2003, p. 177, razão pela qual se transcreve:

> *"O propósito aqui é evitar a fiscalização punitiva do contribuinte que busque socorro no Poder Judiciário. Mas há uma ressalva não escrita nessa proibição, tocante ao lançamento de tributo cuja legalidade seja objeto da demanda em ação preventiva ou de efeito preventivo. O crédito tributário está sujeito ao prazo preclusivo e decadencial do lançamento, que não se suspende nem se prorroga. O caráter não suspensivo desse prazo afasta o efeito suspensivo de eventual decisão precária, que se abata sobre o crédito.*
>
> *Nessas condições, as autoridades têm o poder-dever de efetuar o lançamento, devendo perseguir contra-medida judicial tendente à cassação da ordem ilegal ou limitação dos seus efeitos. Caso a ordem se estenda expressamente ao lançamento, a medida liminar concedida para evitar o perecimento do direito do impetrante não pode prevalecer operando o perecimento do direito da contra-parte.*
>
> [...]."

Destarte, quanto a este tópico, não há reparos a fazer na decisão recorrida, uma vez que o lançamento deverá seguir seu curso normal com a prática de todos os atos administrativos pertinentes, exceto aqueles voltados a constranger a contribuinte ao pagamento da contribuição, enquanto suspensa sua exigibilidade.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da inclusão na base de cálculo de valores repassados a terceiros. Conforme bem registrou o Julgador da instância *a quo*, a contribuinte encontra-se discutindo judicialmente o direito de excluir da base de cálculo da Cofins e do PIS os valores repassados a subempreiteiros, nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.38.00.029016-6, tendo obtido liminar, mantida por sentença, para que a autoridade impetrada se abstenha de exigir as contribuições sobre os repasses efetuados no período de vigência do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Assim, configurada está a opção pela via judicial, fato que, em decorrência da supremacia de sua decisão, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso interposto, a teor do Ato Declaratório Normativo Cosit nº 03/96, bem assim consoante a Súmula nº 01 deste Conselho de Contribuintes, estando o julgador

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 09 / 09

administrativo impossibilitado de conhecer da mesma causa de pedir apresentada ao Poder Judiciário, uma vez que a manifestação deste Conselho acerca de provimento jurisdicional é, no mínimo, inadequada, pois, se corroborar a decisão judicial é inócua e se decidir em sentido diverso estará induzindo ao descumprimento do determinado pelo juízo.

No tocante aos juros de mora, cuja natureza não é de penalidade, mas de indenização pelos danos causados pelo atraso no recolhimento, não há que se tergiversar, são exigíveis mesmo que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, exceção feita ao depósito judicial de seu montante integral.

Estabelece 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, ..." (grifei)*

Neste sentido dispõe o Decreto-Lei nº 1.736/79, prevendo que os débitos para com a Fazenda Nacional serão acrescidos de juros de mora, inclusive quando a cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial, conforme se verifica em sua transcrição:

> *"Art. 2º - Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de juros de mora, contados do dia seguinte ao do vencimento e a razão de 1% (um por cento) ao mês calendário, ou fração, e calculados sobre o valor originário.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 5º - A correção monetária e os juros de mora serão devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial."*

Portanto, a concessão da medida liminar não tem o efeito de afastar a incidência dos juros e nem poderia ter, uma vez que uma medida judicial provisoriamente concedida apenas para garantir o direito supostamente líquido e certo do impetrante não pode alterar o vencimento previsto na legislação positiva.

Acerca desse tema traz-se à colação a decisão prolatada pelo STJ no julgamento do REsp nº 208.803/SC (2ª Turma, Relator: Min. Franciulli Neto, DJ de 02 de junho de 2003, p. 232):

> *"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO*
>
> *TRIBUTÁRIO - LIMINAR CASSADA PELA SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA - RETORNO AO STATUS QUO ANTE - INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.*
>
> *A sentença que nega a segurança é de caráter declaratório negativo, cujo efeito, como é cediço, retroage à data da impetração. Assim 'cassada a liminar ou cessada sua eficácia,*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 09 / 09

voltam as coisas ao status quo ante. Assim sendo, o direito do Poder Público fica restabelecido in totum para a execução do ato e de seus consectários, desde a data da liminar' (cf. Hely Lopes Meirelles, 'Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data',' Malheiros Editores, p. 62). É devido, dessarte, o pagamento de juros de mora desde o vencimento da obrigação e correção monetária, mesmo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha se dado em momento anterior ao vencimento.

Recurso especial não conhecido."

Portanto, é jurídica a aplicação dos juros de mora aos débitos fiscais pagos a destempo, devendo sobre estes ser aplicada a taxa Selic, normatizada pelas Leis nºs 9.065/95, art. 13, e 9.430/96, art. 61, § 3º, estando em perfeita harmonia com o art. 161 do CTN.

Isto posto, voto no sentido de **não conhecer** do recurso voluntário, quanto à matéria submetida ao Judiciário, e, quanto ao restante, de **dar parcial provimento** ao recurso para cancelar o auto de infração, em relação aos fatos geradores de abril a julho de 1999, uma vez que, quanto a esses períodos, o crédito tributário já se encontrava extinto pela decadência à época do lançamento, conforme art. 156, V, do CTN. Mantém-se, no mais, a decisão recorrida.

Registre-se, contudo, que, tendo em vista a existência de Processo Judicial nº 2000.38.00.029016-6, a autoridade responsável pela execução do Acórdão deverá proceder ao acompanhamento desta ação, verificando se há algum impedimento para cobrança do crédito tributário mantido.

Sala das Sessões, em 04 de março de 2009.

MAURICIO TAVEIRA E SILVA