

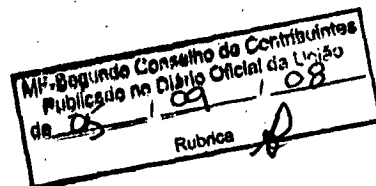


MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
26 08 08
Márcia Cristina Lecca Garcia
Mat. Siage 0117502

CC02/C01
Fls. 215

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

Processo nº 10768.010074/2002-14
Recurso nº 137.694 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.304
Sessão de 06 de agosto de 2008
Recorrente EPANOR S.A. (nova denominação da Epanor Lecca S.A.)
Recorrida DRJ no Rio de Janeiro - RJ



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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

**COFINS. 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 pelo 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.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É jurídica a exigência dos juros de mora com base na taxa Selic.

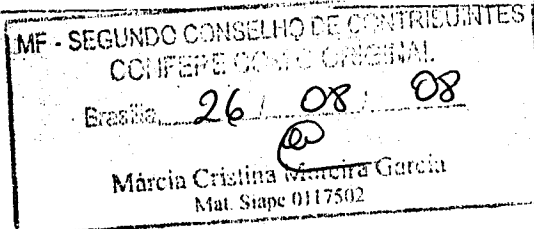
Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Judiciário; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso. Esteve

[Assinaturas manuscritas]

Processo nº 10768.010074/2002-14
Acórdão n.º 201-81.304

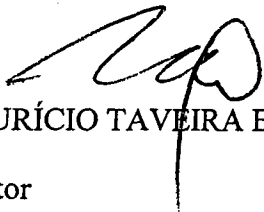


CC02/C01
Fls. 216

presente ao julgamento e fez sustentação oral em 03/06/2008 o advogado da recorrente, Dr. Gabriel Troianeli, OAB-RJ 126.630.

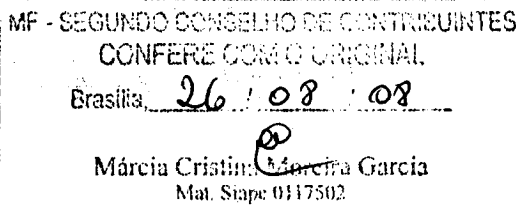
Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Alexandre Gomes e Ivan Allegretti (Suplente).



Relatório

EPANOR S.A. (nova denominação da Epanor Lecca S.A.), devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 150/172, contra o Acórdão nº 7.867, de 16/03/2005, prolatado pela 5ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, fls. 114/122, que julgou procedente em parte o auto de infração de Cofins (fls. 56/58) referente ao período de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000, em decorrência de falta de recolhimento da contribuição, cuja ciência ocorreu em 21/06/2002 (fl. 56).

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 43/50, o lançamento foi efetuado com exigibilidade suspensa, em face da sentença prolatada no Processo nº 99.0020288-0, por meio do qual a contribuinte se insurge contra a alegada inconstitucionalidade intruduzida pela Lei nº 9.718/98. Informa, ainda, que a Cofins foi recolhida à alíquota de 3%, aplicada sobre o valor das receitas mensais auferidas com a venda de leite. Entretanto, as demais receitas, incluindo a de deságio obtido com a venda de títulos, uma vez que se trata de empresa de *factoring*, foram excluídas de tributação, constituindo, assim, o objeto do presente lançamento.

Inconformada, em 23/07/2002, a contribuinte apresentou impugnação de fls. 67/83, com as seguintes alegações:

1. deve ser anulado o auto de infração, pois colide com o disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, que impede, durante a vigência de medida judicial, o lançamento;
2. por se tratar de empresa da fomento comercial - *factoring*, adquire cheques e outros direitos de crédito pertencentes a empresas e pessoas físicas por valor inferior ao de face, os quais são, posteriormente, exigidos aos devedores originais. Assim, não auferem receitas com prestação de serviços, tratando-se de aquisição de direitos creditórios. Portanto, não possui faturamento sujeito à incidência da Cofins, como previsto na LC nº 70/91; e

3. ilegalidade da taxa Selic.

A DRJ, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos do relatório e voto do relator, o qual consigna: *"Por todos os fundamentos expostos, conheço da impugnação e VOTO pela procedência parcial do lançamento, considerando no período de fevereiro a agosto de 1999, o valor da contribuição, constante na última coluna da tabela acima - reduzindo os acessórios proporcionalmente - mantendo os demais valores constituídos no auto de infração."*

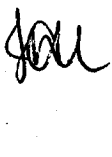
O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

Ementa: Exigibilidade Suspensa.

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 08 / 03
Márcia Cristina Pereira Garcia
Mat. Sape 0117502

Taxa Selic Sobre os débitos com a União, não quitados no prazo previsto pela legislação, incidirão juros de mora, calculados à taxa Selic, acumulada mensalmente, nos termos do art 61 da Lei nº 9.430/96.

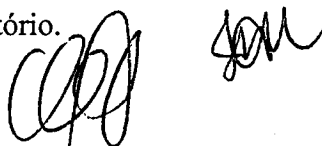
Pagamento Valores previamente pagos ao procedimento fiscal devem ser excluídos do lançamento, quando não considerados pela Autoridade lançadora na constituição do crédito, reduzindo-se, simultaneamente, multa e juros, se for o caso.

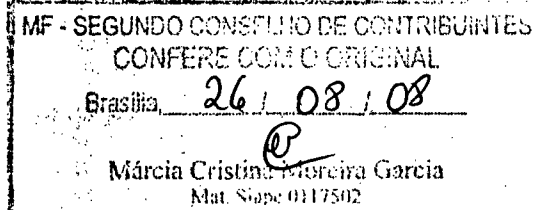
Lançamento Procedente em Parte".

Inconformada, a contribuinte apresentou, tempestivamente, em 06/05/2005, recurso voluntário de fls. 150/172, repisando seus argumentos de defesa, quais sejam: a) nulidade do auto de infração em virtude da violação ao disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72; b) aquisição de direitos creditórios não se constitui prestação de serviço, incorrendo faturamento tributável pela Cofins, referente à diferença entre o valor de aquisição e o valor de face desses direitos; e c) inaplicabilidade da taxa Selic.

Alfim, requer, sucessivamente, o reconhecimento da improcedência da autuação, quer pela preliminar, quer pelo mérito, ou o cancelamento dos juros moratórios calculados com base na taxa Selic.

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.

A contribuinte se insurge contra a autuação efetuada, sem multa de ofício, com exigibilidade suspensa, em decorrência de sentença prolatada no Processo nº 99.0020288-0, por meio do qual a contribuinte discute a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

Alega, preliminarmente, a impossibilidade de o Fisco efetuar o lançamento, por expressa vedação legal, conforme disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, o qual se transcreve:

"Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança, do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios."

Embora, a primeira vista, possa parecer ter fundamento o argumento da recorrente, tal entendimento não se sustenta, conforme se demonstrará.

Sobre o tema, valho-me dos ensinamentos do ilustre tributarista Lutero Xavier Assunção, em sua obra "Processo Administrativo Tributário Federal", 2ª edição, 2003, p. 177, *verbis*:

"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.

(...)"

[Assinaturas manuscritas]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 26/08/08 Márcia Cristina Garcia Mat. Siapc 0117502
--

No mesmo sentido se pronunciaram os ilustres autores, Marcos Vinicius Neder de Lima e Maria Teresa Martínez López, *in* Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 2ª edição, 2004, p. 489, conforme abaixo se reproduz:

"II.121. Medida Judicial - Suspensão da Cobrança. O dispositivo legal refere-se à situação em que o contribuinte se antecipa ao lançamento e ingressa com medida judicial, obtendo um provimento cautelar no sentido de obstar a ação de cobrança de um tributo que entenda indevido. Concedida medida judicial e até a resolução da questão, está vedada a instauração de procedimento fiscal quanto à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Impende observar, inicialmente, que o artigo se refere à suspensão da cobrança (portanto, à exigibilidade do crédito tributário), cuja efetivação pode ocorrer tanto administrativa como judicialmente, consoante prescreve o artigo 21 deste Decreto. Isto não impede, porém, que seja efetuado o lançamento para a constituição do crédito tributário como dispõe o artigo 142 do CTN. O lançamento representa um ônus do sujeito ativo da relação que se instaura com a ocorrência do fato gerador. O Fisco tem o dever de agir manifestando sua pretensão ao quantum a que tem direito, sob pena de, não o fazendo tempestivamente, perder o direito de fazê-lo por efeito da decadência. A ação de cobrança do Fisco é que se suspende por força do artigo 62, mas apenas após a prévia formalização do lançamento."

Portanto, 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. Registre-se que o lançamento, conforme efetuado, não acarreta prejuízo à contribuinte e resguarda o direito à Fazenda Pública, caso a decisão favoreça a União.

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.

A contribuinte aduz que a aquisição desses direitos creditórios não se constitui prestação de serviço. Assim, a receita proveniente da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face dos direitos creditórios adquiridos não integram a base de cálculo da contribuição.

No seu entendimento, a contribuinte defende que a atividade de *factoring* não representa atividade mercantil ou de prestação de serviços. Tratar-se-ia de compra de créditos, e a tributação do *quantum* resultante da diferença entre o valor do título e o valor pago ao seu titular é expectativa de receita, o que significa que permitir a sua tributação é viabilizar a tributação sobre presunção.

Em virtude de o Mandado de Segurança nº 99.0020288-0 estar analisando a Lei nº 9.718/98 de forma genérica, não haveria qualquer impedimento para que a questão fosse verificada por este tribunal administrativo. Contudo, de se ressaltar a existência do Mandado de

[Assinaturas]

Segurança nº 99.0017412-7, em trâmite perante a 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, citado às fls. 18, na sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança que julga a incidência do PIS na atividade de *factoring* da recorrente, no seguinte teor:

"Por duas vezes anteriores já se dirigiu a impetrante à Justiça para discutir matéria semelhante - mas não idêntica.

O mandado de segurança anteriormente impetrado pela demandante, a que se refere na inicial, onde obteve liminar e sentença parcialmente favorável (de nº 99.0020288-0, da 6ª Vara Federal), dizendo respeito às contribuições à COFINS e ao PIS, foi acolhido quanto à alteração da base de cálculo pela Lei nº 9.718/98 (...)

Informa a autoridade coatora a impetração de outro mandado de segurança, relativo à contribuição à COFINS, julgando improcedente (de nº 99.0017412-7, também da 6ª Vara Federal, consoante a cópia da sentença de fls. 106/111, datada de 1º.12.99), que também se insurge contra a incidência da contribuição social aludida sobre suas atividades de "factoring", alegando não se tratar de venda de mercadorias nem de mercadorias e serviços nem prestação de serviços de qualquer natureza. Do aludido julgado, da lavra do emérito magistrado GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, versando a respeito da contribuição social, mas tratando da mesma matéria relativamente às atividades desenvolvidas pela mesma empresa, vale a pena a transcrição do seguinte trecho excerto pertinente retirado de sua fundamentação, pela sua adequação à presente hipótese:

'11. O cerne do litígio diz respeito exatamente à natureza das operações desempenhadas pela impetrante, e a sua adequação (ou não) ao sistema tributário nacional, mormente no que toca à Cofins. Para analisar a questão no âmbito tributário, não há como deixar de se verificar a natureza jurídica dos negócios realizados pela empresa de fomento comercial.

Nesse particular, deve-se considerar que o contrato de faturização (ou de factoring) é um contrato atípico, normalmente celebrado entre empresas (ainda que seja possível que o cedente seja pessoa física), possibilitando maior mobilização do capital, com a reposição do capital de giro da empresa cedente. Apesar de ter a oportunidade de se socorrer de empréstimos de dinheiro no mercado financeiro, acedente resolve negociar seus créditos com a empresa de factoring, que passa a cobrar os valores relativos aos créditos cedidos, em tudo assemelhado à operação de financiamento.

(...)

13. Assim, diante da verificação de que efetivamente ocorre uma prestação de serviços por parte da empresa de faturização no tocante aos créditos e direitos da empresa cedente, perfeitamente constitucional e legal a exigência da autoridade impetrada no tocante à cobrança da COFINS (...)'."

Registre-se que a decisão precitada não foi mencionada no auto de infração, pela autoridade administrativa ou mesmo pela recorrente. Todavia, é evidente que trata da questão em análise, qual seja, da conceituação de faturamento para a atividade desenvolvida pela

[Assinaturas]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 08 / 08
Márcia Cristina Almeida Garcia
Mat. Supe 0117502

empresa. Ademais, se tal valor fosse entendido como faturamento, nesta condição teria sempre integrado a base de cálculo da contribuição, independente do alargamento promovido pela Lei nº 9.718/98, e, não sendo objeto de discussão judicial, deveria ter sido lançado com multa de ofício.

Assim sendo, com fulcro no Ato Declaratório Normativo Cosit nº 03/96, bem assim consoante a Súmula nº 01 deste Conselho de Contribuintes, o julgador administrativo encontra-se impossibilitado de conhecer da mesma matéria submetida ao Poder Judiciário.

Portanto, não se conhece das razões de recurso relacionadas à diferença entre o valor de face do direito creditório e se o seu valor de aquisição integram ou não a base de cálculo da contribuição das receitas auferidas pelas empresas de fomento comercial (*factoring*).

Por fim, sobre a ilegalidade da aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, aplicável aos débitos fiscais, cabe consignar que as Leis nºs 9.065/95, art. 13, e 9.430/96, art. 61, § 3º, que normatizam sua aplicação, estão em perfeita harmonia com o art. 161 do CTN, que autorizou a lei ordinária a dispor de modo diverso do estabelecido na norma complementar e em momento algum exigiu que a taxa fosse fixada pela lei em sentido estrito.

Estando o encargo previsto em normas jurídicas emanadas do órgão legiferante competente, só resta à Administração Pública velar pela sua fiel aplicação, restando aos inconformados buscar a tutela de seus direitos na via judicial.

Também sobre este tema já se pronunciou este Conselho por meio da Súmula nº 3, que se transcreve:

SÚMULA Nº 3:

"É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais."

Sendo essas as considerações que reputo suficientes e necessárias à resolução da lide, voto no sentido de **não conhecer do recurso** quanto à matéria submetida ao Judiciário e, quanto ao restante, **nego provimento** ao recurso voluntário.

Registre-se, contudo, que, tendo em vista a existência de Processo Judicial nº 99.0020288-0, a autoridade responsável pela execução do acórdão deverá proceder ao acompanhamento desta ação, verificando se ainda há algum impedimento para cobrança do crédito tributário mantido.

Sala das Sessões, em 06 de agosto de 2008.


MAURÍCIO TAVERA E SILVA 