



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

Processo nº 10880.018741/98-38
Recurso nº 138.247 Embargos
Matéria Auto de Infração de Cofins
Acórdão nº 203-13.489
Sessão de 04 de novembro de 2008
Embargante D L LUBRIFICANTES LTDA.
Interessado Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes

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

Período de apuração: 01/12/1992 a 31/12/1992, 31/03/1993 a 30/11/1993, 31/01/1994 a 28/02/1994, 30/04/1994 a 31/08/1997

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Verificada a omissão do Acórdão quanto à análise de matéria, equivocadamente tida pela Câmara como não impugnada, é de se acolher os embargos de declaração para re-ratificar a decisão então prolatada.

**DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.
LEVANTADA DE OFÍCIO. CINCO ANOS CONTADOS DO
FATO GERADOR.**

Embora a matéria já tivesse sido enfrentada por esta Terceira Câmara, foi a ela devolvida em face dos embargos de declaração acolhidos parcialmente, e considerados decaídos os lançamentos correspondentes aos períodos de apuração anteriores aos cinco anos contados da ciência do lançamento, em face da edição da Súmula Vinculante nº 08, do STF, que considerou inconstitucional o artigo 45, I, da Lei nº 8.212, de 1991.

**MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. AÇÃO JUDICIAL
EM QUE NÃO SE OBTVEU PROVIMENTO EM FASE
ALGUMA. ARTIGO 62 DA LEI Nº 9.430, DE 1996. NÃO
CABIMENTO.**

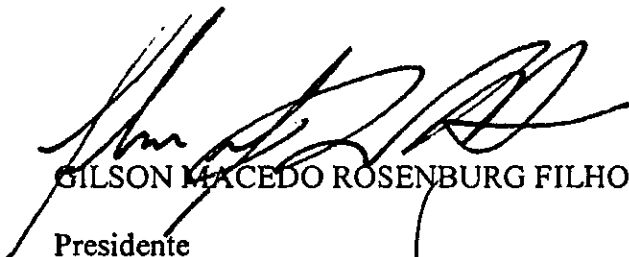
Em nenhuma das fases processuais da ação judicial impetrada pela autuada obteve ela medida liminar ou tutela antecipada de sorte a poder se valer da regra insculpida no artigo 62 da Lei nº 9.430, de 1996.


Embargos Acolhidos em Parte com Re-ratificação do Acórdão.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16, 02, 09
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Sispex 91850


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração para re-ratificar o Acórdão nº 203-12.598, reconhecendo a omissão do Acórdão ora embargado apenas no que se refere à multa de ofício e aos juros de mora, negando, todavia, provimento ao recurso, e reconhecendo, de ofício, a decadência dos fatos geradores anteriores a julho de 1993.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente


ODASSI GUERZONI FILHO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes, Raquel Motta Brandão Minatel (suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília <u>16, 01, 09</u>
 Marilda Cursator de Oliveira Mat. SIAPE 91650

Relatório

Trata o presente julgamento de analisar Embargos de Declaração tempestivamente interpostos pela interessada, sob o argumento de que o Acórdão nº 203-12.598, proferido por esta Terceira Câmara na Sessão de 21 de novembro de 1997, voto condutor de relatoria da Conselheira Sílvia de Brito Oliveira, se omitiu de considerar duas matérias, por ter entendido como tendo sido as mesmas não impugnadas e postas somente quando da apresentação do Recurso Voluntário. Refere-se a Embargante ao seu inconformismo apresentado na impugnação quanto ao percentual da multa aplicada e quanto à exclusão da base de cálculo da contribuição, do valor do ICMS, os quais, portanto, não teriam sido objeto de análise pelo voto ora embargado.


Em seguida, reproduz o teor de sua peça recursal, cujos temas ou matérias questionadas se referem à decadência parcial do lançamento, à falha no lançamento por ter o mesmo se valido de prova emprestada, e por ter sido incluído o ICMS na base de cálculo.

É o Relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16 / 01 / 09
<i>elb</i> Marilce Cursato de Oliveira Mat. Sape 91650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 16 / 01 / 09


Marilda Custódio de Oliveira
Mat. Sisepe 91650

Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

Os presentes embargos devem ser acolhidos, visto que, realmente, não obstante tivesse a autuada se insurgido ainda na fase impugnatória contra o percentual da multa de ofício, tal tema não foi abordado pelo voto ora embargado, daí a necessidade desta Terceira Câmara sobre ela deliberar.

O argumento da então Impugnante¹ foi o de que não teria praticado qualquer irregularidade capaz de lhe gerar uma tão pesada punição, referindo-se, aqui, à multa de ofício de 75% e aos juros de mora. Alega que, pelo fato de ter ingressado no Poder Judiciário, estaria protegida pelo artigo 63 da Lei nº 9.430, de 1996, e que ainda não teria havido decisão judicial definitiva quanto às ações que intentara.

Referido dispositivo legal dispunha, à época da lavratura do auto de infração:

Art. 63. Não caberá lançamento de 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 do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Por sua vez, o mencionado inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, dispõe:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

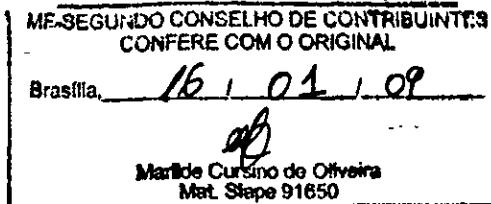
IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

(...).

Esclareço, a partir da Certidão de Objeto e Pé de fl. 274, que a ação judicial a que se refere a Embargante é um Mandado de Segurança Coletivo interposto pela Associação Nacional dos Distribuidores Revendedores de Lubrificantes – Adilub, da qual faz parte, processo nº 94.0025895-0, que, pugna pela não incidência do PIS/Pasep e da Cofins sobre as operações com derivados do petróleo, por conta da alega imunidade constitucional, teve

¹ Constante das fls. 170 e 171 da pela impugnatória.





seu pedido de liminar indeferido em outubro de 1994, com a respectiva sentença prolatada em abril de 1995 julgado improcedente o pedido e denegando a segurança. Foi interposto agravo de instrumento contra a decisão que julgou deserto o recurso de apelação da autora, o qual, segundo informa a DRJ no item 7.2 (fl. 341), teve homologado a sua desistência.

Assim, conforme já pontuara a instância de piso, em nenhum momento a atuada esteve amparada por qualquer provimento jurisdicional no âmbito desse mandado de segurança de sorte a lhe garantir a suspensão da exigibilidade.

Assim, não estando presente a condição imposta pelo citado inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, não há que se falar em aplicação do disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430, de 1996.

Na mesma linha, não procedem os argumentos da Embargante de que os juros de mora não poderiam ser aplicados, a teor do posicionamento já fincado pela instância de piso, o qual, peço vênha para aqui reproduzir e adotá-lo como se meu fosse, *verbis*:

8.3. Quanto à incidência dos juros moratórios, convém, de início, reproduzir o dispositivo do Código Tributário Nacional que regula a matéria, in verbis:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária."

8.3.1. Com esteio nesta prescrição, o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996 determina a aplicação da taxa Selic para fins de cálculo dos juros moratórios para os débitos não pagos nas datas previstas na legislação específica.

8.3.2. Há que se considerar, ainda, que a impetração desse Mandado de Segurança não obsta a exigência dos juros de mora, pois basta o recolhimento da exação a destempo para que a exigência tenha lugar, independentemente de haver ou não provimento jurisdicional determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Tal provimento não contempla a dispensa específica dos juros moratórios. Isso porque a questão dos juros simplesmente não foi levada à apreciação do Judiciário. Portanto, não há que se falar em atentar contra comezinhos princípios de direito, uma vez que tal matéria não foi questionada no Judiciário.

8.3.3. Realmente, os juros de mora correspondem ao custo do dinheiro no tempo. A cobrança dos juros moratórios tem a finalidade de recompor este custo àquele que se viu privado dos recursos no tempo devido. A pretensão do Impugnante, acaso acatada, importaria enriquecimento ilícito às custas da Fazenda Pública. Os juros moratórios, portanto, são devidos mesmo diante da permanência da liminar deferida em mandado de segurança, hipótese esta não verificada no presente caso, conforme já demonstrado.

8.3.4. Com base em tais fundamentos, considerando mais uma vez que a exigibilidade do crédito tributário não está suspensa, é de se concluir



11F-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16 / 01 / 09
Marilce Gursino de Oliveira
Mat. Sape 91650

que a objeção apontada pelo Impugnante não infirma a inclusão dos juros moratórios no lançamento de ofício de que cuida o presente processo, já que a autoridade autuante apenas deu cumprimento à lei.

Assim, correta a decisão da DRJ que manteve a exigência da multa de ofício e dos juros de mora, devendo ser acrescentado ao Acórdão ora embargado também o posicionamento da Câmara quanto a esta matéria.

Aproveitou-se a Embargante da omissão verificada no Acórdão para, agora, em sede de embargos, tentar trazer a esta fase de julgamento matéria que, diferentemente do que supõe, não fora objeto do Recurso Voluntário e, portanto, restara preclusa a teor da manifestação expressa desta Terceira Câmara no referido Acórdão nº 203-12.598.

Refiro-me ao tema *exclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição*, o qual, para a Embargante, havia, sim, sido por ela tratado na impugnação quando o mesmo tratara do tema *imunidade constitucional*. O raciocínio da Embargante é o de que, ao tratar da *imunidade*, para ela, uma forma de exclusão total do campo de competência de qualquer tributo, "(...) resta evidente que a exclusão parcial – exclusão do ICMS da base de cálculo – é um menos".

Massima venia, a Embargante não está com a razão, visto que, à evidência, a *exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins* demanda a análise de argumentação e fundamentação específica e, portanto, diversa daquela necessária para se enfrentar a *imunidade das operações de combustíveis*.

Tem razão, todavia a Embargante, quando suscita também a decadência parcial do lançamento, visto que, sendo matéria de ordem pública pode ser abordada a qualquer tempo.

De acordo com o recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por meio da edição da Súmula Vinculante 8, o dispositivo legal que dava sustentação ao entendimento de que o prazo decadencial para o PIS/Pasep e para a Cofins era de dez anos, qual seja, o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, foi considerado inconstitucional. Assim, para fins de definição do termo inicial do prazo decadencial, são dois os dispositivos legais a serem consultados, quais sejam, o artigo 173, inciso I, e o art. 150, § 4º, ambos do CTN. No presente caso, a regra a ser seguida é a do § 4º do artigo 150, qual seja, a de que o Fisco dispõe de cinco anos para a constituição de créditos tributários relativos a tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação, contados da ocorrência do fato gerador, sob pena da decadência do direito de fazê-lo. E isso, no presente caso, ocorreu para os fatos geradores de dezembro de 1992 e de março a junho de 1993, visto que a ciência do lançamento se deu em 21/07/1998.

Conclusão

Em face de todo o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração, re-
ratificando o Acórdão nº 203-12.598 nos seguintes termos: dando provimento parcial ao
recurso para reconhecer a omissão do Acórdão ora embargado apenas no que se refere à multa
de ofício e aos juros de mora, negando, todavia, provimento ao recurso, e reconhecendo, de
ofício, a decadência dos fatos geradores anteriores a julho de 1993.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2008

ODASSI GUERZONI FILHO