



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

Processo n° 10880.044861/93-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-001.268 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria PIS/COFINS. IMPORTAÇÃO.
Recorrente CNEC - ENGENHARIA S/A, atual denominação de CNEC - CONSÓRCIO NACIONAL DE ENGENHEIROS CONSULTORES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1991,1992

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO.

Em face da unidade de jurisdição, a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte, versando sobre a mesma matéria, importa renúncia às instâncias do contencioso administrativo. Súmula CARF n° 01.

MULTA DE MORA. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

Não é cabível a cobrança de multa de mora que não tenha sido regularmente constituída por meio de lançamento tributário. Nos termos do que dispõe o art. 142 do CTN, o crédito tributário deve ser constituído pelo lançamento.

O DARF, enviado ao contribuinte por meio de intimação fiscal, não é instrumento legal adequado para constituição do crédito tributário.

JUROS DE MORA. CRÉDITO SUSPENSO. AÇÃO JUDICIAL. CABIMENTO.

Incidem os juros de mora mesmo nos casos em que a cobrança dos tributos estiver suspensa por força de decisão judicial, nos termos do que prescreve o art. 5º do Decreto-Lei n° 1.736, de 20/12/1979.

Recurso Voluntário parcialmente conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira – Presidente

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Gilberto Moreira de Castro Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza, Tatiana Midori Migiyama e Adriene Maria de Miranda Veras.

Relatório

O presente litígio decorre de lançamento de ofício, veiculado através de auto de infração lavrado em **19/08/93** (e-fls. 34/ss), para a cobrança do Finsocial, multa de ofício (no percentual de 100%, nos termos da legislação vigente à época) e juros de mora, em decorrência de valores não recolhidos do tributo no período de apuração de novembro de 1991 a março de 1992.

Por bem descrever os fatos transcreve-se o relatório constante da decisão de primeira instância administrativa, *verbis*:

1. CNEC - ENGENHARIA S/A., atual denominação de CNEC – CONSÓRCIO NACIONAL DE ENGENHEIROS CONSULTORES S/A, empresa acima identificada, foi submetida a auditoria fiscal.

2. Ao final do procedimento fiscal a fiscalização constatou falta de recolhimento do FINSOCIAL referente aos meses de 11/91, 12/91, 01/92, 02/92 e 03/92, conforme descrito à fl. 02, no Termo de Constatação.

3. Em razão da irregularidade apurada, foi lavrado, em 19/08/93, o seguinte auto de infração:

*3.1. Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL, fls. 31/32): Crédito tributário apurado, 108.262,88 Ufir, contemplando a contribuição calculada à **alíquota de 2%**, multa de ofício e Juros de mora, calculados até 16/08/93, enquadramento legal citado à fl. 32.*

4. O contribuinte apresentou impugnação tempestiva de fls. 35/48, em 17/09/93, alegando em síntese:

*4.1. requer a anulação da autuação, pois discute nos autos **do processo judicial nº 92.00024738-5 a exigibilidade do crédito tributário;***

4.2. incorreta a lavratura do auto de infração;

4.3. contesta a aplicação da multa de ofício e dos juros moratórios;

5. Em 10/01/95, esta DRJ, por intermédio da Resolução 323/95.11.149 (11. 76), sobrestou o julgamento da impugnação em face da existência de ação judicial.

6. É o relatório.

A 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo - I proferiu o Acórdão nº 16-22.011, em 2 de julho de 2009 (e-folhas 148/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1991-1992

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/09/2014 por LUIS EDUARDO GARROSSINO BARBIERI, Assinado digitalmente em 03/09/2014 por LUIS EDUARDO GARROSSINO BARBIERI, Assinado digitalmente em 14/09/2014 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES OLIVEIRA

Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial.

MULTA DE OFICIO.

De ofício, deve ser aplicada a lei que comine penalidade menos severa a fatos pretéritos não definitivamente julgados.

JUROS DE MORA.

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

Lançamento Procedente em Parte

Consta do voto condutor do acórdão da DRJ restou decidido que: (i) não se tomou conhecimento do recurso quanto à matéria já levada à apreciação do Poder Judiciário (a exigibilidade da contribuição ao Finsocial); (ii) foi cancelada a multa de ofício; (iii) foi mantida a cobrança dos juros moratórios.

A interessada cientificada do Acórdão da DRJ – São Paulo em 24/11/2009 (e-folhas 170, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 107/ss), em 28/12/2009, onde em síntese alega que:

- a decisão proferida não foi de todo acertada, vez que a Receita Federal do Brasil ainda exige multa da Recorrente, de caráter moratório, assim como juros de mora, mesmo ciente de que a exigibilidade do tributo encontra-se suspensa;

- estando o crédito tributário suspenso não há que se falar em vencimento, em nenhum momento apontado pela Autoridade Fazendária e sequer no acórdão proferido, motivo pelo a necessidade de reforma do julgado, com a exclusão da multa moratória aplicada sobre a Recorrente;

- estando o crédito tributário com a exigibilidade suspensa (art. 151, CTN) não há que se falar em mora e sequer em prazo para pagamento;

- afastada a multa de ofício pelo acórdão da DRJ, não se pode cobrar a multa de mora, pelas mesmas razões que a multa de ofício foi afastada (suspensão da exigibilidade do crédito tributário);

- o parágrafo 2º, do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, dispõe que a interposição de ação judicial — reconhecida no próprio acórdão — interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a decisão que considerar devido o tributo;

- o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos juros de mora, em outras palavras, não havendo "mora", atraso, não há que se falar em cobrança de penalidade e sequer na incidência de juros;

- o acordo recorrido aponta que os juros de mora seriam devidos a teor do que determina o art. 5º do DL nº 1.736/79 (que tratava da cobrança), entretanto, a exigibilidade do crédito tributário encontrava-se suspensa e não a cobrança, que sequer ocorreu, sendo que a distinção entre suspensão da exigibilidade do crédito tributário e cobrança do crédito tributário é feita pelo próprio Código Tributário Nacional em seus artigos 151, 173 e 174.

- o §3º, do artigo 61 da Lei nº 9.130/1996 dispõe sobre a incidência dos juros de mora, da mesma maneira que trata da multa de mora, estabelecendo que os juros de mora incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento,

Por fim, requer que se julgue procedente o presente Recurso para cancelar o lançamento efetuado.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório

Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

Como relatado, a Recorrente impetrou ação judicial (processo judicial nº 91.0743522-3), antes da lavratura do auto de infração, onde pleiteia o “*direito de não efetuarem o recolhimento das contribuições devidas a título de FINSOCIAL, dispondo-se a, se assim for o entendimento de R. Juízo, efetuar, mês a mês, o depósito do valor correspondente ao que seria recolhido aos cofres públicos através da rede bancária, sendo certo, que o próximo recolhimento dar-se-á no dia 06 de janeiro de 1.992. (...)*” (vide pedido da inicial – e-fls. 19).

Em 27/01/1992 foi deferida medida liminar para a suspensão da exigência do tributo (e-fl. 30). Foi prolatada sentença nos autos do processo nº 91.0743522-3 pelo juiz da 14ª Vara Federal em São Paulo (e-fls. 64/ss), nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a medida liminar requerida, com eficácia provisória durante toda a pendência do processo principal, em relação à fiança bancária apresentada nestes autos. Sem honorários, visto não existir, no processo cautelar, forma de sucumbência (à mingua de qualquer condenação, só verificável no Processo principal onde será discutida a questão de direito material). Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

A existência da citada ação judicial é confirmada em despacho exarado pela autoridade fiscal da DRF – São Paulo (e-fls. 38).

Consta, ainda dos autos, cópia da sentença na Ação Declaratória com Repetição de Indébito - proc. nº 92.24738-5 (e-fls. 68/ss), cuja parte dispositiva transcreve-se abaixo:

1. ISTO POSTO, com base na fundamentação expendida, julgo PROCEDENTE o pedido desta ação declaratória negativa, por não reconhecer existência de relação jurídica obrigacional entre os litigantes sobre os questionados aspectos do Finsocial, a partir da edição da Lei no 7.689/88, nos termos da postulação contida na inicial. Condeno a União a restituir à parte autora todos os pagamentos, efetivamente comprovados nestes autos, que ultrapassaram a alíquota de 0,5% devida a título de Finsocial, com todos os acréscimos legais a partir da data do efetivo pagamento.

As partes apresentaram recurso de apelação ao TRF da 3ª Região, que proferiu acórdão em 12/06/96 (e-fls. 141/ss), considerando devida a contribuição ao FINSOCIAL à alíquota de 0,5%. Ocorreu a baixa definitiva em 18/08/97 (e-fl. 140).

Portanto, não há dúvida da existência de ação judicial tratando da discussão sobre a incidência do Finsocial. Logo, nesta parte o Recurso Voluntário não deve ser conhecido

na esfera administrativa por haver identidade de matéria e de partes, entre este processo administrativo e o processo judicial objeto de ação judicial impetrado pela Recorrente. Este, inclusive, é o teor da Súmula CARF nº 01, *verbis*:

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 administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Resta, então, analisarmos se é cabível a exigência da multa de mora e dos juros moratórios.

No tocante a **multa de mora** assiste razão à Recorrente. Entendo que a mesma não pode ser exigida por dois motivos.

O primeiro motivo é que a multa **não consta do auto de infração lavrado** (vide e-fls. 34), mas apenas de DARF (e-fls. 169) enviado ao contribuinte por meio da Intimação nº 4414/2009 (e-fls. 167), que lhe comunicou o resultado do julgamento da DRJ – São Paulo e o intimou do pagamento do débito. Ou seja, a multa não foi regularmente constituída nos termos do que prescreve o art. 142 do CTN por meio de um lançamento tributário. Consta do auto de infração apenas a cobrança da multa de ofício, a qual foi cancelada pela decisão recorrida. Portanto, não se pode cobrar um crédito que não foi regularmente constituído.

Não fosse isso, a multa mostra incabível porque à época em que foi emitida a citada intimação (19/11/2009) já se estava vigente a Lei nº 9.430/96, que assim dispõe em seu art. 63:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 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.*

Deste modo, como foi deferida medida liminar para a suspensão da exigência do tributo, deve-se aplicar o art. 151, inciso V, do CTN combinado com o art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, uma vez que a liminar concedida judicialmente suspendeu a exigibilidade do tributo até 30 dias contados da data da publicação da decisão judicial. Desta forma, a empresa poderia ter realizado o pagamento dos valores controvertidos sem aplicação de multa de mora, a teor do que dispõe o caput do artigo 63.

Quanto aos **juros moratórios**, não merece reparos a decisão da DRJ – São Paulo. O art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736, de 20/12/1979, prevê a incidência dos juros de mora **mesmo nos casos em que a cobrança dos tributos estiver suspensa por força de decisão judicial, verbis**:

*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.*

Cabível, portanto, a incidência dos juros moratórios. Ressalte-se, entretanto, que na cobrança dos mesmos deve ser considerado o que foi decidido na esfera judicial (juros cobrados sobre o tributo incidente à alíquota de 0,5%).

Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos:

(i) Quanto ao **tributo** lançado, em face da concomitância existente, deve prevalecer a opção efetuada pela via judicial, cumprindo-se o que lá foi decidido;

(ii) Excluir a cobrança da **multa de mora**;

(iii) Manter a cobrança dos **juros de mora** sobre os tributos devidos (calculados segundo o que foi **decidido na ação judicial**, ou seja, incidência da alíquota de 0,5%).

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri