



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

Processo n° 11080.003968/2004-01
Recurso n° 882.902 Voluntário
Acórdão n° **3302-01.185 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 31 de agosto de 2011
Matéria Cofins - Auto de Infração
Recorrente OPEN OBRAS PROJETOS E ENGENHARIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/01/1999

LANÇAMENTO. APARTAÇÃO. ACÓRDÃO QUE ANALISA TODA A MATÉRIA. APLICAÇÃO AO PROCESSO APARTADO.

Aplica-se ao crédito tributário constante de processo apartado o acórdão que, regularmente, analisa toda a matéria objeto do lançamento.

Recurso Voluntário Não conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (217 a 226) apresentado em 11 de fevereiro de 2004 contra o Acórdão nº 3.056, de 7 de novembro de 2003, da DRJ Porto Alegre (cópia de fls. 109 a 116), cientificado em 15 de dezembro de 2003, que, relativamente a auto de infração da Cofins dos períodos de agosto de 1997 a janeiro de 1991, não conheceu da impugnação da Interessada, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da

Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/08/2002

Ementa: CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL — A existência de Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo Sindicato a que pertence a autuada, importa em renúncia à esfera administrativa nos aspectos coincidentes entre o pedido judicial e a peça impugnatória.

DECADÊNCIA - A Cotins é contribuição destinada à Seguridade Social e, como tal, tem o prazo decadencial de dez anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido constituído, entendimento esse consolidado no art. 95 do Regulamento do PIS/Pasep e da Cofins, Decreto nº 4.524, de 2002.

JUROS DE MORA — As normas reguladoras dos juros de mora que determinam a aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se disciplinadas em lei, emanada do Poder competente gozando de presunção natural de constitucionalidade e de legalidade.

MULTA DE OFÍCIO - CONSTITUCIONALIDADE — Não cabe a apreciação por órgão administrativo da constitucionalidade ou legalidade de legislação.

EXCLUSÕES — Não cabe excluir do valor da base de cálculo o valor repassado aos subcontratados.

VIGÊNCIA — Conforme determinado na própria Lei nº 9.718, de 1998, no lançamento foi aplicada a alíquota de 3% para os fatos geradores a partir de 1º de fevereiro de 1999.

Lançamento Procedente

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

Contra a interessada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 251/256, relativo à Cofins dos períodos de apuração de agosto de 1997 a agosto de 2002, totalizando R\$ 518.765,03 (quinhentos e dezoito mil, setecentos e sessenta e cinco reais e três centavos), com juros de mora calculados até 31.10.2002, por ter a interessada incluído na base de cálculo da contribuição

apenas os valores recebidos pela execução de obras públicas, deixando de incluir os demais valores recebidos pelas suas atividades. Após a juntada dos elementos contábeis da contribuinte (fls. 37/224 e 228/237) os fiscais autuantes elaboraram as planilhas de fls. 238/239 nas quais explicitaram a cada mês os valores que não haviam sido incluídos nos cálculos originais da interessada e o resultado da aplicação da alíquota, conforme consta do Relatório de Fiscalização de fls. 225/227, parte integrante do Auto de Infração.

2. Consta também daquele Relatório ter a interessada ingressado com Mandado de Segurança Coletivo (17 de dezembro de 1996), impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Rio Grande do Sul (fls. 19/36), sendo objeto do pedido a não incidência da Lei Complementar n.º 70, de 1991, sobre as receitas decorrentes da venda de bens imóveis, não havendo depósito judicial ou decisão judicial que amparasse a pretensão da interessada em não incidir a Cofins sobre os valores excedentes aos tributados por ela.

3. A interessada impugna tempestivamente o lançamento (fls. 286/330), insurgindo-se contra a incidência de Cotins sobre a venda de imóveis, transcrevendo relato do Ministro José Delgado acerca da incidência de Cofins sobre os valores da venda de imóveis.

Alega que, se vencida neste questionamento, os valores a tributar deveriam ser excluídos dos valores repassados a subempreiteiras.

4. Também defende que a alíquota de 3% determinada pela Lei nº 9.718, de 1998, somente pode ser utilizada a partir de fevereiro de 1999.

5. Considera ser inconstitucional que a taxa Selic seja aplicada para cálculo dos juros de mora, pela impropriedade que a mesma representa para servir de alicerce na cobrança de créditos tributários da União. Embora prevista no artigo 13 da lei nº 9.065, de 1995, não existe diploma legal que consolide a forma de sua apuração. Assim, deveria ser aplicado o disposto no artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional que estipularia a aplicação dos juros de mora ao patamar de 1% ao mês.

6. Quanto à multa de ofício, considera ilegal sua aplicação nos moldes do Auto de Infração, alegando ter sido utilizada a multa isolada. O percentual aplicado constitui-se em confisco, e, embora prevista em lei (artigos 43 e 44 da Lei nº 9.430, de 1996), violaria o preâmbulo da Constituição Federal vigente, bem como o determinado no artigo 150 da Carta Magna, o qual abrange também a multa a ser aplicada, conforme jurisprudência que cita e copia.

Em relação ao período em questão, no entanto, além de concluir pela não ocorrência de decadência, decidiu o seguinte a DRJ:

10. *Verifica-se a existência de Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Rio Grande do Sul, do qual a interessada faz parte, conforme informação da fiscalização e da própria interessada, no qual está sendo questionada a incidência da Lei Complementar nº 70, de 1991, sobre o faturamento pela venda de bens imóveis.*

11. *Assim, relativamente aos períodos de agosto de 1997 a janeiro de 1999, a argumentação da interessada tem o mesmo objeto da ação judicial impetrada (não incidência de Cotins prevista na Lei Complementar nº 70, de 1991), devendo ser obedecidas as disposições do parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979 e do art. 38, § único da Lei nº 6.830/80, ou seja, a propositura de ação judicial importa em desistência da esfera administrativa, razão pela qual não é mais possível o julgamento de questões abordadas pela interessada na sua impugnação se já as estiver questionando judicialmente.*

Tal conclusão resultou na apartação dos autos originais, conforme despacho de fl. 1.

Com isso, os débitos foram inscritos em dívida ativa.

Entretanto, segundo o despacho de fls. 178 e 179, a inscrição foi cancelada, à vista a Interessada ter apresentado exceção de pre-executividade (fl. 212) e o processo ter sido arquivado por falta de exigibilidade da dívida.

Juntou-se aos autos cópia de acórdão do 2º Conselho de Contribuintes, relativamente ao processo 11080.015849/2002-21 e determinou-se o cancelamento da inscrição (fls. 197 e 207).

Na fl. 210, a DRF Porto Alegre exarou o seguinte entendimento:

Pudemos verificar que a decisão judicial juntada aos autos 11080.015848/2002-87 e 11080.015849/2002-21 não repercute nos débitos cobrados neste processo, porquanto tratam de COFINS referentes aos PA's de 08/1997 a 01/1999, portanto anteriores aos efeitos da Lei nº 9.718/98.

Entretanto, parece haver decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes, fls. 181/191, negando os termos do despacho de fls. 194/196, desta PFN, o que possibilitaria dar seguimento aos procedimentos de cobrança dos débitos aqui discutidos.

Por fim, cabe ressaltar que o débito referente a maio de 1998 foi apurado sobre a base de cálculo efetivamente ocorrida naquele mês, como também sobre R\$ 157.000,00, ocorridos em maio de 2001 (fls. 05/15), porquanto encaminhamos demonstrativo de débitos para eventual alteração do tributo neste período, depois de resolvida a pendência citada no parágrafo acima.

Os autos foram encaminhados para análise da repercussão do despacho de fl. 210, acima citado, em relação aos débitos do presente processo, com remessa para cobrança amigável (fl. 214).

Na fl. 247, requererem-se providências para acerto dos débitos e cobrança. A Interessada foi intimada em 30 de março de 2010, tendo apresentado a “impugnação” de fls. 259 a 277.

Da fl. 281, constou despacho com a seguinte conclusão:

Tendo havido a extinção da IDAU e em atenção ao despacho de fls. 214 da PFN/RS foi efetuado:

- 1. Alteração do débito do PA 05/1998, conforme despacho de fls. 209/210;*
- 2. Acerto no sistema Sincor/Profisc;*
- 3. Encaminhamento de cópia das fls. 227/237 (Acórdão 204-01.039 do Segundo Conselho de Contribuintes) ao interessado;*
- 4. Carta Cobrança, conforme determinado pela PFN às fls. 214 (vide fls. 252/255).*

O interessado apresentou manifestação de fls. 259/277.

Tratando o presente processo de débitos apartados do processo 11080.015849/2002-21, e tendo o Acórdão nº204-01.039 do Segundo Conselho de Contribuintes tratado da integralidade da matéria contestada (o que incluía, s.m.j., os débitos apartados para o presente processo) remanesceria pendente tão somente a providência solicitada pela PFN (“cobrança amigável” — fls. 214) e posterior retorno à Dívida Ativa da União para nova inscrição. Contudo, em face da nova manifestação do interessado e visando evitar nova e eventual demanda judicial. questionando cerceamento de direito de defesa, entendo que caiba o encaminhamento ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais consideração e eventuais providenciais de sua alçada. Alerta-se, ainda, a urgência, do caso em questão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

Preliminarmente, examina-se a questão de se o Acórdão nº 204-01.039 abrangeu os débitos de que tratam os presentes autos, haja vista haverem sido apartados do processo originário depois da decisão da DRJ.

O relatório do acórdão cita o período total da autuação (fl. 229) e a concomitância de processos judicial e administrativo (fl. 230).

No voto, a Conselheira relatora refere-se a todo o período da autuação e seu voto mantém, integralmente, a decisão da DRJ (fl. 237).

Dessa forma, ainda que se tenha considerado a apartação dos débitos, tal providência restou inócua, tanto em relação à ação de execução, quanto em relação ao julgamento da matéria pelo 2º Conselho de Contribuintes.

Vale dizer, o referido acórdão apreciou a totalidade da matéria do recurso, que abrangia os débitos em questão nos presentes autos, e, portanto, aplica-se a eles.

Tendo assim já ocorrido o julgamento da matéria, descabe nova apreciação, razão pela qual, conclui-se que não há novo recurso nos presentes autos.

Dessa forma, deixando de tomar conhecimento de recurso, voto por ratificar a aplicação do Acórdão nº 204-01.039 aos débitos dos presentes autos.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco