



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

Processo n° 11543.005778/2002-64
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-002.510 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2014
Matéria Cofins
Recorrente ESTEVE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2001 a 31/12/2001

Ementa:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de liminar em mandado de segurança, cuja consequência é a mera suspensão de exigibilidade de crédito fiscal. Portanto, o auto de infração é instrumento hábil para constituir o crédito tributário e impor a penalidade aplicável

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator .

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente

Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Fernando Luiz da Gama Lobo D Eca, Pedro Souza Bispo e Fenelon Moscoso de Almeida.

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido:

Contra a empresa qualificada em epigrafe foi lavrado auto de infração de fls. 65/68 em virtude da apuração de falta de recolhimento da COFINS no período de 01/02/2001 a 31/12/2001, exigindo contribuição de R\$ 2.459.779,18, e juros de mora de R\$ 537.342,90, perfazendo o total de R\$ 2.997.122,08. O crédito tributário foi lançado com exigibilidade suspensa por força da Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 2001.50.01.002514-5, da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo (art.151, incisos II e IV do CTN).

No Relatório Fiscal, a AFRFB atuante esclarece que durante os procedimentos de verificações obrigatórias foi constatado que:

1) em 15/02/2001, através do processo nº 2001.50.01.0025145, a empresa impetrou mandado de segurança com pedido de medida liminar, com o propósito de obter a suspensão da exigibilidade da COFINS sobre suas receitas não decorrentes venda de mercadorias ou de serviços, bem como da majoração de um ponto percentual (dois para três por cento), conforme alterações introduzidas pela Lei e 9.718/98, bem como compensar os valores recolhidos à maior a título de COFINS com futuros débitos da mesma contribuição, vide decisão de fls. 35/37;

2) através da sentença datada de 30/10/2002, foi concedida parcialmente a segurança para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir do impetrante o recolhimento da COFINS sobre sua "receita bruta", nos termos do art.3º da Lei e 9.718/98, devendo ser restabelecida a sistemática anterior, traçada pela Lei Complementar nº 70/91, tomando-se o "faturamento" como base de cálculo, ressaltando-se a aplicação da alíquota de 3% (três por cento) estatuída no art.8º da Lei e 9.718/98 (fls.38/45);

3) Em 28/11/2002, a empresa requereu a desistência parcial da demanda no que tange a discussão da majoração da alíquota do tributo em tela de 2%(dois por cento) para 3% (três por cento), prosseguindo na lide no que se refere ao critério tomado como base de cálculo, faturamento ou receita, fls. 46/49, tendo efetuado o pagamento da parte não litigiosa (DARF de fls. 50/60);

4) Pelo fato da empresa ter dado prosseguimento a ação com referência a base de cálculo que foi restabelecida pela sentença, cabe o lançamento do crédito tributário referente a "Outras Receitas Auferidas" cujos débitos não foram declarados, correspondente ao período de fevereiro a dezembro de 2001;

5) As parcelas do crédito tributário estão sendo constituídas para prevenir o direito da Fazenda Nacional contra o instituto

da decadência cuja exigibilidade está vinculada ao processo judicial citado.

O enquadramento legal encontra-se a fls. 66.

Cientificada em 17/12/2002, a interessada apresentou a impugnação e fls. 77/80, na qual alegou:

1) De fato não efetuou o recolhimento da COFINS reclamada na autuação, calculada na base de 3% sobre outras receitas, do período de fevereiro a dezembro de 2001, pois está amparada por decisão judicial proferida em 30/10/2002 nos autos do mandado de segurança - processo nº 2001.50.01.002514-5;

2) De acordo com a r.sentença, a autoridade impetrada deve se abster de exigir da contribuinte o recolhimento da COFINS sobre sua receita bruta nos termos do art.3º da Lei nº 9.718/98. Diz a sentença ainda que deve ser restabelecida a sistemática anterior, traçada pela LC 70/91, tomando-se o "faturamento" como base de cálculo, ressaltando-se a aplicação da alíquota de 3% estatuída no art.8º da Lei nº 9.718/98;

3) Diante desse fato entende a defendente que o auto de infração não pode prosperar, posto que o não recolhimento da COFINS no período reclamado no auto de infração está amparado por sentença judicial que suspendeu sua exigibilidade;

4) Por essas razões, espera a contribuinte seja recebida e provida a presente defesa para o fim de cancelar o auto de infração em questão, posto que qualquer cobrança neste sentido estaria afrontando a decisão judicial acima referida;

5) Protesta a defendente pela produção de todas as provas. em direito admitidas, em especial perícia e juntada de novos documentos.

Junto com a impugnação, a pessoa jurídica carrou aos autos Procuração, Ata da Assembléia Geral Extraordinária.

Mediante despacho exarado às fls.106, a SECAT/DRF-Vitória/ES considerou intempestiva a presente impugnação, porém após expediente apresentado pelo contribuinte junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, cuja cópia consta acostada às fl. 138, e junto ao próprio SECAT/DRF-Vitória/ES — fl.1441146, a impugnação foi considerada tempestiva — pois entregue em 16/01/2003(cópia do contribuinte U fl.114), sendo tal fato consignado no despacho da DRF-Vitória de fl.161.

A 5ª Turma da Delegacia de Julgamento no Rio de Janeiro julgou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 13-27.883, de 28 de janeiro de 2010, cuja ementa abaixo reproduzo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2001

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. LANÇAMENTO.

O lançamento de Crédito Tributário cuja exigibilidade esteja suspensa por meio de decisão judicial não definitiva destina-se a prevenir a decadência, e constitui dever de ofício do agente do Fisco.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Considera-se como não impugnada a contribuição lançada, quando não contestada expressamente pelo contribuinte.

PROVA DOCUMENTAL

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.

Inconformado com a decisão da DRJ, apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual repisa os argumentos apresentados na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

O recurso foi apresentado com observância do prazo previsto, bem como dos demais requisitos de admissibilidade. Sendo assim, dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

A questão central da lide posta nos autos diz respeito à possibilidade de lançamento tributário referente à matéria que está sendo discutida no Poder Judiciário.

Entendo que a sentença proferida em ação judicial não impede o lançamento tributário. Não poderia ser diferente, em vista da indisponibilidade do crédito tributário. Assim sendo, os provimentos judiciais que suspendem a sua exigibilidade não têm o condão de impedir o lançamento. Salvo se no dispositivo da sentença houver previsão expressa neste sentido.

Para ilustrar minha opinião, pinço parte de texto do professor Alberto Xavier sobre o assunto, *verbis*:

A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.

Noutro giro, a formalização do crédito tributário pelo lançamento, consoante o disposto no artigo 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuar-lo, ainda que a exigibilidade esteja suspensa. Sobre o assunto, no sentido de elucidar tal posicionamento, pode-se citar trecho do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator Ari Pargendler, em

decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em sede de Agravo de Instrumento - Processo n.º 91.04.03398-1:

“... Na espécie, portanto, a agravada poderia ter corrigido monetariamente as contas de seu balanço pelo índice que lhe aprovesse, independentemente de provimento judicial, desde que se sujeitasse a eventual lançamento “ex-officio” por diferenças que o fisco entendesse devidas. Mas ela não quer se ver nessa contingência, e então propôs a presente ação, obtendo liminarmente a sustação do lançamento suplementar. Até aí não vai o poder cautelar do Juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal, subordinado ao contraditório, que não importa dano algum para o contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiam em nosso ordenamento jurídico (“solve et repete”, depósito da quantia controvertida, etc.). A imposição nele contida pode ser ilegal, mas a pretexto disso não se deve tolher a constituição do crédito tributário, resultado de um procedimento que a Administração Pública está vinculada por lei ...”

Por conseguinte, ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151 do CTN, o lançamento (ou auto de infração) deve ser sempre levado a cabo. E a razão disto é imediata. Materializada a hipótese jurídico-tributária da regra-matriz de incidência, isto é, dado o fato jurídico-tributário, começa a fluir o prazo decadencial contra o direito subjetivo da Fazenda Pública que acaba de vir a lume. Necessário se faz, portanto, assegurar este direito.

É pacífico o entendimento, tanto administrativo quanto no âmbito do Judiciário, de que, nos casos em que houver liminar em mandado de segurança, ou em procedimento cautelar, ou depósito do montante integral do tributo, deve ser efetuado o lançamento, conforme art. 142, parágrafo único, do CTN, sendo o sujeito passivo regularmente notificado (art. 145 do CTN c/c o art. 7º, I, do Decreto no 70.235/1972), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN). Nesse sentido, inclusive, estão as conclusões do Parecer PGFN/CRJN no 1.064/1993.

Toda essa preocupação surge porque uma eventual decisão final contrária ao sujeito passivo, tida e havida após o decurso do prazo decadencial, suscitaria prejuízos ao erário, porquanto a Fazenda Pública não teria ao seu dispor título algum com o qual pudesse embasar uma execução judicial.

Portanto, diante da obrigatoriedade de lançamento tributário pela autoridade fiscal quando deparado com a ocorrência do fato gerador e a possibilidade de reversão de decisão judicial não amparada pelo manto da coisa julgada, nego provimento ao recurso voluntário e o mantenho constituído com a exigibilidade suspensa.

Sala das Sessões, em 14/10/2014

Gilson Macedo Rosenburg Filho

CÓPIA