



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 24 / 11 / 08
Rubrica

Processo n° 13808.000907/2001-14
Recurso n° 148.929 Voluntário
Matéria COFINS; AÇÃO JUDICIAL; CONCOMITÂNCIA; JUROS DE MORA
Acórdão n° 204-03.436
Sessão de 03 de setembro de 2008
Recorrente CONCREPAV S/A - ENGENHARIA DE CONCRETO
Recorrida DRJ em Campinas/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2000

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA Nº 1 DO 2º
CC.

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.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.
LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA.
JUROS DE MORA.

São devidos os juros de mora no lançamento destinado à
constituição do crédito tributário para prevenir a decadência, cuja
exigibilidade esteja suspensa em razão de liminar concedida em
Mandado de Segurança.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao
recurso.

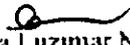
Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

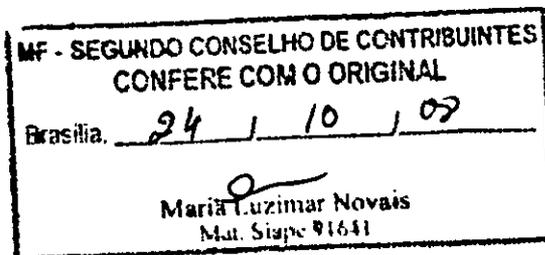
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24 / 10 / 08
Maria Luzimar Novais
Mat. Siapc 91641


LEONARDO SIADÉ MANZAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira e Renata Auxiliadora Marcheti (Suplente).

11

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Emissã. 24 / 10 / 08

Maria Luzimar Novais
Mat. Siapc 91641



Relatório

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, transcrevo o relatório da DRJ em Campinas/SP, *ipsis literis*:

Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 88/90, lavrado em decorrência de falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, nos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a setembro de 2000, no montante de R\$ 114.754,49.

No Termo de Verificação Fiscal, às fls. 82/83, a auditora fiscal assim descreve as irregularidades apuradas:

(...)

1. *Foram contabilizadas como base de cálculo do COFINS (faturamento ajustado pela exclusões), apenas valores referentes às receitas provenientes da prestação de serviços, não considerando no cálculo, as variações monetárias ativas, as receitas financeiras e outras receitas operacionais, o que resultou em ajustes ao faturamento, devidamente detalhados nos quadros anexos, os quais implicaram em insuficiências nos valores recolhidos, conforme se demonstra:*

(...)

3. *As parcelas devidas conforme ajustes da base de cálculo do faturamento constantes dos quadros acima, referentes ao período de Fevereiro/1999 a Setembro/2000, estão amparadas por decisão judicial – Liminar em Mandado de Segurança – Processo n° 1999.61.00.08355-8 (cópia anexa), encontram-se portanto suspensas; porém, não foram informadas nas respectivas DCTFs.*

(...)

3. *Regularmente cientificada em 22 de fevereiro de 2001, a contribuinte apresentou, em 21 de março de 2001, a Impugnação de fls. 93/105, na qual requer o cancelamento do auto de infração e alega, em síntese e fundamentalmente, que:*

3.1. *estaria protegida por liminar em mandado de segurança e, em consequência, o Fisco estaria impedido de efetuar o lançamento do tributo;*

3.2. *o Auto de Infração seria instrumento inadequado para a constituição do crédito tributário uma vez que, no caso, não teria havido infração;*

3.3. *estando protegida por medida liminar, não caberia a exigência dos juros moratórios;*

3.4. *ainda que se entenda devidos os juros moratórios, não poderiam estes ser calculados mediante a utilização da taxa Selic, por ilegal e inconstitucional;*

3.5. *a Lei nº 9.718, de 1998, balizadora da autuação ora confrontada, estaria viciada por inconstitucionalidade, pois teria ampliado a base de cálculo do tributo para além do permissivo constitucional constante do art. 195, I, o que somente seria possível por meio de lei complementar, conforme art. 195, IV da CF;*

3.6. *impossibilidade da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, "constitucionalizar" a Lei nº 9.718, de 1998, por ter esta sido promulgada antes da referida emenda."*

A DRJ em Campinas/SP indeferiu o pleito da contribuinte, em decisão assim ementada:

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE. A constituição do crédito tributário por meio do lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial. O auto de infração, mesmo nesta hipótese, é meio adequado para efetivação do lançamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

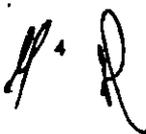
JUROS DE MORA. SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. Os juros de mora são calculados por meio da taxa Selic, conforme expressa previsão legal. Jurisprudência do STJ.

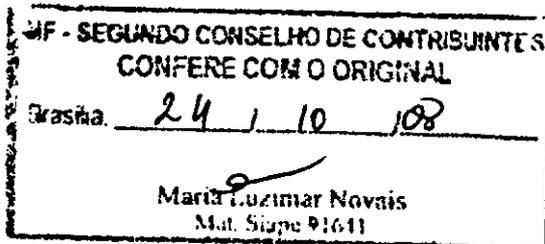
Lançamento Procedente

Irresignada com a decisão de Primeira Instância, a contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário reiterando os termos de sua Impugnação em relação ao mérito, pugnando pela improcedência da concomitância e dos juros de mora.

É o Relatório.

TERMO DE RECEBIMENTO DO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
DATA	24 / 10 / 08
	
Maria Luzimar Novaes	
M.º 10.100.000/08	





Voto

Conselheiro LEONARDO SIADE MANZAN, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que, dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Trata-se de pedido de auto de infração de Cofins, lavrado com base na Lei nº 9.718/98, tendo sido incluídas na base de cálculo as variações monetárias, as receitas financeiras e outras receitas operacionais.

O lançamento foi realizado com exigibilidade suspensa em razão de liminar concedida no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.08355-8, o qual teve origem na 13ª Vara Federal de São Paulo.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o citado Mandado de Segurança, com recurso pendente de apreciação pelo TRF da 3ª Região, abarca o objeto desta Ação Fiscal no tocante à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins, inserida no Ordenamento Jurídico pátrio pelo § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

Dessa forma, por ter sido a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, nesta fase, resta-nos tão somente cumprir o que for determinado no *decisum* judicial.

Saliente-se que ao adentrar a esfera judicial o contribuinte renunciou à esfera administrativa, consoante Art. 38 da Lei nº 6.830/80 e consolidado entendimento do Conselho de Contribuintes, adiante exemplificado nas ementas transcritas:

Acórdão 108.06446, de 22/03/01 - Oitava Câmara do Primeiro Conselho.

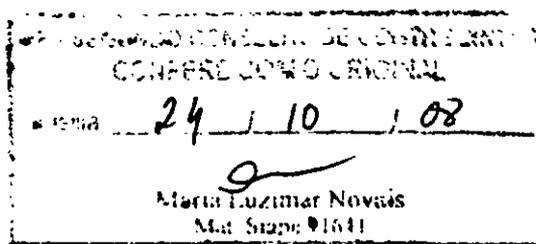
AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA - A concomitância de ação judicial com a mesma causa de pedir, impede a apreciação da impugnação e do recurso na via administrativa.

Acórdão 107.06219, de 22/03/01 - Sétima Câmara do Primeiro Conselho.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento "ex officio", enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.

O mesmo entendimento tem sido manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência pode ser exemplificada pelas ementas abaixo reproduzidas:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA QUE ANTECEDE A AUTUAÇÃO. RENÚNCIA DO PODER DE RECORRER NA VIA ADMINISTRATIVA E DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO. I



– O ajuizamento da Ação Declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22.09.80. II – Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp 24.040, RJ, 27/09/1995)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido. (STJ, Resp, 7.630, RJ, 24/04/1991). [Destaque acrescido].

Por fim, por se tornar pacífico o entendimento sobre a matéria, foi editada a Súmula nº 01 do Segundo conselho de Contribuintes, que determina:

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.

Diante do exposto, resta impossibilitada a apreciação de mérito da matéria discutida neste Recurso Voluntário, tendo em vista que ela está sendo apreciada pelo Judiciário.

DOS JUROS DE MORA

A contribuinte insurge-se, também, contra a incidência de juros de mora em caso de lançamento efetuado para prevenir a decadência, cujos créditos encontram-se com exigibilidade suspensa.

No tocante a esta matéria, entendo que deve ser analisada, visto não estar sendo discutida na ação judicial.

Ocorre que, os juros de mora são devidos, ainda que o crédito tributário seja lançado com exigibilidade suspensa, nos casos de liminar concedida em Mandado de Segurança.

Tal entendimento é pacífico nos Conselhos de Contribuintes, inclusive na Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme ementas abaixo transcritas:

JUROS DE MORA. MEDIDA JUDICIAL. LIMINAR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. A concessão de medida liminar em mandado de segurança suspendendo a exigibilidade do crédito tributário não afasta a incidência de juros de mora em lançamento de ofício efetuado para prevenir a decadência dos créditos controvertidos. Precedentes da

442

Câmara Superior de Recursos Fiscais. TAXA SELIC. CABIMENTO. É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da SELIC. Recurso negado. (Recurso: 128261 Relator: Adriene Maria de Miranda ACÓRDÃO 204-00360);

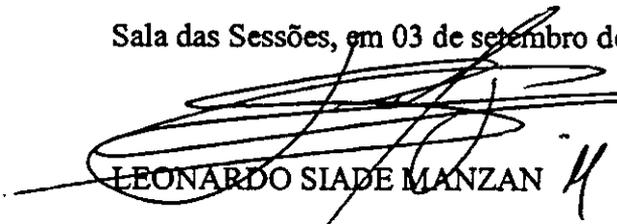
JUROS DE MORA - Os juros de mora são devidos, ainda que a exigibilidade esteja suspensa. A incidência dos juros segundo a Taxa Selic consta de disposição expressa de lei em vigor, cuja aplicação não pode ser negada por órgão integrante do Poder Executivo. (Recurso: 144346 Câmara: PRIMEIRA CÂMARA Relator: Sandra Maria Faroni Acórdão 101-95558);

JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR MEDIDA LIMINAR - Por força do disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional, bem como no artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.736/79, os juros de mora são devidos ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário por medida judicial. Somente na hipótese de depósito integral, em que os valores envolvidos são entregues ao Juízo ou direcionados para uso pelo próprio Tesouro Nacional, é que não haverá para o contribuinte qualquer encargo dessa natureza. (Recurso: 107-130190 Relator(a): Mário Junqueira Franco Júnior Acórdão: CSRF/01-04.985).

Por conseguinte, considerando os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso voluntário.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008.


LEONARDO SIADÉ MANZAN

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 24	10 102
Marta Luzimar Novais Mat. Siapc 91611	