



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTERIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
De 15 / 06 / 2004  
COA  
VISTO

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13855.000239/2001-60  
Recurso nº : 121.730  
Acórdão nº : 203-09.210

Recorrente : USINA AÇUCAREIRA GUAÍRA LTDA.  
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto – SP

**COFINS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO ATACADO POR AÇÃO RESCISÓRIA. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.** É lícito ao Fisco, visando prevenir a decadência, lavrar auto de infração para constituir crédito tributário que deixou de ser recolhido por força de acórdão transitado em julgado, mas que foi objeto de ação rescisória interposta pela Fazenda Nacional. O crédito assim constituído deve permanecer com a exigibilidade suspensa enquanto não modificados os efeitos da decisão rescindenda.

**JUROS DE MORA.** Decorrem de lei e, por terem natureza compensatória, são devidos em relação ao crédito não integralmente pago no vencimento, seja qual for o motivo determinante da falta de recolhimento no prazo legal.

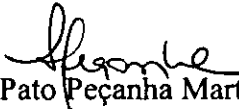
**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
**USINA AÇUCAREIRA GUAÍRA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Mauro Wasilewski (Relator), Maria Teresa Martínez López, César Piantavigna e Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva. Designada a Conselheira Luciana Pato Peçanha Martins para redigir o acórdão.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003

  
Otacílio Dantas Cartaxo  
**Presidente**

  
Luciana Pato Peçanha Martins  
**Relatora-Designada**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa e Valmar Fonsêca de Menezes.

Imp/cf/ovrs



Processo nº : 13855.000239/2001-60  
Recurso nº : 121.730  
Acórdão nº : 203-09.210

Recorrente : USINA AÇUCAREIRA GUAÍRA LTDA.

## RELATÓRIO

Trata-se de lançamento de COFINS mantido pelo Órgão Julgador da 1ª Instância, que ementou sua decisão da seguinte forma (fl. 168):

*“Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Período de apuração: 11/10/1997 a 31/01/1999*

*Ementa: SENTENÇA JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. AÇÃO RESCISÓRIA. LANÇAMENTO.*

*A propositura de ação rescisória de sentença transitada em julgado possibilita o lançamento para prevenir a decadência, pois confere à sentença definitividade relativa.*

*Lançamento Procedente”.*

Em suas razões, a Recorrente alega (fls. 179 e segs.) que:

- Região - SP;
- é imune à cobrança de contribuição, em face da declaração do TRF/3ª
  - a decisão recorrida não enfrentou os argumentos da impugnação;
  - ação rescisória não pode desestabilizar a segurança das relações jurídicas e o hipotético acolhimento de seus efeitos seriam para o futuro; e
  - detém o direito adquirido de não ser tributada pela COFINS até o desfecho da decisória.

É o relatório.



Processo nº : 13855.000239/2001-60  
Recurso nº : 121.730  
Acórdão nº : 203-09.210

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
MAURO WASILEWSKI

A Recorrente é detentora do direito à imunidade nas operações com álcool carburante, em face da decisão do TRF/3ª Região transitada em julgado, relativamente a qual, atualmente, tramita ação rescisória da União para modificá-la.

O lançamento, por sua vez, em face de tal sentença, segundo consta do auto de infração, foi realizado para prevenir a decadência.

Vê-se, pois, que a questão a ser apreciada refere-se, exclusivamente, a uma questão de direito, no sentido de se o Fisco poderia ou não constituir lançamento, mesmo sem amparo legal, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, em face da decisão judicial que assegura a imunidade à Recorrente.

Depreende-se do CTN, art. 151, que o caso dos autos – ação rescisória - não está abrangido nas hipóteses de suspensão do crédito tributário.

Em síntese, o lançamento – a peça básica do processo – apresenta uma situação *sui generis* vez que encerra apenas um entendimento do Fisco no que respeita à suspensão da exigibilidade do crédito, mas sem amparo legal.

A ação rescisória, nesta fase, nada representa para os efeitos jurídicos da questão, assim como nada representaria uma ação rescisória na hipótese em que o contribuinte fosse declarado devedor de algum crédito tributário, pelo Poder Judiciário, o que não obstaría a cobrança pelo Fisco, a execução fiscal, o praxeamento de seus bens e etc.

Pouca dúvida há que a rescisória não tenha sucesso, vez que no Poder Judiciário já está pacificado entendimento contrariamente à tese da sentença transitada em julgado.

Todavia, a Recorrente não poderia ser objeto de “auto de infração” lavrado pelo Fisco, na medida em que não cometeu nenhuma infração, vez que o não recolhimento do crédito tributário decorre de ordem judicial que entendeu as respectivas operações como abrangidas pela imunidade do art. 155, § 3º, da CF/88.

Em síntese, um raro caso de auto de infração sem infração e uma suspensão de exigibilidade do crédito tributário sem previsão legal.



Processo nº : 13855.000239/2001-60  
Recurso nº : 121.730  
Acórdão nº : 203-09.210

Obviamente, é compreensível os cuidados do Fisco em tentar preservar uma receita que, em condições normais, é absolutamente indiscutível. Todavia, *in casu*, tal lançamento esbarra na ausência de legalidade, a qual não pode deixar de ser observada por qualquer tribunal, máxime os colegiados administrativos.

A ação rescisória não socorre, até a sua solução, a falha da Fazenda Pública em permitir o trânsito em julgado da ação originária, proposta pelo contribuinte.

Registre-se, por oportuno, que o trânsito em julgado judicial ocorreu em 10/1997, a proposição da ação rescisória em 07/1999 e o período autuado referiu-se a 10/1997 a 01/1999.

A coisa julgada está abrangida no contexto da segurança jurídica.

Inclusive, a doutrina trazida no Recurso, dos consagrados HUMBERTO THEODORO JR. e HUGO DE BRITO MACHADO (fls. 187 e segs.), é no sentido que a ação rescisória não tem o condão de desestabilizar uma relação cristalizada por força da *res judicata*, ou seja, é uma inovação tal como uma lei nova.

Assim, a imunidade declarada judicialmente, em relação à Recorrente, até que lhe seja retirada pelo mesmo Poder que lhe conferiu, obsta o Fisco realizar o lançamento, sob pena de descumprimento de ordem judicial.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003

MAURO WASILEWSKI



Processo nº : 13855.000239/2001-60  
Recurso nº : 121.730  
Acórdão nº : 203-09.210

VOTO DA CONSELHEIRA  
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS  
RELATORA-DESIGNADA

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

A teor do relatado, versa o presente processo sobre auto de infração lavrado pela Delegacia da Receita Federal em Franca - SP para constituir o crédito tributário referente à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social compreendendo o período de 31/10/1997 a 31/01/1999, que a reclamante deixara de recolher ao Tesouro em virtude de decisão judicial que lhe reconheceu a imunidade tributária no tocante a essa contribuição. Essa ação judicial transitou em julgado em 10/10/1997, sendo que, em 19/07/1999, a União interpôs ação rescisória perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região visando a “desconstituição do acórdão rescindendo e a prolação, em substituição, de novo julgamento, em que se declare relativamente à Ré a inexistência de qualquer imunidade tributária em face do disposto no art. 155, § 1º, da Constituição Federal, declarando-se legítima e exigível a Contribuição Social em questão”.

A autuada insurge-se, primeiramente, contra o lançamento como um todo, por entender que estava abrangida pelo manto da coisa julgada, o que impediria o Fisco de autuá-la; em segundo lugar, contesta a exigência de juros de mora. Ao seu turno, o órgão julgador *a quo* manteve integralmente o auto de infração.

Como razão de decidir, transcrevo o voto do Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, onde as questões, atinentes ao direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário que deixou de ser recolhido por força de acórdão transitado em julgado, mas que foi objeto de ação rescisória interposta, foram exaustivamente enfrentadas:

“No que pertine à questão da imunidade tributária da reclamante, entendo não ser possível a este Colegiado sobre ela manifestar-se, pois, desde o momento em que a contribuinte procurou a tutela jurisdicional, afastou da instância administrativa a discussão dessa matéria, vez que o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais.

Por outro lado, com o trânsito em julgado da questão, favorável à reclamante, nada mais os agentes do Fisco podiam fazer para cobrar do sujeito passivo o crédito tributário objeto da ação judicial. Todavia, no momento em que a União, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs a ação rescisória, a matéria voltou a ser controvertida, podendo ser mantida nos termos em que transitou em julgado ou ser rescindido o acórdão que beneficiara a recorrente e, por conseguinte, proferido novo provimento jurisdicional podendo a causa ser julgada favoravelmente à Fazenda Pública. Sobre esse efeito da ação rescisória, é curial ensinamento de <sup>1</sup>Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

<sup>1</sup> Júnior, Nelson Nery e Nery, Rosa Maria Andrade, Código de Processo Civil Anotado, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 942.



Processo nº : 13855.000239/2001-60  
Recurso nº : 121.730  
Acórdão nº : 203-09.210

*É ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescindendo, dando ensejo à instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescindenda. O pedido deduzido na ação rescisória pode dividir-se em duas pretensões: a) juízo rescindendo (judicium rescindens); b) juízo rescisório (judicium rescisorium) O tribunal, no julgamento da ação, pronunciar-se-á sobre os dois juízos, rescindindo a sentença e rejulgando a lide.*

Acontece, porém, que de nada adiantaria a busca, por parte da União, de um novo julgamento da lide, se o crédito tributário a ele pertinente já se encontrasse decaído, o que fatalmente ocorreria em razão da conhecida morosidade judicial e de não existir no ordenamento pátrio remédios jurídico para suspender ou interromper o efeito da decadência no direito tributário. O que fazer então para resolver esse problema? A resposta afigura-se muito simples, estando o sujeito passivo acobertado por medida judicial que lhe proteja contra a exigência fiscal, não pode o Fisco exigir-lhe o tributo, mas isso não o impede de exercer seu dever de ofício consistente em apurar a ocorrência do fato gerador, em determinar a matéria tributável, em calcular o montante do tributo devido, em identificar o sujeito passivo e, se for o caso, em propor aplicação da penalidade cabível. O tributo apurado ficará com a exigibilidade suspensa até cessar o impedimento judicial. Assim agindo, a autoridade fiscal não viola qualquer provimento jurisdicional que tenha conferido ao contribuinte o direito de não se ver compelido a pagar esse ou aquele tributo. Veja-se que o judiciário já apascentou o entendimento de não poder o juiz impedir a autoridade administrativa de proceder ao lançamento, pois até aí não vai o poder de cautela do magistrado, o que este pode fazer é manter suspensa a exigibilidade do crédito.

No caso presente, não há qualquer medida judicial impedindo o Fisco de lançar a contribuição controvertida; há sim, é verdade, uma decisão judicial transitada em julgado reconhecendo a imunidade tributária da reclamante, mas com o entendimento em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal, a União trouxe a discussão de volta por meio da propalada ação rescisória. Estando, pois, a matéria *sub judice*, foi perfeitamente lícita a constituição do crédito tributário, por meio de lançamento de ofício, para prevenir os efeitos da decadência, devendo permanecer suspensa a exigibilidade do crédito enquanto viger os efeitos do acórdão rescindendo. Nunca é demais lembrar, como bem ressaltou a decisão *a quo*, que a possibilidade de efetuar lançamento para prevenir a decadência, referente à matéria em discussão na esfera judicial, é expressamente prevista no artigo 63 da Lei 9.430, com a redação dada pelo artigo 70 da MP nº 2.158/2.001.

No tocante à suposta extinção do crédito tributário objeto do lançamento aqui debatido, entendo que esta só será definitiva quando for julgada a ação rescisória e ainda assim, se o resultado for desfavorável à Fazenda Nacional. Mas enquanto estiver *sub judice*, enquanto a Justiça não der sua palavra final, não há falar em extinção.



**Processo nº** : 13855.000239/2001-60  
**Recurso nº** : 121.730  
**Acórdão nº** : 203-09.210

(...)

Em relação à exigência de juros moratórios, entendo ser cabível, pois a teor do artigo 161 do CTN, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. Ora, se vier a ser declarada procedente a ação rescisória, será desconstituído o acórdão que exonerava a reclamante da obrigação tributária referente à Cofins, com isso, restará configurada a falta de pagamento da contribuição na data de seus vencimentos e, por conseguinte, o fato gerador dos juros moratórios.

Veja-se que a natureza dos juros de mora não é de sanção, mas simplesmente compensatória. Daí, para se concretizar a hipótese de incidência desses acréscimos legais, basta que o sujeito passivo não satisfaça, por qualquer motivo, a obrigação tributária no prazo legal. Os juros serão devidos inclusive durante o período em que a cobrança do tributo houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial, conforme previsto no art. 5º do Decreto-Lei 1.736/1979.

Aqui vale também a observação de que, em caso de improcedência da ação rescisória, estes, por serem acessórios, seguem a mesma sorte do principal. Daí, se a contribuição não for devida, também não serão devidos os juros moratórios, pois nesse caso, não haverá mora a ser compensada.”

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 2003

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS