



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

Processo nº 13884.001093/2004-75
Recurso nº 247.410 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.347 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2009
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente TV VALE DO PARAÍBA S/A
Recorrida DRJ em CAMPINAS-SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. COFINS. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF.

Salvo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, é de cinco anos contados a partir do fato gerador o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário relativo à Cofins.

JUROS MORATÓRIOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. DECISÃO JUDICIAL.

Na hipótese de crédito tributário com exigibilidade suspensa por decisão judicial, os juros moratórios no lançamento para prevenir a decadência são exigíveis, desde a data do vencimento original até o pagamento, apenas no caso de decisão judicial favorável à União.

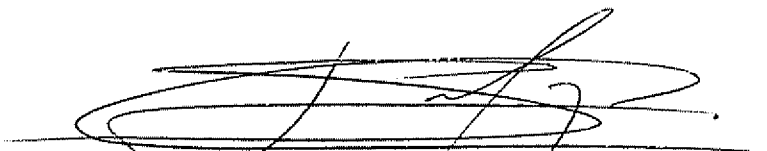
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MATÉRIA NÃO ALEGADA NA FASE IMPUGNATÓRIA. PRECLUSÃO.

Na fase recursal, não se conhece de matéria de direito que não tenha sido alegada na impugnação, tendo-se operado a preclusão processual.

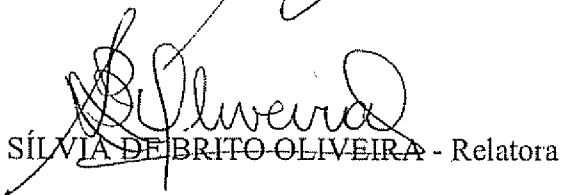
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, na parte preclusa; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nayra Bastos Manatta



LEONARDO SIADÉ MANZAN - Vice-Presidente no exercício da
Presidência



SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA - Relatora

EDITADO EM 03/11/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio Cesar Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nestes autos foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência de crédito tributário relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) decorrente dos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro de 1999 a dezembro de 2001, com os juros moratórios e sem a incidência da multa aplicável nos lançamentos de ofício, por tratar-se de constituição de crédito tributário para a prevenção da decadência.

O lançamento, com ciência à contribuinte em 12 de maio de 2004, foi efetuado para prevenir a decadência, tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por força de liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.03.333694-7, por meio do qual buscou-se a tutela jurisdicional para que fosse assegurado à contribuinte o direito de recolher a Cofins à alíquota de 2% sobre o seu faturamento, nos termos da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Conforme descrição dos fatos e enquadramento legal do auto de infração, o lançamento foi efetuado à alíquota de 1% (um por cento) sobre os valores pagos a título de comissão e bonificação de volume, que, de acordo com a fiscalização, foram indevidamente excluídos da base de cálculo dessa contribuição, e à alíquota de 3% (três por cento) sobre as outras receitas.

A fiscalização esclareceu que, sobre os valores indevidamente excluídos da base de cálculo, foi também efetuado o lançamento à alíquota de 2% (dois por cento), o qual está sendo tratado em outro processo administrativo.

A exigência tributária foi impugnada, com razão de defesa restrita à inaplicabilidade dos juros moratórios, e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas-SP (DRI/CPS) julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão constante das fls. 100 a 103, ensejando a interposição do recurso voluntário das fls. 110 a 126, para alegar, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que foi indeferido o pedido de perícia contábil sob o equivocado fundamento de não ter a contribuinte apresentado documentos capazes de comprovar suas alegações quanto

aos valores das comissões pagas às agências e não houve manifestação sobre todos os pontos alegados na impugnação e sobre a vasta documentação apresentada.

No mérito, alegou-se, síntese, que:

I – a liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.03.333694-7 foi confirmada na sentença de mérito, que transitou em julgado em 9 de outubro de 2006, para afastar o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, e autorizar o recolhimento da Cofins nos termos da Lei Complementar nº 70, de 1991;

II – mesmo dos valores recebidos em cuja fatura emitida contra os anunciantes não consta a discriminação dos descontos relativos às agências de propaganda vinte por cento são repassados a essas agências, por expressa disposição da legislação específica que regulamenta essa atividade, não configurando, pois, receita da recorrente e, por isso não integram a base de cálculo da Cofins, conforme entendimento já firmado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), no Acórdão CSRF nº 02-02424;

III – cabe ao Fisco o ônus de provar que os valores recebidos diretamente dos anunciantes não foram repassados para a agência de publicidade, conforme decidido no Acórdão nº 201-73944, da 1ª câmara do Segundo Conselho de Contribuintes;

IV – as bonificações de volume concedida às agências só foram pagas até a competência de julho de 1999 e esse fato não foi considerado pela fiscalização; e

V – uma vez que o crédito tributário estava com a exigibilidade suspensa, não há de se falar em vencimento da obrigação e, portanto, não está configurado o recolhimento fora do prazo para dar azo à cobrança de juros moratórios.

Ao final, solicitou a recorrente o provimento do seu recurso para acolher a preliminar de nulidade da decisão recorrida ou, no mérito, cancelar integralmente a exigência tributária ou determinar a conversão do julgamento em diligência para que a fiscalização manifeste-se sobre as razões apresentadas na peça recursal, visto que cabe ao Fisco o ônus da prova de que os valores não foram repassados às agências de propaganda e publicidade.

É o relatório.

Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e seu julgamento está inserto na esfera de competência da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo, pois, ser conhecido.

Preliminarmente, considerando que o auto de infração refere-se a fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 1999 e que a recorrente foi cientificada do lançamento em 12 de maio de 2004, cumpre lembrar que, na sessão plenária de 12 de junho de

2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte enunciado:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Por conseguinte, uma vez que a publicação do enunciado vinculante por meio da imprensa oficial deflagra a sua imediata eficácia, notadamente para a Administração Pública, impõe-se que se afaste a aplicação dos dispositivos legais declarados inconstitucionais e se aplique ao caso, por tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o art. 150, § 4º do CTN, que estabelece prazo quinquenal, contado a partir da ocorrência do fato gerador, para a Fazenda Pública formalizar a exigência tributária.

Em face disso, há que se reconhecer extinto, na forma do art. 156, inc. V, do CTN, o crédito tributário decorrente dos fatos geradores anteriores a maio de 1999.

Sobre a preliminar de nulidade da decisão do colegiado de piso, a recorrente argumentou que fora cerceado o seu direito de defesa em virtude do indeferimento da perícia solicitada e, nesse ponto, cumpre lembrar que, ademais de não ter sido formulada sem observância do disposto no art. 16, inc. IV, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o que reclama a aplicação do § 1º desse mesmo art. 16, as diligências e perícias destinam-se à formação da convicção do julgador, a quem cabe, portanto, solicitá-las, deferi-las ou indeferi-las.

Acrescente-se ainda que a contribuinte, na peça impugnatória, argüiu tão-somente a inaplicabilidade dos juros moratórios ao caso em exame e, ao final, protestou, com os seguintes termos:

(...)

Protesta em provar o alegado, por todos os meios admitidos em direito, sem exceção de nenhum, por mais específico que seja, notadamente perícia contábil

(...)

(Grifou-se)

Ora, “o alegado” cinge-se unicamente à questão da incidência dos juros moratórios na formalização de exigência de crédito tributário cuja exigibilidade encontra-se suspensa, tratando-se exclusivamente de matéria de direito, que não requer nenhuma produção de provas, não se configurando o alegado cerceamento do direito de defesa, o que impõe a rejeição da preliminar de nulidade argüida.

Uma vez que a contribuinte, na fase impugnatória, alegou apenas a matéria relativa aos juros de mora, sobre as demais não se instaurou o litígio e elas devem ser consideradas não impugnadas, conforme art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 1997, e não pode este colegiado delas conhecer, por força da preclusão e em homenagem ao duplo grau de jurisdição.

Sobre isso, transcrevem-se a seguir trechos de ementas de acórdão proferidos pelos Conselhos de Contribuintes:

PAF - PRECLUSÃO - A matéria não contestada de forma expressa na peça vestibular, argüida pela recorrente somente na



peça recursal, não deve prosperar, considerando-se definitivamente consolidada na esfera administrativa, em homenagem aos princípios da preclusão e do duplo grau de jurisdição, que norteiam o processo administrativo fiscal. Recurso negado.

(Acórdão nº 105-13 952, de 05/11/2002, publicado no DOU de 07/07/2003)

PRECLUSÃO - Não impugnado determinado lançamento, consolida-se a situação tributária nele constituída, não permitindo que em procedimento administrativo posterior, decorrente dos fatos anteriormente consolidados, reabra-se a discussão de mérito já superada pela preclusão. Recurso negado.

(Acórdão nº 108-07.280, de 26/02/2003, publicado no DOU de 30/04/2003)

PRECLUSÃO - PARCELA NÃO IMPUGNADA - O silêncio da empresa quando da sua impugnação a respeito de parte da exigência, glosa de despesa, leva à consolidação administrativa do crédito tributário lançado, porque não fica instaurado o litígio, tornando precluso o recurso voluntário quanto a nova matéria questionada. Preliminar de decadência acolhida. Recurso negado.

(Acórdão nº 108-07.281, de 26/02/2003, publicado no DOU de 30/04/2003)

MATÉRIA PRECLUSA - O julgamento administrativo inicia-se com o exame do lançamento sobre o qual pode falar o julgador independentemente de argumentação por parte do sujeito passivo. Admitida a legalidade do ato, questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, constituem matérias preclusas das quais não pode o Conselho tomar conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. O não enfrentamento da matéria na inicial implica em concordância tácita do contribuinte com o tributação do valor omitido, sendo "extra petita" a decisão que afasta a exigência. Recurso de ofício provido.

(Acórdão nº CSRF/01-03.351 de 17/04/2001, publicado no D O U de 28/09/2001)

Quanto à alegação concernente ao trânsito em julgado da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança citado alhures, entendo que, nestes autos, tem-se configurada a renúncia à esfera administrativa e o cancelamento da exigência tributária decorrerá da aplicação da decisão judicial, o que está na esfera de atribuições da unidade administrativa que jurisdiciona o domicílio da contribuinte, não cabendo a esse órgão julgador tal aplicação.



Relativamente aos juros moratórios, cumpre notar, primeiro, que, tratando-se de lançamento destinado a prevenir a decadência, ele somente é efetuado para resguardar o direito de a Fazenda Pública prosseguir com a cobrança do crédito, na hipótese de decisão judicial contrária à contribuinte, pois, estando já constituído o crédito tributário, este poderá sofrer apenas os efeitos da prescrição e não mais da decadência.

Destarte, no caso de insucesso da contribuinte na sua pretensão deduzida na via judicial, tem-se configurada a falta de pagamento do crédito tributário na data do seu vencimento, impondo-se, pois, a exigência dos juros moratórios desde o vencimento até a data de extinção do crédito tributário, em face do disposto no art. 161 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Portanto, ratifica-se o entendimento da instância recorrida quanto ao caráter indicativo dos juros lançados no auto de infração, visto que sua exigência, juntamente que a contribuição lançada, subordina-se à existência de decisão favorável à União e o seu **quantum** será determinado por ocasião do pagamento, se for o caso.

Pelas razões expostas, voto por rejeitar a preliminar de nulidade argüida e, no mérito, não conhecer do recurso em parte, em virtude da preclusão processual, e, na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial para cancelar o crédito tributário lançado decorrente dos fatos geradores anteriores a maio de 1999, em virtude da sua extinção pela decadência.


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA