



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	14041.000423/2004-90
Recurso nº	136.558 Voluntário
Acórdão nº	9303-002.855 – 3ª Turma
Sessão de	18 de fevereiro de 2014
Matéria	COFINS
Recorrente	BRASIL TELECOM S/A
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/1999 a 31/12/2002

DECISÃO DEFINITIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. FATO SUPERVENIENTE. CANCELAMENTO DA AUTUAÇÃO. PRINCIPAL E MULTA DE OFÍCIO.

É devida multa de ofício sobre as parcelas do débito tributário com exigibilidade suspensa por liminar concedida após o início da ação fiscal.

Recurso Especial do Contribuinte Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Rodrigo Cardozo Miranda (Relator), Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Fabiola Cassiano Keramidas e Susy Gomes Hoffmann, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas.

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente Substituto

Rodrigo Cardozo Miranda - Relator

Rodrigo da Costa Pôssas - Redator designado

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/09/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 18/09/2014

por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 15/11/2014 por RODRIGO CARDOZO MIRANDA, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 10/07/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Fabiola Cassiano Keramidas (Substituta convocada), Susy Gomes Hoffmann e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente Substituto). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Maria Teresa Martinez López e Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto por BRASIL TELECOM S/A (fls. 642 a 656) contra o v. acórdão proferido pela Colenda Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 587 a 591) que, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer a multa de ofício.

A presente controvérsia trata, em suma, de auto de infração (fls. 10 a 16, complementado pelo Termo de Encerramento de Fiscalização às fls. 337 a 340) em que se exigiu a COFINS nos termos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

A ementa do v. acórdão recorrido, que bem resume os seus fundamentos, é a seguinte:

NORMAS GERAIS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Provado o recolhimento antes do inicio do procedimento fiscal, descebe o lançamento de ofício de tributos sujeitos ao lançamento por homologação de que trata o art. 150 do CTN.

NORMAS PROCESSUAIS. LANÇAMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA POR MEDIDA LIMINAR. INAPLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO. NECESSIDADE DE QUE A MEDIDA TENHA SIDO CONCEDIDA ANTES DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL. Nos termos do parágrafo primeiro do art. 63 da Lei IV 9.430/96, a multa devida nos lançamentos de ofício de créditos com exigibilidade suspensa apenas é afastada se a medida suspensiva houver sido concedida antes do inicio da ação fiscal.

Recurso de ofício provido em parte. (grifos nossos)

A Colenda Câmara *a quo* entendeu, em síntese, na esteira do voto proferido pelo Ilustre relator, Conselheiro Júlio César Alves Ramos, o seguinte, *verbis*:

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

Como apontei no relatório, são apenas duas as matérias

Documento assinado digitalmente conforme *recorridas*. Quanto à primeira, há documentos nos autos que Autenticado digitalmente em 18/09/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 18/09/2014 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 15/11/2014 por RODRIGO CARDOZO MIRANDA, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADÃO

Impresso em 10/07/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

comprovam que a empresa havia efetuado, antes do procedimento fiscal, os recolhimentos apontados. Acerca dela, portanto, somos por negar provimento ao recurso de ofício.

A segunda matéria, concernente na aplicação da multa de ofício, porém, demanda maior cuidado. É que da prova contida nos autos se 16 (Relatório do Ministro Sepúlveda Pertence, fl. 412):

DECISÃO. Trata-se de medida cautelar com pedido liminar, visando a atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto e admitido na origem, mas ainda não distribuído neste Tribunal, contra acórdão do TRF/1º, que manteve sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação declaratória com pedido de antecipação de tutela ajuizada pela empresa requerente com o objetivo de recolher a COFINS na forma prevista na LC 70/91, afastadas as disposições da L. 9.718/98, em especial dos artigos 3º e 8º.

Portanto, desta única prova o que se pode depreender é que a ação em que postulou a antecipação de tutela foi julgada desfavoravelmente à empresa. Apenas no recurso extraordinário ao STF foi que obteve liminar que suspendeu os efeitos da decisão contrária anterior.

Ocorre que esta liminar só foi concedida após o inicio da ação fiscal. Com efeito, teve ela inicio em 29/2/2003 (MPF de fl. 01) enquanto a decisão comentada é datada de 31 de agosto de 2004.

Por outro lado, dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu o art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001:

Art. 63. Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício." (NR)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do inicio de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Assim, não se pode considerar que a medida suspensiva da exigibilidade de que há prova nos autos tenha a faculdade de evitar a exigência da multa de ofício. Registre-se, por oportuno

de que não há prova nos autos da concessão da antecipação de tutela pretendida, nem sequer se aquela ação declaratória foi de fato anterior ao inicio da ação fiscal.

Ao contrário, a própria empresa afirma em sua impugnação (fl. 335) que a liminar suspensiva é apenas aquela já referida (na Ação Cautelar nº 395-4 DF).

Com essas considerações, tendo em conta as provas colacionadas nos autos, divergimos da decisão de primeiro grau no que respeita à incidência da multa de ofício sobre os débitos com exigibilidade suspensa. Sendo a suspensão posterior ao inicio da ação fiscal não cabe o afastamento da multa, por força do disposto no § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Destarte, voto por dar parcial provimento ao recurso interposto para excluir do lançamento perpetrado apenas as parcelas comprovadamente recolhidas por meio de DARF antes do início do procedimento fiscal, mas manter a exigência da multa de ofício sobre as parcelas com exigibilidade suspensa por liminar concedida após o início da ação fiscal

É como voto. (grifos e destaques nossos)

Irresignada, a contribuinte interpôs o já mencionado recurso voluntário, aduzindo, em síntese, que os valores das multas de ofício restabelecidos e cobrados no v. acórdão recorrido se referem a débitos anteriores à concessão da liminar na Ação Cautelar nº 395-4 DF, em favor da empresa incorporada Cia. Riograndense de Telecomunicações – CRT, publicada em 31/08/2004. Os recolhimentos que foram realizados sem a multa de ofício, assim, estariam arrimados em liminares deferidas em mandados de segurança impetrados por outras empresas incorporadas (Telecomunicações do Mato Grosso S.ª - TELEMAT e Telecomunicações do Mato Grosso do Sul A. – TELEMS), conforme documentos acostados às fls. 342, 344, 435 e 441 dos autos.

Aduziu, outrossim, que o recurso extraordinário ao qual estaria vinculada a Ação Cautelar nº 395-4 DF já teria decisão definitiva transitada em julgado proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, fato superveniente que não poderia permitir a manutenção do lançamento da multa de ofício.

Contrarrazões às fls. 664 a 666.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, entendo que o recurso voluntário interposto merece ser conhecido.

No tocante ao mérito, mister ressaltar que a questão controvertida diz respeito apenas a um aspecto, qual seja, o lançamento da multa de ofício face à suspensão da exigibilidade decorrente de decisão judicial ser anterior ou não ao início da ação o fiscal.

A Colenda Câmara *a quo*, na esteira do voto proferido pelo ilustre relator, entendeu que a decisão proferida na Ação Cautelar nº 395-4 DF, da lavra do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, cujo desiderato foi conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário, se deu após o início fiscal.

Ocorre, no entanto, conforme apontado (i) no recurso voluntário interposto, (ii) informado às fls. 639 a 641 pela própria Receita Federal, e (iii) confirmado no sítio eletrônico do Excelso Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), foi proferida decisão transitada em julgada no recurso extraordinário ao qual estava vinculada a referida ação cautelar (Recurso Extraordinário nº 455.197), tendo sido declarada a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS nos termos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

De se destacar, a propósito, a seguinte decisão, proferida pelo Ilustre Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Cautelar nº 395-4 DF, *verbis*:

DECISÃO: A liminar, por mim deferida, requerida para suspender a exigibilidade do crédito tributário questionado no recurso extraordinário interposto de acórdão no qual se discutiu os termos da L. 9718/98 foi referendada pela 1ª Turma em sessão de 31.8.04.

Ocorre que, de acordo com informação obtida na Secretaria deste Tribunal, o recurso extraordinário a que se refere esta cautelar (RE 455197) foi provido, em decisão que transitou em julgado em 18.8.06.

Ante a perda do objeto, julgo prejudicado o pedido (art. 21, IX, do RISTF).

Brasília, 4 de dezembro de 2006.

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – Relator (grifos e destaque nossos)

Importante destacar, também, o v. acórdão que confirmou decisão proferida pelo Ilustre Ministro Joaquim Barbosa no referido RE nº 455.197, cujo trânsito em julgado ocorreu em 18/08/2006, e que acaba por ser fato superveniente que deve ser levado em consideração para se dirimir a presente controvérsia, *verbis*:

EMENTA: 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

2. COFINS e PIS: base de cálculo: L. 9.718/98, art. 3º, § 1º: inconstitucionalidade.

Ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o

Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

3. COFINS: aumento de alíquota por lei ordinária (L. 9.718/98, art. 8º): ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal. Precedente: ADC 1, **Moreira Alves**, RTJ 156/721.

4. COFINS: regime de compensação: as alterações introduzidas pelo art. 8º da L. 9.718/98 disciplinaram situações distintas, razão pela qual é legítima a diferenciação no regime de compensação. Precedente: RE 336.134, **Ilmar**, RTJ 185/352.

Sendo assim, não se afigurando possível exigir os valores da COFINS nos termos da Lei nº 9.718/98 em razão da inconstitucionalidade do § 1º do seu artigo 3º, tanto principal quanto multa de ofício, o lançamento consubstanciado no auto de infração em apreço não merece ser mantido.

Por conseguinte, em face de todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para cancelar na sua integralidade o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 10 a 16.

Rodrigo Cardozo Miranda

Voto Vencedor

Por ter exaurido o assunto e estar perfeitamente fundamentado, adoto inteiramente as razões de decidir do voto proferido pelo Ilustre relator, Conselheiro Júlio César Alves Ramos, o seguinte, *verbis*:

Como apontei no relatório, são apenas duas as matérias recorridas. Quanto à primeira, há documentos nos autos que comprovam que a empresa havia efetuado, antes do procedimento fiscal, os recolhimentos apontados. Acerca dela, portanto, somos por negar provimento ao recurso de ofício.

A segunda matéria, concernente na aplicação da multa de ofício, porém, demanda maior cuidado. É que da prova contida nos autos se 16 (Relatório do Ministro Sepúlveda Pertence, fl. 412):

DECISÃO. Trata-se de medida cautelar com pedido liminar, visando a atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto e admitido na origem, mas ainda não distribuído neste Tribunal, contra acórdão do TRF/1º, que manteve sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação declaratória com pedido de antecipação de tutela ajuizada pela empresa requerente com o objetivo de recolher a COFINS na forma prevista na LC 70/91, afastadas as disposições da L. 9.718/98, em especial dos artigos 3º e 8º.

Portanto, desta única prova o que se pode depreender é que a ação em que postulou a antecipação de tutela foi julgada desfavoravelmente à empresa. Apenas no recurso extraordinário ao STF foi que obteve liminar que suspendeu os efeitos da decisão contrária anterior.

Ocorre que esta liminar só foi concedida após o inicio da ação fiscal. Com efeito, teve ela inicio em 29/2/2003 (MPF de fl. 01) enquanto a decisão comentada é datada de 31 de agosto de 2004.

Por outro lado, dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu o art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001:

Art. 63. Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício." (NR)

antes do inicio de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Assim, não se pode considerar que a medida suspensiva da exigibilidade de que há prova nos autos tenha a faculdade de evitar a exigência da multa de ofício. Registre-se, por oportuno de que não há prova nos autos da concessão da antecipação de tutela pretendida, nem sequer se aquela ação declaratória foi de fato anterior ao inicio da ação fiscal.

Ao contrário, a própria empresa afirma em sua impugnação (fl. 335) que a liminar suspensiva é apenas aquela já referida (na Ação Cautelar nº 395-4 DF).

Com essas considerações, tendo em conta as provas colacionadas nos autos, divergimos da decisão de primeiro grau no que respeita à incidência da multa de ofício sobre os débitos com exigibilidade suspensa. Sendo a suspensão posterior ao inicio da ação fiscal não cabe o afastamento da multa, por força do disposto no § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Destarte, voto por dar parcial provimento ao recurso interposto para excluir do lançamento perpetrado apenas as parcelas comprovadamente recolhidas por meio de DARF antes do inicio do procedimento fiscal, mas manter a exigência da multa de ofício sobre as parcelas com exigibilidade suspensa por liminar concedida após o inicio da ação fiscal

É como voto. (grifos e destaque nossos)

Assim, fica claro que não é possível elidir a multa de ofício sobre as parcelas com exigibilidade suspensa por liminar concedida após o início da ação fiscal.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso especial.

Rodrigo da Costa Pôssas - Redator Designado

CÓPIA