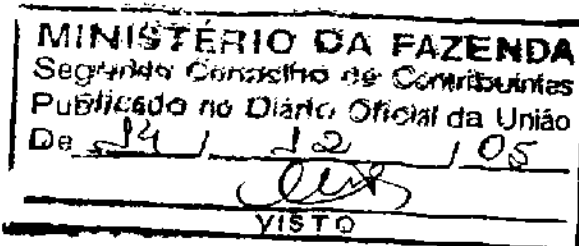




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

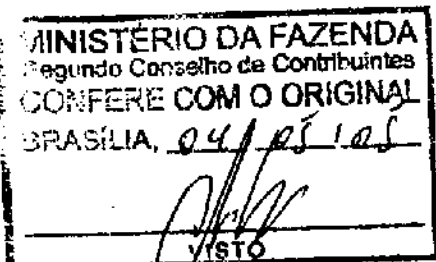
Recorrentes : CCF FUNDO DE PENSÃO E DRJ EM SÃO PAULO - SP
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP



2ª CC-MF

Fl.

690
8



PIS. RECURSO DE OFÍCIO.

MULTA DE OFÍCIO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CUJA EXIGIBILIDADE FOI SUSPensa APÓS INÍCIO AÇÃO FISCAL.

Há de ser aplicada multa de ofício em relação a créditos tributários cuja exigibilidade foi suspensa em virtude de Medida Liminar concedida no bojo de ação constituída após o início da ação fiscal. Recurso de ofício provido.

RECURSO VOLUNTÁRIO.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

Não há de ser nula decisão que deixou de apreciar matéria acerca da qual não tinha conhecimento. Preliminar rejeitada.

DESISTÊNCIA PARCIAL DO LITÍGIO.

A desistência formal de parte do objeto do litígio, por parte da contribuinte implica em não julgamento do mérito, haja vista que a ação perdeu seu objeto, em relação à parte que foi peça da desistência. Recurso não conhecido.

DECADÊNCIA.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao PIS é de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

Tributos e contribuições não pagos ou pagos fora do prazo de vencimento sujeitam-se à incidência de juros de mora, ainda que os créditos tributários lançados estejam com a exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida pelo Judiciário.

Recurso voluntário parcialmente provido para reconhecer a decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos por: CCF FUNDO DE PENSÃO E DRJ EM SÃO PAULO - SP.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em dar provimento ao recurso de ofício; II) em não conhecer do recurso voluntário na parte referente à desistência parcial do recurso; e III) em dar provimento parcial ao recurso, na parte conhecida, para declarar a decadência do lançamento em parte dos créditos lançados.

Sala das Sessões, em 27 de janeiro de 2005

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Jorge Freire, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Raimar da Silva Aguiar, Adriene Maria de Miranda (Suplente) e Antonio Zomer (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
cl/opr



Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

Recorrentes : CCF FUNDO DE PENSÃO E DRJ EM SÃO PAULO - SP

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração objetivando a cobrança do PIS relativa aos períodos de janeiro/95 a dezembro/99 em virtude da falta de recolhimento da contribuição devida.

Consta dos autos, fls. 419/423 cópia da decisão proferida no bojo do processo judicial nº 2001.61.00.006587-5 no qual foi concedida liminar para "*suspender a exigibilidade do crédito tributário apontado no Termo de Constatação nº 1, FM 00.316-00, afastando todo e qualquer ato da D. Autoridade Impetrada tendente a exigí-lo, notadamente os de inscrição na dívida ativa; inscrição no CADIN; e negativa de Certidão Positiva com efeitos de Negativa de Tributos Federais, garantindo o direito líquido e certo da impetrante de efetuar o recolhimento da contribuição para o PIS relativamente aos períodos-base de 1995 a 1999 somente sobre o preço dos serviços prestados, tal como admitida a receita bruta nos termos da legislação do IR (art. 44 da Lei 4506/64; art. 12 do Decreto-lei nº 1598/77; e art. 226 do RIR/94), observando, ainda os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade, ensejando o seu pagamento com base na Lei Complementar nº 7/70 nos períodos de janeiro a maio/1994; janeiro/96 a 05/06/1996; e julho de 1997 a 23/02/1998.*"

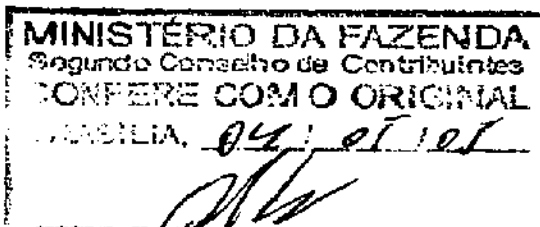
Foi apresentada impugnação na qual a contribuinte alega em sua defesa, em síntese:

1. a impugnação há de ser conhecida por tratar de matéria diversa daquela em discussão no Judiciário;
2. decadência do direito de o Fisco efetuar o lançamento relativo aos períodos compreendidos até março/96, por já ter decorrido 05 anos da ocorrência do fato gerador, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 04/04/2001;
3. tendo o lançamento ocorrido após a concessão de medida liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário (02/04/2001) não poderia ter sido lançada a multa de ofício ou os juros de mora; e
4. o art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96 concedeu trinta dias após a cassação de medida liminar para que o tributo pudesse ser recolhido sem mora, o que no caso concreto sequer ocorreu, sendo, portanto, indevida a mora.

A DRJ em São Paulo - SP julgou procedente em parte o lançamento, tendo afastado a aplicação da multa de ofício em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado por meio de medida liminar concedida pelo Judiciário. Aplicou a renúncia à esfera administrativa quanto à questão da base de cálculo da contribuição, e manteve a apreciação das matérias diversas, quais sejam: decadência, multa e juros de mora.

Da decisão proferida interpôs recurso de ofício a este Conselho de Contribuintes.

134 //





Processo nº : 16327.000644/2001-44

Recurso nº : 124.965

Acórdão nº : 202-16.115

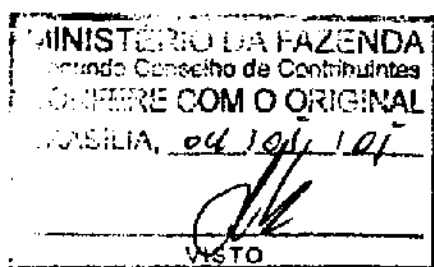
A contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 525/542, argüindo em sua defesa às razões apresentadas na inicial acerca da decadência e dos juros de mora, acrescendo, ainda a desistência parcial do recurso relativo aos períodos de fevereiro a dezembro/99 em virtude de haver efetuado o recolhimento da exação por meio de DARF.

À fl. 555 consta informação do Judiciário que houve desistência parcial da ação relativa aos períodos de fevereiro a dezembro/99. A autoridade competente manifestou-se às fls. 580/581 concordando com o pedido de desistência parcial do litígio apresentado pela recorrente relativo aos períodos acima citados, e confirmando o recolhimento efetuado pela recorrente.

Foi efetuado arrolamento de bens segundo documentos de fl. 543 garantido o seguimento do recurso interposto.

É o relatório.

BM //





Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

Trataremos primeiramente do recurso de ofício interposto pela autoridade julgadora de primeira instância, em virtude da exoneração da parcela do lançamento relativa à multa de ofício lançada, por haver entendido a douta autoridade que não seria aplicada multa de ofício em lançamento de crédito tributário cuja exigibilidade encontre-se suspensa, em virtude de medida liminar concedida no bojo de ação judicial interposta pela contribuinte após o início da ação fiscal.

A Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001 (DOU de 28/07/2001), que alterou a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, dispôs em seu art. 70:

Art. 70. O caput do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

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.

A norma do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação que lhe deu a MP nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, dispõe sobre o não cabimento de penalidade, na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência quando sua exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do artigo 151 do CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966); inciso este que foi introduzido naquele código pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que incluiu, dentre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no referido artigo 151, "a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial".

Ocorre que o § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/96 determina que a não aplicação da multa de ofício na constituição de crédito tributário visando prevenir a decadência ocorrerá apenas quando a suspensão do referido crédito tributário tiver ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

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

No caso em análise a medida liminar foi concedida em 02/04/2001, posteriormente, portanto, ao início da ação fiscal (21/11/2000).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA, 09/05/01



634
8

Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

Vejamos aqui os fatos que ensejaram o lançamento de ofício com a multa. Segundo o Termo de Constatação nº 01 (fls. 17/18) a contribuinte foi cientificada, em 05/01/2001, dos "valores da base de cálculo determinados para o lançamento de ofício do crédito tributário relativo à contribuição para o PIS...". Ou seja, em 05/01/2001 a contribuinte sabia que a contribuição para o PIS devida e não recolhida, relativa aos períodos compreendidos entre janeiro/95 e dezembro/99, seriam objeto de lançamento de ofício nos termos constantes dos demonstrativos (fls. 19/21) oferecidos pelo Fisco para sua apreciação e posterior manifestação.

Assim sendo, ciente da ação fiscal em curso e da autuação que dela decorreria, a contribuinte ingressou na esfera judicial com ação de Mandado de Segurança (08/03/2001) objetivando discutir as bases de cálculo da contribuição e suspender a exigibilidade do crédito tributário a ser constituído no procedimento de ofício.

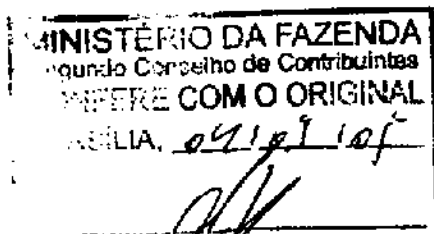
Obteve medida liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário objeto deste lançamento, concedida nos seguintes termos:

suspender a exigibilidade do crédito tributário apontado no Termo de Constatação nº 1, FM 00.316-00, afastando todo e qualquer ato da D. Autoridade Impetrada tendente a exigi-lo, notadamente os de inscrição na dívida ativa; inscrição no CADIN; e negativa de Certidão Positiva com efeitos de Negativa de Tributos Federais, garantindo o direito líquido e certo da impetrante de efetuar o recolhimento da contribuição para o PIS relativamente aos períodos-base de 1995 a 1999 somente sobre o preço dos serviços prestados, tal como admitida a receita bruta nos termos da legislação do IR (art. 44 da Lei 4506/64; art. 12 do Decreto-lei nº 1598/77; e art. 226 do RIR/94), observando, ainda os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade, ensejando o seu pagamento com base na Lei Complementar nº 7/70 nos períodos de janeiro a maio/1994; janeiro/96 a 05/06/1996; e julho de 1997 a 23/02/1998. (grifo nosso).

Verifica-se, portanto, que o que foi concedido por meio da medida liminar foi à suspensão da exigibilidade do referido crédito tributário; isto implica que a Fazenda encontrava-se, desde 02/04/2001, impedida de cobrar o tributo ou adotar quaisquer medidas que assim implicasse.

Em nenhum momento se falou em não aplicação da multa. Ressalte-se, aqui, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não implica, necessariamente, em não aplicação das penalidades cabíveis pela falta do seu recolhimento, como é o caso da multa de ofício lançada nos casos de falta de recolhimento do tributo, expressamente prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Se a concessão de medida liminar, antes ou após o início da ação fiscal, fosse condição suficiente para levar à não aplicação da multa de ofício na constituição do crédito tributário não haveria qualquer razão para que o dispositivo legal que a suspende expressamente determinasse que tal procedimento (não aplicação da multa de ofício) só se aplicaria aos casos exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.





Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

Entendo que a lei apenas alcançou os casos em que a medida liminar, suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, tenha sido concedida antes de qualquer procedimento de ofício, o que não é o caso dos autos. Caso contrário, a qualquer momento no qual o contribuinte se veja submetido a ação fiscal, ingressaria na Justiça objetivando suspender a exigibilidade do crédito tributário a ser constituído e impedindo a aplicação da penalidade cabível.

Duas são as situações em análise: a primeira delas refere-se ao contribuinte que, gozando do instituto da denúncia espontânea, ou seja, antes de qualquer ação por parte do Fisco, recorre ao Judiciário objetivando não recolher o tributo (qualquer que seja o motivo para o não recolhimento) e suspender a exigibilidade do crédito que poderá ser constituído pelo Fisco. Neste caso, gozando da espontaneidade, o contribuinte obtém provimento jurisdicional que o desobriga, provisoriamente, do recolhimento do tributo e, por isso, na constituição do referido crédito tributário não é cabível o lançamento de multa de ofício já que, antes de qualquer ação do Fisco, o contribuinte foi ao Judiciário reconhecendo o não recolhimento de tributo por entendê-lo descabido, tendo obtido autorização prévia do Judiciário para assim o fazê-lo.

A segunda situação é quando, não tendo recolhido o tributo devido e estando sobre ação fiscal, já não gozando da espontaneidade, o contribuinte recorre ao Judiciário para evitar que o Fisco lhe exija o pagamento deste tributo que será, fatalmente, objeto de lançamento de ofício, e obtém provimento jurisdicional provisório (caso da Liminar) para que não seja procedida a cobrança. Neste caso, nenhuma autorização havia quando do início da ação fiscal, ou seja, quando o contribuinte encontrava-se ao amparo do instituto da espontaneidade, que amparasse o procedimento do contribuinte de não efetuar o recolhimento do tributo devido. A autorização judicial, posteriormente obtida, apenas não permite que o tributo devido seja cobrado, mas não elide a aplicação da penalidade cabível à época do início da ação fiscal em virtude de falta de recolhimento de tributo, para a qual não havia qualquer excludente.

Assim sendo, a decisão recorrida deve ser reformada para que seja aplicado ao lançamento a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, nos exatos termos em que foi constituído o crédito tributário no Auto de Infração, na parte não decaída, conforme se verá da análise do recurso voluntário.

No que tange ao recurso voluntário interposto é de se afastar, primeiramente, a nulidade da decisão recorrida por não haver apreciado o pedido de desistência parcial do litígio interposto pela recorrente, relativo aos períodos de fevereiro a dezembro/99.

As regras sobre nulidades, no Decreto nº 70.235, de 1972, estão contidas basicamente em três artigos, e muito se assemelham às contidas no vigente Código de Processo Civil. São as seguintes as normas em comento:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§1º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.



Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

§2º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Do disposto no §3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72 depreende-se que, se a autoridade julgadora puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo, não declarará a nulidade do ato. Realmente, como se verá adiante, foi acatado pela autoridade competente o pedido de desistência parcial do litígio interposto pela recorrente.

Por outro lado, no caso concreto, não consta da impugnação qualquer referência ao pedido de desistência parcial do litígio, razão pela qual não foi apreciado pela autoridade *a quo*. Assim sendo, não há de ser nula a decisão que deixou de apreciar matéria acerca da qual não tinha conhecimento.

À fl. 555 consta informação do Judiciário que houve desistência parcial da ação relativa aos períodos de fevereiro a dezembro/99. A autoridade competente manifestou-se às fls. 580/581 concordando com o pedido de desistência parcial do litígio apresentado pela recorrente relativo aos períodos acima citados, e confirmando o recolhimento efetuado pela recorrente.

Desta forma, o período de fevereiro a dezembro/99 não mais é objeto do litígio, não cabendo qualquer apreciação deste Colegiado acerca de tais créditos por haver a recorrente desistido do litígio, no que tange a tais períodos.

No que tange à questão da decadência, é cediço que meu entendimento pessoal sobre a matéria é pela aplicação do prazo decadencial de dez anos para o PIS, lastreado na aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que dispõe especificamente sobre o prazo decadencial das contribuições destinadas à seguridade social, dentre as quais encontra-se o PIS.

Todavia, o posicionamento majoritário deste Órgão Colegiado, inclusive da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Conselho de Contribuintes, votou pelo reconhecimento do prazo decadencial para o PIS como sendo aquele estabelecido pelo CTN, ou seja, 05 (cinco) anos contados ou da data da ocorrência do fato gerador (quando houver pagamento), estabelecido pelo art. 150 do CTN, ou do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado (quando não houver pagamento), estabelecido pelo art. 173 do CTN.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL

BRASÍLIA, 04/01/01

134 //



Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

Num órgão de julgamento colegiado deve prevalecer o posicionamento, não do julgador como se singular ele fosse, mas do órgão ao qual ele integra. Assim, curvo-me à jurisprudência majoritária daquela Câmara Superior, mesmo porque, senão nesta esfera administrativa, tenho a certeza de que o tema restará definitivamente esclarecido e resolvido, oportunidade em que poderei defender meu posicionamento pessoal.

Desta forma, acato esta parte do recurso interposto para reconhecer a decadência dos períodos de janeiro/95 a março/96.

Quanto à exigência dos juros moratórios é de se observar que tal decorre de lei e representa a indenização da mora. Os juros de mora são calculados sobre o tributo não pago, a título de ressarcir o Estado pela não disponibilidade do dinheiro, representado pelo crédito tributário.

No Código Tributário Nacional existem apenas duas hipóteses contempladas em que a fluência dos juros de mora fica excluída: na pendência de consulta formulada pelo interessado (art. 161, § 2º) e quando a falta de pagamento de tributo é devida à observância, pelo contribuinte, de normas complementares da legislação tributária (art. 100, parágrafo único). Nos dois casos, saliente-se, a causa da mora é imputável à autoridade administrativa, daí porque inexigível na espécie.

Em rigor, a natureza dos juros de mora, juros legais que se deve *ex vi legis*, visa reparar o dano pelo atraso no adimplemento da obrigação, variando em função do tempo transcorrido entre a data do vencimento do crédito e a data da sua extinção. A fluência dos juros de mora, portanto, deve ser a partir da data do vencimento da obrigação tributária.

A exigência de juros de mora, em acréscimo aos créditos tributários não saldados no vencimento, é regulada justamente pelo artigo 161 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), com status de lei complementar, que assim dispõe:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º (...).

Vale a pena transcrever os ensinamentos do prof. Leon Frejda Szklarouwsky (apud Bernardo Ribeiro de Moraes, *Compêndio de Direito Tributário*, 3ª Edição, Forense, pág. 583):

na aplicação dos juros de mora mister se faz lembrar a distinção entre vencimento da dívida e exigibilidade da mesma. O vencimento do crédito tributário tem seu momento certo e dele se deve os juros de mora. Há hipóteses em que o crédito tributário, mesmo vencido, apresenta-se ainda inexigível (v.g. casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário), que não tem o condão de suprimir o pagamento do crédito tributário com os seus acréscimos legais, inclusive com o valor dos juros de mora. Em outras



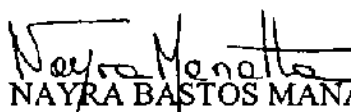
Processo nº : 16327.000644/2001-44
Recurso nº : 124.965
Acórdão nº : 202-16.115

palavras, os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança (exigibilidade) esteja suspensa.

Ademais, na forma da legislação em vigor, os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança estiver suspensa por decisão administrativa ou judicial (art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979) e, portanto, os juros de mora são sempre devidos desde o vencimento da obrigação.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso de ofício interposto e, no que diz respeito ao recurso voluntário, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, não conhecer do recurso por falta de objeto em relação à parcela do lançamento que foi peça de desistência parcial do litígio e dar provimento parcial para reconhecer a decadência relativa ao período de janeiro/95 a março/96, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 27 de janeiro de 2005


NAYRA BASTOS MANATTA //

