



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

Processo n° 19515.001439/2004-10
Recurso n° 249.312 Voluntário
Acórdão n° **3801-000.840 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 09 de agosto de 2011
Matéria COFINS
Recorrente SID TELECOMUNICAÇÕES E CONTROLES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. RENÚNCIA AO RECURSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF).

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação de matéria distinta da constante do processo judicial.

AÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE OFÍCIO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Estando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa, tal circunstância diz respeito tão somente aos atos próprios da sua efetiva cobrança.

A constituição do crédito tributário é de competência privativa da autoridade administrativa. Sua discussão em juízo não impede a autoridade fiscal proceder à constituição do crédito tributário mediante a feitura do lançamento de ofício.

AÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 5 do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF).

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 16/08/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Magda Cotta Cardozo (Presidente), Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, Daniela Ribeiro de Gusmão e José Luiz Bordignon.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata-se de impugnação a exigência fiscal relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, formalizada no auto de infração de fls. 89/106.

O feito, relativo a fatos geradores ocorridos de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004, constituiu crédito tributário no montante de R\$ 222.111,12, incluídos principal e juros de mora calculados até o mês anterior ao de lavratura.

No campo DESCRIÇÃO DOS FATOS de fl. 102 a autoridade autuante relata que os valores exigidos no lançamento referem-se à diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, constatadas durante o procedimento de verificações obrigatórias, conforme o TERMO DE VERIFICAÇÃO DA COFINS, que é parte integrante do auto de infração (fls. 89/90).

No referido Termo, a autuante informa que o recolhimento a menor da Cofins se deu em virtude de mandado de segurança em curso na Justiça Federal, objetivando assegurar o direito de recolher a Cofins sobre o faturamento a partir de 1º/02/1999 conforme previsto na Lei Complementar nº 70, de 1991. Considerando que a ação judicial, com liminar concedida, ainda se encontrava sub judice, o lançamento foi efetuado com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, incisos II e IV, do Código Tributário Nacional.

Cientificada da exigência em 28/07/2004, em 27/08/2004, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 108/123, na qual alega, preliminarmente, que a autuação levada a efeito não pode prevalecer, posto que manifestamente nula, improcedente e insubsistente, assim contextualizando

Isto porque, as supostas diferenças apuradas pelo Sr. Agente Fiscal relativamente à base de cálculo da COFINS decorrem do procedimento adotado pela Autuada, conforme expressamente autorizado pela liminar que lhe foi judicialmente concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.61.00.027513-0, de apurar e recolher a COFINS com base no seu faturamento nos termos da Lei Complementar nº 70/1991, não incluindo, portanto, na base de cálculo da referida contribuição as chamadas "outras receitas".

De fato, o que ocorreu neste caso é que, diante da manifesta inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/1998 na Lei Complementar nº 70/1991, com o intuito de

ampliar, indevidamente, a base de cálculo da referida contribuição, para abranger, além do faturamento, as chamadas "outras receitas", a Autuada obteve decisão judicial nos autos do referido Mandado de Segurança (docs. N^{os} 09, 05 e 06), que reconheceu, expressamente, que as chamadas "outras receitas" auferidas pela Autuada, não integram a base de cálculo da COFINS.

(..)

A Autuada impetrou Mandado de Segurança em caráter preventivo contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo objetivando afastar a cobrança da COFINS e da contribuição ao PIS nos moldes estabelecidos pela Lei n^o 9.718/98, principalmente em relação à base de cálculo e alíquotas estabelecidas pela referida lei, e, bem assim, para assegurar o seu direito de continuar procedendo ao recolhimento das referidas contribuições na forma prevista pela Lei Complementar n^o 70/91, ou seja, 2% incidente sobre o faturamento, referente a COFINS e, pela Lei n^o 9.715/98, ou seja, 0,65% incidente sobre o faturamento, referente ao PIS.

A liminar foi deferida tal como pleiteada, ressalvando apenas, o MM Juiz "a quo", em relação ao PIS, a aplicação da Lei Complementar n^o 07/70, e não da Lei n^o 9.715/98, originada da conversão em lei da Medida Provisória o^o 1.212/95.

Posteriormente, acatando a tese defendida pela Autuada, o Ministério Público Federal em suas informações, opinou pela concessão definitiva da segurança.

Em 22/09/2002, foi proferida sentença julgando parcialmente procedente o pedido e concedendo definitivamente a segurança, para que: (i) fossem afastadas as exigências contidas nos artigos 2^o, 3^o e 8^o e seus parágrafos da Lei n^o 9.718/1998, e, (ii) ficasse a Autuada autorizada a recolher a contribuição para o PIS calculada sobre base de cálculo apurada consoante o disposto na L.C. 07/70, bem como a recolher a COFINS calculada sobre o faturamento, conforme a Lei Complementar n^o 70/91 e pela alíquota de 2% (dois por cento).

Atualmente, o Mandado de Segurança encontra-se perante a Terceira Turma do Regional Federal, aguardando julgamento do Recurso de Apelação interposto pela Fazenda Nacional (doc. n^o 07).

Este Recurso de Apelação apresentado pela Fazenda Nacional foi recebido apenas em seu efeito devolutivo, o que implica dizer que a decisão contida na r. sentença deve ter aplicação imediata e integral, sem qualquer mitigação. (destaques do original)

Transcrevendo decisão do Superior Tribunal de Justiça em apoio a sua tese, a impugnante afirma a inexistência do crédito tributário constituído pelo auto de infração e a não incidência dos juros moratórios, complementando que:

De fato, conforme exposto no item precedente, os créditos fiscais supostamente constituídos por meio do Auto de Infração ora impugnado são inexistentes, seja por força da liminar, inicialmente, deferida, seja principalmente em decorrência da confirmação da liminar pela r. sentença de primeiro grau proferida nos autos do Mandado de Segurança supra referido, validando, assim, o procedimento para apuração e recolhimento da COFINS adotado pela Autuada. Essa r. sentença, embora sujeita ao recurso ofertado pela Fazenda Nacional, tem aplicação imediata, considerando que o recurso foi recebido tão-somente em seu efeito devolutivo.

Portanto, os créditos fiscais objeto do presente Auto de Infração não podem ser exigidos pela Fazenda Nacional, por não existir crédito a ser apurado, diante da expressa ordem judicial.

No mérito, a impugnante sustenta, em suma e fundamentalmente, que o a Lei nº 9.718, de 1998, que alterou a base de cálculo do PIS e da Cofins e determinou a incidência da Cofins sobre a receita bruta da empresa, ao invés do seu faturamento, ou seja, que incluiu outras receitas na base de cálculo da contribuição, é formalmente inconstitucional, porquanto a sua elaboração não obedeceu ao devido processo legislativo, assim como é materialmente inconstitucional, por não se compatibilizar com o disposto no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, na época de sua edição.

Aduz ainda que a edição posterior da Emenda Constitucional nº 20/98 não tem o condão de "constitucionalizar" a referida Lei nº 9.718, de 1998, eis que sua validade para inclusão no ordenamento jurídico deve ser aferida com o texto constitucional vigente no momento de sua edição.

Requer, conseqüentemente, que seja declarado nulo, insubsistente e improcedente o auto de infração e o respectivo processo administrativo, bem como seja afastada a incidência de juros de mora sobre os créditos fiscais constituídos, considerando-se que os créditos fiscais constituídos por meio do auto de infração impugnado são ilegais e ainda se encontram com a respectiva exigibilidade judicialmente suspensa, não havendo falar em sujeição dos referidos créditos aos efeitos da mora."

A Delegacia de Julgamento em Campinas (SP) proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

"NORMAS PROCESSUAIS. DISCUSSÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RENÚNCIA À DISCUSSÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA.

A busca da tutela do Poder Judiciário, não obstrui a constituição do crédito tributário pela autoridade tributária e acarreta a

renúncia à discussão administrativa sobre a mesma matéria, impedindo a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade a quem caberia o julgamento.

CRÉDITO SUSPENSO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

Incidem juros de mora durante a vigência de liminar que suspende a exigência do crédito tributário. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Lançamento Procedente.”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 244 a 255, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 05-18.444, da 3ª Turma da DRJ/Campinas, que julgou procedente o lançamento da Cofins consubstanciado no auto de infração de fls. 91/106.

Consta nos autos que a interessada impetrou o Mandado de Segurança com Pedido de Liminar nº 2000.61.00.027513-0, perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo, visando o provimento jurisdicional que lhe assegure o direito de recolher as contribuições para a COFINS, exigidas a partir dos fatos geradores de 01/02/1999, tal como definido pela Lei Complementar 70/91.

Da peça processual produzida pela autoridade fiscal denominada de “TERMO DE VERIFICAÇÃO DA COFINS”, fls. 89/90, reproduzo a seguinte parte:

“[...]

Com intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, eis que, tal matéria ainda encontra-se sub-judice, conforme Certidão de Objeto e Pe, de 29/08/2002, e demonstrativo do andamento processual obtido no site do TRF da 3ª Região em 06/07/2004, apuramos os valores da respectiva contribuição mês a mês e constituímos o crédito tributário devido, nos meses de fevereiro/99 a janeiro/2004, por ter sido informado a menor em DCTFs, ressaltando, todavia, que a sua exigibilidade deveria ficar suspensa por força de Medida Liminar concedida no autos do processo Nº 2000.61.00.027513-0, da 16ª Vara Federal, conforme expressa determinação do Art. 151, inciso II e IV do Código Tributário Nacional.

[...]”

Conforme já relatado, a interessada obteve provimento judicial para recolher a contribuição para a COFINS de acordo com a Lei Complementar nº 70/91, sem as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, que é inconstitucional, segundo cópia da petição inicial de fls. 11 a 32.

Compulsando-se as peças que compõem o presente processo, não resta dúvida de que a matéria objeto do pedido administrativo da interessada é a mesma que compõe a lide judicial.

Assim, em que pese à autonomia de instâncias, é sabido que não se pode admitir a concomitância de discussões na esfera judicial e administrativa sob pena de serem

proferidas decisões conflitantes, o que seria contrário ao ordenamento pátrio, em obediência ao princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou a Súmula CARF nº 1, *in verbis*:

Súmula CARF Nº 1

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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Desse modo, não há que se tomar conhecimento da impugnação no que diz respeito ao crédito tributário lançado, em razão da ampliação da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718/98, em relação àquela prevista na LC 70/91, tendo a contribuinte proposto medida judicial para ver reconhecido seu direito a recolher a COFINS segundo a legislação mais benéfica, a discussão na esfera administrativa perde seu significado, tendo em vista que a decisão judicial prevalece sobre o entendimento administrativo.

Por outro lado, uma vez que a recorrente trouxe à esfera administrativa assuntos alheios à discussão judicial, devem os mesmos serem objeto de análise.

Nesse sentido, a interessada contesta a autuação alegando que a mesma é nula, pois estando a exigibilidade suspensa, a constituição do crédito tributário se torna descabida. Pugna, também, pelo afastamento dos juros de mora.

Analisemos a alegação que se refere a possibilidade e necessidade de efetuar o lançamento de crédito tributário discutido em Juízo.

A constituição do crédito tributário, destinada a prevenir a decadência, está prevista no art. 63 da Lei nº 9.430/96 que dispõe:

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.

§ 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.

§ 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. (grifei)

Importante registrar que a interposição de ação judicial, seja qual for à modalidade, não tem o condão de impedir o lançamento de ofício. Pela inteligência do art. 142 e § único do CTN (Lei nº 5.172, de 1966), a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos, como é o caso em tela.

Esclareça-se, por oportuno, que referido questionamento já se encontrava pacificado na jurisprudência do STJ, no sentido de que instrumentos jurídicos de eficácia equivalente (mandado de segurança) não tinham o condão de impedir a constituição do crédito tributário preventivo da decadência. Nesse sentido, transcrevo trecho de um dos numerosos acórdãos que trata do tema:

Acórdão RESP 75075/RJ; RECURSO ESPECIAL1995/0048411-0. Fonte: DJ DATA: 14/04/2003 PG: 00206.

Relator: Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094)

Ementa: TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – RECURSO ADMINISTRATIVO – LANÇAMENTO – EFETIVAÇÃO DE NOVOS LANÇAMENTOS – POSSIBILIDADE – CTN, ARTS, 151, I E III, E 173 – PRECEDENTES.

- A concessão da segurança requerida suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido.

- Recurso especial conhecido e provido.

Data da Decisão: 25/02/2003

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Assim, estando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa, tal circunstância diz respeito tão somente aos atos próprios da sua efetiva cobrança, não se confundindo, no entanto, com a impossibilidade da autoridade fiscal proceder à constituição do crédito tributário mediante a feitura do lançamento de ofício. Aliás, não se trata de faculdade e sim de obrigação de fazê-lo sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, a lavratura do auto de infração no caso presente não padece de qualquer irregularidade ou vício em sua constituição que enseje sua nulidade ou improcedência.

Por fim, deve-se analisar a questão levantada pela contribuinte no que se refere a exigência dos juros no presente lançamento.

Com relação ao tema, cumpre examinar o disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional e os artigos 61 e 63 da Lei nº 9.430/96, abaixo transcritos:

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 garantia 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 1% (um por cento) ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o [§ 3º do art. 5º](#), a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifos acrescidos)

Como se verifica da leitura do texto acima, os juros de mora não traduzem qualquer efeito punitivo, sendo que o dispositivo acima determina a sua incidência “*seja qual for o motivo determinante da falta*”. Assim, vencida e não paga a obrigação tributária principal, pouco importa a razão que tenha determinado a mora, concretiza-se a incidência dos juros.

Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou a Súmula CARF nº 5, *in verbis*:

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Por conseguinte, em face do acima exposto, não tomo conhecimento da impugnação quanto à matéria discutida no âmbito do Poder Judiciário cuja decisão será cumprida no tocante à exigibilidade do crédito tributário e voto no sentido de julgar improcedente o recurso voluntário apresentado, mantendo a decisão proferida pela autoridade julgadora de primeira instância.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon