



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

Processo nº 19515.001885/2002-62
Recurso nº 241.129 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.252 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DEPÓSITO INTEGRAL. JUROS DE MORA
Recorrente CONCRELIX ENGENHARIA DE CONCRETO LTDA
Recorrida DRJ-CAMPINAS-SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2002

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A existência de medida judicial não impede o lançamento de ofício, que se não efetivado em tempo hábil será atingido pela decadência.

LANÇAMENTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE MEDIDA JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

É cabível o lançamento de juros de mora na constituição de crédito tributário destinado a prevenir a decadência, quando a exigibilidade houver sido suspensa por força de medida judicial mas não haja depósito do montante integral.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA Nº 3.

Nos termos da Súmula nº 3/2007, do Segundo Conselho de Contribuintes, é legítimo o emprego da taxa Selic como juros moratórios.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

GELSON MACEDO ROSENBERG FILHO - Presidente

EMANUEL CARLOS BANTAS DE ASSIS - Relator

EDITADO EM 01/10/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da 5ª Turma da DRJ que julgou procedente o Auto de Infração de fls. 28/43, relativo à Cofins, períodos de apuração de 02/1999 a 09/2002, no valor total R\$ 494.673,96, incluindo juros de mora. Não foi aplicada multa porque o crédito tributário encontrava-se com exigibilidade suspensa, em virtude liminar concedida no Mandado de Segurança nº 1999.61.00 009973-6.

Por bem resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância:

2 No Termo de Verificação Fiscal, às fls. 28 e 29, o auditor fiscal informa que

2.1 nos autos do processo nº 1999.61.00 009973-6, distribuído junto à 15ª Vara Federal de São Paulo, o contribuinte obteve liminar, em 10/03/99, e segurança, em 20/05/99, para suspender a exigibilidade do crédito tributário apurado nos moldes da Lei nº 9 718, de 27 de novembro de 1998, prevalecendo a incidência consoante à Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Os autos estão conclusos ao relator do TRF da 3ª Região,

2.2 uma vez que a matéria encontra-se sub judice e tendo sido concedida a segurança por decisão monocrática, efetuou-se o lançamento de ofício, com suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dos valores da Cofins que embora apurados e declarados em DCTF consoante o previsto na Lei nº 9 718, de 1998, deixaram de ser recolhidos em razão da referida suspensão

3 Regularmente cientificada do auto de infração em 12/12/2002, a interessada interpôs impugnação em 13/01/2003, às fls 144/155, na qual alega, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1 levando-se em consideração que a legalidade da exigência da Cofins já é objeto de discussão em mandado de segurança, a defesa administrativa restringir-se-á à discussão da nulidade do presente auto de infração e da ilegalidade dos juros de mora computados na constituição do crédito tributário;

3.2 é nulo o lançamento, visto que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por medida judicial impede a lavratura de auto de infração, a teor do disposto no art. 62 do Decreto nº 70 235, de 6 de março de 1972,



3.3 a autoridade administrativa apenas tem competência para lavrar auto de infração quando verificar a ocorrência de infração, não podendo alterar a natureza do ato tão-somente para prevenir a decadência. Assim, tendo em vista que no caso em questão não há que se falar em infração, impedida está a lavratura do auto, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade;

3.4 não há nenhum dos requisitos necessários à configuração da mora, quais sejam, exigibilidade do crédito tributário e culpa do devedor pela demora no cumprimento da obrigação. No caso concreto, a impugnante nunca esteve em mora, tendo em vista estar amparada por decisão judicial,

3.5 além disso, a virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário consiste fundamentalmente na desconfiguração da mora, por não haver qualquer omissão do contribuinte quanto ao pagamento do tributo, posto que o prazo de vencimento da obrigação é postergado até que a dívida venha a ser novamente exigível. Portanto, não vencida a dívida, é inexigível o direito subjetivo dela decorrente, havendo impossibilidade de se configurar a mora;

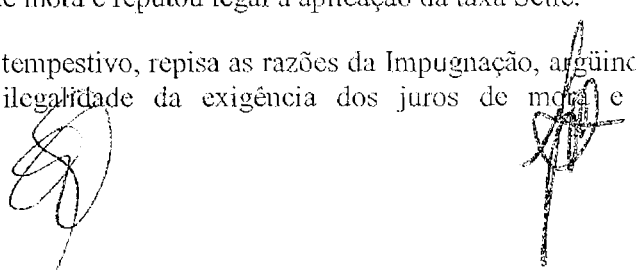
3.6 o art. 161, §2º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), estabelece que o contribuinte que formular consulta aos órgãos da Receita Federal, antes do vencimento do tributo, poderá pagá-lo sem a incidência dos juros. Assim, se a própria legislação privilegia a boa-fé e a conduta do contribuinte que formular consulta dentro do prazo legal, desonerando-o do pagamento de juros, com muito mais razão não incidem os juros de mora nos casos em que o contribuinte busca a tutela do Poder Judiciário, por entender como ilegal e inconstitucional determinada exigência fiscal,

3.7 considerando-se que o contribuinte não está em mora, e tendo a taxa Selic a natureza de juros de mora, afasta-se de plano a possibilidade de sua aplicação. Ademais, também não se pode aplicá-la como índice de correção monetária, pois a Medida Provisória 2.176-79, de 23 de agosto de 2001, eliminou o único índice oficial de indexação da moeda,

3.8 há patente inconstitucionalidade na fixação da taxa Selic pelo Banco Central do Brasil, com afronta aos princípios da legalidade e da indelegabilidade da competência tributária, na medida em que um ato de órgão administrativo estabelece a taxa aplicável à correção dos créditos da União Federal.

Nos termos da decisão recorrida, a instância de piso não conheceu das arguições de inconstitucionalidade contra a Selic, considerou que a suspensão da exigibilidade em tela não exclui a incidência de juros de mora e reputou legal a aplicação da taxa Selic.

O Recurso Voluntário, tempestivo, repisa as razões da Impugnação, arguindo a nulidade do Auto de Infração, a ilegalidade da exigência dos juros de mora e a inaplicabilidade da taxa Selic.



É o relatório.

Voto

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

Os temas a tratar dizem respeito ao seguinte: nulidade do lançamento, que segundo a Recorrente não podia se concretizar em face da liminar concedida; exigência (ou não) dos juros de mora, levando em conta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário determinada pela referida liminar; e emprego da taxa Selic.

Rejeito a preliminar de nulidade, sublinhando que a medida judicial não impede o lançamento. Essa é a praxe nas ações judiciais, já que face à indisponibilidade do crédito tributário os provimentos judiciais que suspendem a exigibilidade não têm o condão de tolher o direito postestativo do Fisco, de efetuar o lançamento. Do contrário, ocorrerá a decadência.

A corroborar a interpretação aqui adotada o posicionamento de Alberto Xavier, que informa o seguinte:¹

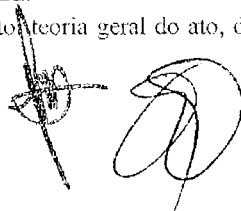
A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a exeqütoriedade do crédito

Quanto à jurisprudência, observem-se os julgados adiante:

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

¹ Xavier, Alberto. Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo Tributário, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 428



formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido.

(STJ, REsp 75 075, RJ)

*TRIBUTÁRIO. MEDIDA LIMINAR SUSPENSÃO
LANÇAMENTO CRÉDITO POSSIBILIDADE DECADÊNCIA
CONFIGURADA*

1. A ordem judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não tem o condão de impedir a Fazenda Pública de efetuar seu lançamento.

2. Com a liminar fica a Administração tolhida de praticar qualquer ato contra o devedor visando ao recebimento do seu crédito, mas não de efetuar os procedimentos necessários à regular constituição dele. Precedentes.

3. Recurso não conhecido

(STJ, REsp 119 156, SP)

Ao invocar o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, a Recorrente parece prender-se a uma interpretação literal de parte do dispositivo.² Todavia, como se sabe a interpretação literal ou gramatical é apenas o início de qualquer processo hermenêutico, que nela nunca se esgota. A insuficiência da literalidade decorre da circunstância de ser o Direito um sistema. Assim, a norma extraída do texto legal em comento deve guardar consonância com outra já aludida acima: a que concede ao Fisco o direito potestativo de efetuar o lançamento, sob pena de decadência.

O hermeneuta, sabendo que a linguagem empregada pelo legislador é um misto de linguagem comum e técnica, sujeita a imperfeições, deve interpretar a expressão “não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão” como se referindo à ação de cobrança, não àquela visando o lançamento.

A imperfeição da redação do art. 62 do Decreto nº 70.235/72 é tamanha que já originou tentativas de corrigi-la. Refiro-me às Medidas Provisórias nº 75, de 24/10/2002 (não convertida em lei porque rejeitada) e 232, de 30/12/2004, esta convertida na Lei nº 11.119/2005 que, no entanto, não manteve a nova redação.³

² Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.
Parágrafo único. Se a medida referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.

³ A redação proposta pelo art. 5º da MP nº 75/2002 era a seguinte:

Art. 62. A vigência de medida judicial que implique a suspensão da exigibilidade de crédito tributário não impede a instauração de procedimento fiscal e nem o lançamento de ofício contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, inclusive em relação à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

§ 1º Se a medida judicial referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.



De todo modo, e independentemente de o texto legal continuar com a redação original, a melhor interpretação é no sentido de que medidas judiciais, ao suspenderem a exigibilidade do crédito tributário, não impedem o lançamento. Tanto assim que o art. 63 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela MP nº 2.158/35-2001, faz referência expressa à hipótese em questão, ao determinar que “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.”

No tocante aos juros de mora, são devidos porque inexitem depósitos

Como se sabe, referidos juros devem-se à exigência legal estipulada no art. 161 do CTN, cuja interpretação mais abalizada leva à conclusão de que, além do depósito integral, a outra exceção a inibi-lo é o processo de consulta à legislação tributária. Observe-se o referido artigo:

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 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.

Segundo o *caput* do art. 161 os juros de mora são exigidos “seja qual for o motivo determinante da falta”. Uma exceção admitida refere-se à pendência de resposta a consulta sobre a legislação tributária, formulada pelo contribuinte. Enquanto não respondida a consulta, o Fisco se constitui em mora com relação ao consulente. Por dar causa a uma eventual demora no recolhimento do tributo objeto da consulta – se acaso a resposta for para pagar mais do que o contribuinte entende dever, nos termos da consulta formulada – é que não cabe ao Fisco exigir juros de mora.

Nas outras hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em que ao Fisco não cabe a responsabilidade pela mora, como sói acontecer no caso das ações

§ 2º 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, importa renúncia às instâncias administrativas.

§ 3º O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.” (NR)

A redação proposta pelo art. 10 da MP nº 232/2004, e que mais uma vez não vingou, era a seguinte:

Art. 62. 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, importa renúncia às instâncias administrativas.

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.” (NR)

judiciais - quando deferida liminar em mandado de segurança ou tutela antecipada, ou ainda quando for o caso de sentença favorável ao contribuinte -, cabe o pagamento dos juros de mora, que possuem natureza indenizatória.

A propósito, o pronunciamento de Paulo de Barros Carvalho, in *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 351/352:

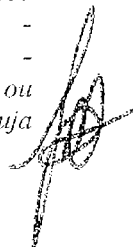
Sobre os mesmos fundamentos, os juros de mora, cobrados na base de 1% ao mês, quando a lei não dispuser outra taxa, são tidos por acréscimos de cunho civil, à semelhança daqueles usuais nas avenças de direito privado. Igualmente aqui não se lhes pode negar feição administrativa. Instituídos em lei e cobrados mediante atividade administrativa plenamente vinculada, distam de ser equiparados aos juros de mora convencionados pelas partes, debaixo do regime da autonomia da vontade. Sua cobrança pela Administração não tem fins lucrativos, que atemorizem o retardatário ou o desestimule na prática da dilação do pagamento. Para isso atuam as multas moratórias. Os juros adquirem um traço remuneratório do capital que permanece em mãos do administrado por tempo excedente ao permitido. Essa particularidade ganha realce, na medida em que o valor monetário da dívida se vai corrigindo, o que presume manter-se constante com o passar do tempo. Ainda que cobrados em taxas diminutas (1% do montante devido, quando a lei não dispuser sobre outro valor percentual), os juros de mora são adicionados à quantia do débito, e exibem, então, sua essência remuneratória, motivada pela circunstância de o contribuinte reter consigo importância que não lhe pertence."

Afora a pendência de consulta, a outra exceção a excluir a incidência dos juros de mora é a do inciso II do art. 151 do CTN: depósito integral, seja judicial ou administrativo. Em havendo depósito integral, após o trânsito em julgado o montante depositado será convertido em renda da União, caso o Fisco saia vitorioso na causa, ou então será levantado pelo contribuinte, se este lograr êxito na contenda.

A conversão em renda equivale a um pagamento à vista. Por isto descabe o lançamento de juros de mora. Como na situação em tela inexistente o depósito do montante equivalente aos créditos tributários questionados judicialmente, mantém-se os juros lançados.

No sentido de que cabem juros de mora em lançamento para prevenir a decadência, quando inexistente o depósito do montante integral, cabe transcrever a jurisprudência administrativa abaixo, desta Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes. Observe-se:

NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL -
Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional - antes ou após o lançamento do crédito tributário - com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito. PIS -
LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA -
Nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja



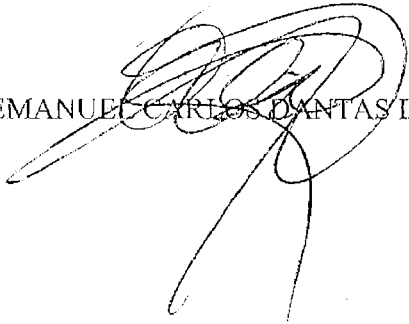
única fronteira legal intransponível é a decadência, e o auto de infração é o meio legal disponível para o fisco efetuar-lo. JUROS DE MORA - São devidos desde a data de vencimento do tributo, nos percentuais da legislação que os regula. Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

(Recurso 123275, Ac. 203-09239, sessão de 02/12/2003, Recorrente Witco do Brasil LTDA, Relator Conselheiro Otacílio Cartaxo, unanimidade).

Neste ponto, cabe observar que o crédito tributário continuará com a exigibilidade suspensa, a depender do desenrolar do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.009973-6.

Por fim, a incidência da Selic como juros moratórios. É tema pacífico, que inclusive conta com a Súmula nº 3 deste Segundo Conselho de Contribuintes, segundo a qual “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS 