



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

Processo nº 19515.002969/2004-85
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-000.585 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria COFINS - VALORES NÃO DECLARADOS.
Recorrente SERVTEC INSTALACOES E SISTEMAS INTEGRADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/1999, 01/07/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 31/05/2000, 01/07/2000 a 31/07/2000, 01/09/2000 a 28/02/2001, 01/04/2001 a 31/05/2001, 01/07/2001 a 30/06/2002, 01/08/2002 a 30/09/2002, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/02/2003 a 31/03/2003, 01/05/2003 a 31/05/2003, 01/09/2003 a 31/10/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

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. Súmula CARF nº 1.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

A decisão judicial passada em julgado, na parte favorável ao contribuinte, extingue o crédito tributário, devendo a autoridade administrativa obedecer a seus termos.

COFINS. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 por meio de súmula vinculante, cabe a aplicação da regra de decadência prevista no CTN.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a partir de 01/04/95, a aplicação de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC. Súmula CARF nº 4, de 2009.

ELEMENTOS DE PROVA

A prova deve ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, por força do artigo 16, §4º, do Decreto nº 70.235/72.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os conselheiros Gilberto de Castro Moreira Júnior, Thiago Moura de Albuquerque e Rodrigo Cardozo Miranda. Fez sustentação oral, pela contribuinte, a advogada Daniela Ferreira da Silva Della Volpe, OAB/SP nº. 255.093.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Miranda Cardozo, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Gilberto de Castro Moreira Junior, Charles Mayer de Castro Souza e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

O presente litígio decorre de Auto de Infração (fls. 65/79 – volume I), lavrado em 26/11/2004, para a cobrança da COFINS (R\$ 99.682,69), juros de mora (R\$ 64.848,10) e multa de ofício (R\$ 74.761,84) no montante de R\$ 239.292,63.

Segundo consta do Termo de Constatação Fiscal (fls. 63/65), a fiscalização “verificou-se que os valores exigíveis da COFINS (calculada de acordo com a LC 070/91 e a parte em discussão e não depositada) relativos aos meses calendário de Jul à Dez/1.999; Fev à Mai, Jul e de Set à Dez/2.000; Jan, Fev, Abr, Mal e de Jul à Dez/2.001; Jan à Jun, Ago, Set, e Dez/2.002; Fev, Mar, Mal, Set, Out e Dez/2.003, **foram recolhidos e declarados em DCTF — Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais em valores menores que o devido apurado por esta fiscalização, conforme demonstrativos e cálculos às fls. 041 a 060. Dessa forma, os valores devidos e não recolhidos ou depositados em juízo ou, ainda, não declarados em DCTF — Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais serão exigidos de ofício através do Auto de Infração que é parte integrante e inseparável do presente, no qual encontra-se demonstrado a apuração dos juros, da multa e do crédito tributário, em decorrência dos fatos ora relatados**” (grifamos).

Documento assinado digitalmente conforme a Lei nº 11.367-2006 e a Resolução nº 001

Autenticado digitalmente em 06/11/2012 por LUIS EDUARDO GARROSSINO BARBIERI, Assinado digitalmente em 06/11/2012 por LUIS EDUARDO GARROSSINO BARBIERI, Assinado digitalmente em 06/12/2012 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

Impresso em 06/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Por bem sintetizar os fatos, transcreve-se relatório constante da decisão de primeira instância administrativa, *verbis*:

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado contra o contribuinte anteriormente identificado, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, abrangendo os períodos de apuração (PA) 02/99 a 12/99, 02/00 a 05/00, 07/00, 09/00 a 02/01, 04/01, 05/01, 07/01 a 06/02, 08/02, 09/02, 12/02, 02/03, 03/03, 05/03, 09/03, 10/03 e 12/03, no valor (principal) de R\$ 99.682,69, com multa de ofício de 75% no valor de R\$ 74.761,84, e juros de mora, calculados até 29/10/2004, no valor de R\$ 64.848,10, totalizando um crédito tributário apurado de R\$ 239.292,63, em decorrência de ação fiscal levada a efeito pela então Delegacia da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo (Defic/SPO), conforme Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) acostado à inicial.

2. Na Descrição dos Fatos de fl. 76, bem como no Termo de Constatação de fls. 63/65, o AFRF autuante informa que, durante o procedimento de verificações obrigatórias, foram constatadas divergências entre os valores declarados/pagos e os valores escriturados da COFINS, e ainda que:

. A par da legislação de regência da contribuição (COFINS), verificou-se que os valores devidos relativos aos meses calendário de fev/99 a mai/99 foram recolhidos e declarados em DCTF em valores menores que o devido apurado por esta fiscalização, conforme detalhado nas planilhas de fls. 37/40;

- Em 15/06/1999, inconformado com as novas regras de apuração introduzidas pela Lei nº 9.718/98, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança (MS) com pedido de liminar, dando origem ao processo judicial nº 1999.61.00.026986-1/SP, sendo que, **em 16/06/1999 o juízo concedeu a liminar, cuja decisão foi confirmada pela sentença exarada em 02/05/2001**, para afastar as disposições da Lei nº 9.718/98, de modo que o contribuinte pudesse continuar a recolher a COFINS, nos termos do disposto na Lei Complementar (LC) nº 70/91;*

- Conquanto, nos termos do artigo 151, inciso V, do CTN, a decisão tivesse o condão de suspender a exigência do crédito tributário, verificou-se que os valores sub-judice da COFINS, devidos a partir do mês calendário de jun/99 foram depositados em juízo;*

- **Em 27/08/2003, o Tribunal reformou a sentença em apelação requerida pela União através da AMS nº 232698;***

- Ainda que reformada a sentença, afastando a hipótese da suspensão do crédito tributário nos moldes do inciso V do artigo 151 do CTN, a parcela da COFINS efetivamente depositada judicialmente continuou ao amparo da suspensão, porém, sob o manto do inciso II deste mesmo artigo;*

• Feitas estas considerações preliminares, verificou-se que os valores exigíveis da COFINS (calculada de acordo com a LC nº 70/91 e a parte em discussão e não depositada) relativos aos meses calendário de jul/99 a dez/99; fev/00 a mai/00, jul/00, set/00 a dez/00; jan/01, fev/01, abr/01, mai/01 e jul/01 a dez/01; jan/02 a jun/02, ago/02, set/02 e dez/02; fev/03, mar/03, mai/03, set/03, out/03 e dez/03 foram recolhidos e declarados em DCTF em valores menores que o devido apurado por esta fiscalização, conforme demonstrativos (planilhas) e cálculos às fls. 41/60;

• Desta forma, os valores devidos e não recolhidos ou depositados em juízo ou, ainda, não declarados em DCTF serão exigidos de ofício através do presente Auto de Infração.

3. O enquadramento legal do presente lançamento fiscal da COFINS (v. fl. 78), cientificado ao contribuinte em 03/12/2004, conforme se observa à fl. 75, consistiu no art. 149 da Lei nº 5.172/66 (CTN); art. 1º da Lei Complementar (LC) nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

4. No que se refere à multa de ofício e aos juros de mora, os dispositivos legais aplicados foram relacionados no demonstrativo de fl. 74.

5. Após tomar ciência da autuação, o interessado, inconformado, apresentou, em 30/12/2004, a **impugnação** juntada às fls. 83/104, e documentos anexos de fls. 105/170 (doc. 1 — alteração de contrato social, procuração, documento de identidade do procurador da empresa, fls. 105/106; doc. 2 — cópia de Instruções, do Termo de Constatação, do Auto de Infração, de Planilhas demonstrativas, fls. 127/170), com as alegações abaixo resumidas:

5.1. conforme mencionado pela fiscalização no Termo de Constatação, o impugnante, inconformado com as novas regras de apuração introduzidas pela Lei nº 9.718/98, impetrou, em 15/06/1999, Mandado de Segurança com pedido de liminar (processo nº 1999.61.00.026986-1/SP), alegando ser indevido o recolhimento da COFINS com os acréscimos trazidos pela referida Lei, em face de sua inconstitucionalidade;

5.2. por conseguinte, em 16/06/1999 foi concedida a liminar pleiteada, cuja decisão foi confirmada por **sentença exarada em 02/05/2001**, garantindo o recolhimento da contribuição em comento sem a ampliação da base de cálculo e majoração da alíquota previstas na Lei nº 9.718/98, e, assim, a partir daquela data o impugnante tinha permissão para recolher a COFINS, nos termos da LC nº 70/91;

5.3. no entanto, mesmo sabendo que a legislação tributária determina a suspensão da exigibilidade do crédito ante a concessão de medida liminar (art. 151, V, do CTN), o impugnante depositou em juízo os valores sub judice da COFINS, devidos a partir de junho/99;

5.4. desse modo, a superveniente reforma da sentença que confirmava a liminar em 27/08/2003, em virtude da apelação

interposta pela União, não teve o condão de afastar a suspensão da exigibilidade do crédito relativamente à parcela da COFINS depositada judicialmente, nos termos do inciso II do art. 151 do CTN;

5.5. cumpre asseverar, preliminarmente, que os valores supostamente devidos em decorrência dos fatos geradores ocorridos nos períodos de out/99 e nov/99 são inexigíveis, eis que já era defeso à administração efetuar o lançamento desses quando da ciência do contribuinte;

5.6. sendo a COFINS um tributo sujeito ao denominado lançamento por homologação, conforme positivado no artigo 150 do CTN, cabe ao contribuinte, ante a ocorrência do fato gerador, proceder ao recolhimento do valor que entende devido, sem antes submetê-lo ao crivo da administração fazendária, cabendo a esta, posteriormente, concordar ou não com o valor apurado;

5.7. como se pode depreender da redação clara e precisa do dispositivo acima mencionado, bem como de seu parágrafo quarto, o termo inicial da contagem do prazo decadencial de lançamento é a ocorrência do fato gerador, e, sendo assim, considerando que o lançamento somente se materializou em 03/12/2004, com a ciência expressa do contribuinte, todos os valores relativos a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos, contados regressivamente à essa data, já foram alcançados pela decadência;

5.8. a jurisprudência administrativa é pacífica no que tange ao prazo decadencial na forma acima esposada, consoante alguns recentes julgados do E. Conselho de Contribuintes (Acórdãos n's 201-76960, 203-08044 e 108-06908);

5.9. o Poder Judiciário também abraça a tese da decadência em cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, conforme entendimento exarado pelo E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do AGRESP 178.308 e do RESP 178.433/SP;

5.10. além disso, a ampliação das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, pretendida pela MP nº 1.724/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (DOU de 28/11/1998), ofende de maneira irreversível o disposto no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal vigente (CF/88), que determinava, à época da edição da medida provisória e da lei em comento, fossem as contribuições sociais calculadas com base no faturamento, folha de salários ou lucro;

5.11. somente com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 20, aprovada na sessão do Congresso Nacional de 01/12/1998 e editada no DOU de 16/12/1998, é que foi modificado o artigo 195, inciso I, da CF/88, ampliando a competência para instituição de contribuições sociais para a totalidade das receitas;

5.12. a exigência das referidas contribuições com base no valor das receitas, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/02/1999, ofende o ordenamento jurídico do País, principalmente porque a vigência e a eficácia das leis estão subordinadas a uma condição prévia de existência e validade em nível jurídico, sendo que, nesse sentido, algumas considerações acerca dos conceitos de faturamento e receita se fazem necessárias, a fim de que se possa constatar a efetiva violação ao artigo 110 do CTN;

5.13. receita bruta e faturamento se equiparam no que tange a seu conceito jurídico, conforme já havia decidido o E. Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 150.755-1 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 1-1/DF, e, nesses termos, até a edição da malsinada Lei nº 9.718/98, o conceito de receita bruta, para fins da contribuição ao PIS e da COFINS, foi sempre correspondente ao de faturamento, opinião de consenso nos três Poderes da República;

5.14. da leitura dos art. 2º e 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, observa-se afronta ao art. 110 do CTN, que veda à lei tributária alterar os conceitos próprios do direito positivo, devendo ser considerado ainda nesse sentido que o DL nº 2.397/87, que alterou o DL nº 1.940/82, em seu artigo 22, conceitua receita bruta tão-somente como o produto da venda de bens e da prestação de serviços e nada mais;

5.15. a partir da nova competência outorgada pela EC nº 20/98, seria necessária a edição de nova lei, sem o que resta no mundo jurídico apenas uma competência outorgada ainda pendente de exercício, valendo dizer que a rigidez da atual Constituição Federal implica o submetimento do legislador infraconstitucional a esta, determinando a própria validade da lei;

5.16. o legislador infraconstitucional, propositadamente, utilizou-se de instrumento normativo de hierarquia superior para regulamentar a cobrança da COFINS, visando a garantir uma maior segurança jurídica à sociedade, e, sendo assim, sendo a COFINS um tributo instituído por lei complementar, apenas poderia ser alterado por lei complementar, e jamais por lei ordinária, em observância ao princípio da hierarquia das leis;

5.17. nesse contexto, a majoração da alíquota da COFINS, de 2% para 3%, determinada no art. 8º da Lei nº 9.718/98, não pode subsistir, dada a sua manifesta inconstitucionalidade, como aliás vem se manifestando alguns eminentes magistrados (AI nº 21.464-PE/TRF-5º. Região; MS nº 99.0007632-0/PR);

5.18. a compatibilidade da Lei nº 9.718/98 com o ordenamento jurídico vigente deve ser aferida no momento de sua existência (no dia 27/11/1998), ou seja, à luz do art. 195, I, da CF/88, antes da promulgação da EC nº 20/98;

5.19. no caso específico, a EC nº 20/98 foi aprovada em sessão do Congresso Nacional de 01/12/1998, data posterior a de conversão da MP nº 1.724/98 na Lei nº 9.718/98, ocorrida em 27/11/1998, e, nesses termos, o vício de inconstitucionalidade da

Lei nº 9.718/98 é originário, sendo impassível, portanto, de convalidação, pelo que, destarte, é patente a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, haja vista que extrapolou a competência constitucional à época outorgada à União Federal para a instituição de contribuições sociais;

5.20. ainda que se admita, apenas para argumentar, a possível constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, deve-se, no caso concreto, verificar o que, à luz das ciências jurídica, contábil e econômica, seriam efetivamente "receitas auferidas pela pessoa jurídica" (art. 3º, § 1º), buscando a real base de cálculo das referidas contribuições;

5.21. muito embora o legislador não tenha cuidado de definir, expressamente, o que afinal comporia "a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica", é certo que nem todas variações patrimoniais de uma pessoa jurídica são produto de um faturamento ou receita, conceitos que, necessariamente, devem estar conectados à idéia de efetivos ingressos de novas riquezas ao patrimônio da pessoa jurídica, decorrentes do exercício da sociedade empresarial;

5.22. portanto, como se aponta como traço caracterizador e marcante do conceito de receita o efetivo ingresso de numerários e valores no patrimônio da empresa, e como, também de outro lado, receita bruta decorre exclusivamente da venda de bens e serviços, nem sempre, desse modo, alterações meramente escriturais representam receita bruta, base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, restando irrefutável a improcedência do Auto de Infração;

5.23. por todo o exposto, requer a impugnante que seja considerado o integral acolhimento dos argumentos aduzidos na presente impugnação, para que seja extinto o crédito tributário em sua totalidade, e, finalmente, determinado o arquivamento do presente procedimento administrativo, julgando-se improcedente o Auto de Infração lavrado, protestando-se, outrossim, com fundamento no artigo 16, § 4º. Do Decreto nº 70.325/72, provar o alegado por todos os meios de prova admitidos.

6. À fl. 178, tendo em vista o contido na Portaria RFB nº 10.706, de 14/07/2007, que transferiu a competência para julgamento dos processos relacionados em seu Anexo único, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo I (DRJ/SP01) para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro II (DRJ/RJ02), o presente processo foi encaminhado a esta DRJ/RJ02, para julgamento.

7. Posteriormente, tendo sido verificada, após a realização de pesquisa junto aos sítios do Poder Judiciário na internet, a ocorrência do trânsito em julgado do MS nº 1999.61.00.026986-1/SP e da conversão em renda da União das quantias depositadas junto àquele mandamus, "nos moldes do julgado" (v. fls. 303/304), foi o presente processo encaminhado à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização (Defis/SPO) em diligência, a fim de que, considerado os efeitos dispostos nos

incisos VI e X do art. 156 do CTN, fossem discriminadas as quantias efetivamente convertidas em renda da União, para cada um dos fatos geradores mensais integrantes do lançamento.

8. A fiscalização, em atendimento, elaborou o Relatório de Diligência Fiscal de fls. 350/351, no qual esclareceu - considerando os documentos e esclarecimentos apresentados pelo contribuinte (cf. fls. 195/349) - que todos os depósitos efetuados foram integralmente convertidos em renda da União (cf. fls. 295/349), após o que, cientificado o autuado das conclusões da diligência realizada (cf. fl. 352), apresentou o referido fiscalizado, em seguida, a manifestação de fls. 353/354, sendo que, ainda na seqüência, o processo foi remetido a esta DRJ/RJ02 para julgamento (v. fl. 351).

(negritamos)

Transcrevemos, ainda, por entendermos relevante para a compreensão do litígio, o Relatório de Diligência Fiscal (fls. 350 – volume II) lavrado pela fiscalização:

RELATÓRIO DA DILIGÊNCIA FISCAL

Sr. Supervisor,

O presente processo se refere à exigência de crédito tributário da COFINS — Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, constituído no curso das Verificações Obrigatórias em cumprimento ao MPF — Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização nº 08.1.90.00-2003-03926-8.

A referida contribuição, ante as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/98, era objeto de discussão judicial através do Mandado de Segurança no processo nº 1999.61.00.026986-1, sendo que os valores em discussão estavam sendo depositados judicialmente.

*Dessa forma, o procedimento fiscal gerou **dois processos de lançamento de ofício, dos quais o de nº 19515.002968/2004-31, com sua exigibilidade suspensa, para formalização do crédito tributário em relação aos meses de apuração em que os depósitos judiciais ainda que efetuados, não se encontravam declarados nas respectivas DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais e, o de nº 19515.002969/2004-85, para exigência da contribuição apurada no curso do procedimento fiscal com insuficiência de declaração e de recolhimento.***

Tendo em vista decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 331 e 332) reconhecendo a inconstitucionalidade da ampliação da base cálculo da contribuição (parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98), admitindo-se, porém, o aumento da sua alíquota na forma do artigo 8º da citada lei, através do despacho exarado a folha 188, este processo foi submetido à esta DEFIS-SPO para diligência e exame dos depósitos judiciais, elaborando-se demonstrativo detalhado das quantias efetivamente convertidas em renda da União para cada um dos fatos geradores mensais integrantes do

lançamento, haja vista o disposto no artigo VI do artigo 156 do CTN.

Verificou-se no curso da diligência fiscal instaurada para atender o requerido, que os **depósitos judiciais** efetuados pelo contribuinte em relação aos fatos geradores ocorridos na vigência da sistemática de apuração introduzida pela Lei 9.718/98 - Junho/99 até Janeiro/2004 —, contemplando, **inclusive, os meses de apuração que foram objeto de lançamento de ofício, totalizaram R\$ 1.259.702,35.**

De acordo com o extrato resumo da Agência/Operação/Conta nº 0265-635-00186345-5 (fl. 410) que acolheu os depósitos judiciais efetuados no curso do processo nº 1999.61.00.026986-1, apresentado pelo contribuinte em atendimento a intimação desta equipe fiscal, verificou-se que o seu saldo em montante de R\$ 1.259.712,38 foi integralmente transformado em renda da União, não se verificando, portanto, valores devolvidos ao contribuinte.

Analisando-se os extratos de cada um dos depósitos efetuados (fls. 411 a 465), disponíveis no sistema de consulta desta RFB, verificou-se que, em todos eles, os valores depositados foram integralmente convertidos em renda da União.

Os documentos e os esclarecimentos apresentados pelo contribuinte no curso deste procedimento fiscal de diligência encontram-se as fls. 310 à 410.

No intuito de ter atendido o solicitado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, levo o presente à análise desta supervisão, para considerações de v. alçada e ciência do contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que, sendo o caso, o mesmo se manifeste prestando os esclarecimentos julgados necessários.

(negritamos)

A 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro – II julgou o lançamento procedente, proferindo o Acórdão n.º 13-21.219 de 28 de agosto de 2008 (folhas 381/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/1999, 01/07/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 31/05/2000, 01/07/2000 a 31/07/2000, 01/09/2000 a 28/02/2001; 01/04/2001 a 31/05/2001, 01/07/2001 a 30/06/2002, 01/08/2002 a 30/09/2002, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/02/2003 a 31/03/2003, 01/05/2003 a 31/05/2003, 01/09/2003 a 31/10/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003.

SÚMULA VINCULANTE - EFEITOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA.

A súmula vinculante editada pelo STF obriga a Administração Direta à adoção do entendimento nela fixado, a partir de sua publicação no órgão de imprensa oficial.

COFINS - DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 por meio de súmula vinculante, cabe a aplicação da regra de decadência prevista no CTN.

COFINS. DEPÓSITO JUDICIAL. CONVERSÃO EM RENDA DA UNIÃO. TRANSFORMAÇÃO EM PAGAMENTO DEFINITIVO.

As quantias depositadas transformam-se em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA PELO INTERESSADO. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.

Não devem ser apreciadas as alegações constantes da impugnação, que já foram analisadas pelo Poder Judiciário em ação proposta pelo interessado contra a Fazenda Nacional, a impor a renúncia de seu exame pelas instâncias administrativas.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

A decisão judicial passada em julgado favorável ao contribuinte extingue o crédito tributário, devendo a autoridade administrativa obedecer a seus termos.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a partir de 01/04/95, a aplicação de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

ELEMENTOS DE PROVA

A prova deve ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, por força do artigo 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

Lançamento Procedente.

A interessada foi cientificada do Acórdão da DRJ – Rio de Janeiro- II em 10/11/2008 (folha 400/403), apresentou **Recurso Voluntário** em 09/12/2008 (fls. 423/ss), onde aduz os argumentos sintetizados em dois tópicos:

i. Dos erros da DRJ quando do cálculo da imputação de encargos

- a DRJ reconheceu que o trânsito em julgado havido nos autos do MS nº 1999.61.00.026986-1 determinou que a COFINS deveria incidir à alíquota de 3% sobre o faturamento da Recorrente, e também aplicou corretamente o quanto disposto pela Súmula Vinculante nº 8 do STF, que consagra o entendimento daquela Corte de que o prazo

decadencial das contribuições sociais é de 5 anos, que neste caso culminou com o afastamento dos débitos relativos ao período que vai de janeiro a novembro de 1999;

- deste modo, permanecem objeto do presente processo a COFINS correspondente **a 1% do faturamento da Recorrente** para os meses do lançamento não alcançados pela decadência, ou seja, períodos de apuração **a partir de dezembro de 1999**;

- conforme relatado na própria decisão da DRJ/RJ, de acordo com o levantamento da fiscalização, alguns depósitos foram realizados em atraso, alguns foram realizados em valores inferiores aos devidos e alguns outros em valores superiores ao montante exigível. O atraso dos depósitos levou a fiscalização a fazer a respectiva imputação dos encargos de mora entendidos como devidos, para então se considerar como convertida em renda da União apenas a parcela efetivamente amortizada do crédito tributário. Assim, do levantamento apurado pela fiscalização concluiu-se existirem valores a recolher e valores a restituir por parte da Recorrente (vide planilha “DOC 02” - folha 551);

- da análise desta planilha, verifica-se que mesmo com a imputação realizada pela fiscalização em virtude dos depósitos feitos a destempo, a soma dos valores recolhidos e depositados pela Recorrente excede o montante devido lançado a título de COFINS. Entretanto, ignorando o indébito evidenciado para a maioria dos períodos de apuração, a DRJ decidiu prosseguir apenas com a cobrança das parcelas tidas como devidas pela Recorrente;

- tais débitos foram conciliados aos valores lançados no auto de infração objeto do presente processo e naquele objeto do processo nº 19515.002969/2004-85, mantendo-se então a cobrança acompanhada dos encargos de mora (vide planilha “DOC 3” – folha 552);

- a DRJ além de ter ignorado a existência de créditos em favor da Recorrente, prosseguindo na cobrança dos valores tidos como devidos sem qualquer compensação, ainda fez o cálculo da imputação de forma incorreta, em desrespeito a decisão judicial obtida pela Recorrente e os ditames da legislação fiscal;

- de acordo com o art. 151, IV, do CTN combinado com o art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, a liminar concedida judicialmente suspende a exigibilidade até 30 dias contados da data em que cassada. Desse modo, até 19/10/2003, isto é, 30 dias após a data da publicação da decisão do TRF que cassou a liminar, a Recorrente poderia ter realizado o pagamento dos valores controvertidos sem aplicação de multa de mora;

- por outro lado, como o depósito em juízo é uma faculdade do particular, independentemente de autorização judicial para ser realizado, e ele também suspende a exigibilidade do crédito tributário, desde que realizado integralmente, nos termos do art. 151, IV, do CTN, a Recorrente teve até o dia 19/10/2003 para recolher ou depositar em juízo a COFINS devida. No caso concreto, a Recorrente já vinha depositando em juízo a parcela da COFINS que acabou por ser tida como devida pelo TRF. Portanto, como os depósitos foram realizados quando ainda vigente a liminar, eles nunca poderiam considerar multa de mora, ainda que a data em que realizados não fosse propriamente a de vencimento;

- desta forma, para os meses em que a Recorrente depositou a COFINS após sua data legal de vencimento, tais depósitos deveriam ter sido apurados com juros SELIC, para serem tidos como integrais, mas nunca com multa de mora, pois esta estava afastada pela ordem judicial então vigente. Entretanto, a fiscalização procedeu à imputação dos valores

depositados e convertidos considerando que entre a data de vencimento legal e aquela do depósito seriam devidos juros e multa;

- para correta apuração do montante ainda devido não pode ser aplicada multa para os depósitos realizados entre 16/06/1999 e 19/10/2003, mas apenas os juros nos casos em que o depósito foi realizado somente no mês posterior ao do vencimento (conforme planilha “DOC 4” – folha 556).

- com o refazimento dos cálculos, informando a correta imputação dos encargos, o valor devido pela Recorrente cai significativamente, conforme planilha “DOC 5” (folha 557);

ii. Da necessidade de compensação dos créditos da Recorrente

- a decisão da DRJ, ainda, merece ser reformada, pois incorre em impropriedade ao não considerar o reconhecido crédito em favor da Recorrente;

- os demonstrativos da autoridade fiscal já apuraram haver indébito da Recorrente em boa parte dos meses, entretanto, mesmo tendo ela mesmo apurado o crédito em favor do particular, a autoridade decidiu por prosseguir no processo apenas para cobrança do montante tido como devido;

- além da correta imputação dos valores convertidos em renda, deve-se proceder à compensação dos débitos havidos, uma vez que a própria autoridade, no intuito de conciliar o julgado ao presente lançamento, reconhece ter havido pagamento a maior pelo particular, deve ela providenciar sua compensação com o montante relativo aos meses em que houve saldo a recolher (vide planilha “DOC 6” – fl. 559);

- conclui, assim, a Recorrente alegando que enquanto o débito relativo aos meses em que a conversão em renda não foi suficiente para quitar a COFINS soma R\$ 93.714,47 (planilha “DOC 5” – fl. 557), o crédito dos meses em que os depósitos se mostraram superiores ao efetivamente devido é de R\$ 258.124,76 (planilha “DOC 6” – fl. 559).

- por fim, requer-se seja a decisão da DRJ – Rio de Janeiro reformada **para o fim de reconhecer o direito da Recorrente ao indébito correspondente ao valor pago/convertido a maior, já líquido do débito.**

Os processos digitalizados foram distribuídos a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

De início, ressalte-se, que muito embora a DRJ – Rio de Janeiro II tenha feito a análise e o julgamento de ambos os processos de forma conjunta (nº 19515.002968/2004-31 e o de nº 19515.002969/2004-85, objeto destes autos), inclusive **inovando na metodologia de apuração do crédito tributário, entendo, que o julgamento de cada um deles deve ser feita separadamente.** Tal entendimento é necessário uma vez que os lançamentos referem-se a bases de cálculos e períodos de apuração distintos da COFINS, conforme se depreende das

planilhas anexadas às folhas 44 (ano 1999), 48 (ano 2000), 52 (ano 2001), 56 (ano 2002) e 60 (ano 2003) destes autos.

O auto de infração tratado nos autos deste **processo nº 19515.002969/2004-85** foi lavrado para a **cobrança da COFINS, juros de mora e multa de ofício, em relação à diferença dos valores devidos e não recolhidos e não depositados em juízo ou, ainda, não declarados em DCTF** — Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais. O montante do crédito tributário lançado neste processo é de R\$ 239.292,63. O auto de infração tratado no outro processo, **nº 19515.002968/2004-31**, foi lavrado com suspensão de sua exigibilidade, para a cobrança da COFINS e juros de mora, levando-se em consideração as quantias **depositadas judicialmente**.

Conforme relatado no Termo de Constatação (fls. 63/65), a fiscalização verificou que **os valores exigíveis da COFINS (calculada de acordo com a LC 070/91 e a parte em discussão e não depositada)**, relativos aos diversos meses (julho a dezembro de 1.999; fevereiro a maio, julho, setembro a dezembro de 2002, janeiro, fevereiro, abril, maio e de julho a dezembro de 2001, janeiro à junho, agosto, setembro e dezembro de 2002, fevereiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2003), **foram recolhidos e declarados em DCTF — Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais em valores menores que o devido apurado por esta fiscalização**, conforme demonstrativos e cálculos às fls. 041 a 060.

Registre-se, de antemão, que a Recorrente não traz em suas peças de defesa (tanto na impugnação como no recurso) nenhum elemento probante capaz de demonstrar ou justificar o motivo desta **divergência** encontrada pela fiscalização entre os valores recolhidos e declarados em DCTF e aqueles apurados pela fiscalização (conforme planilhas de folhas 15 a 60). O momento oportuno para o contribuinte trazer os elementos de prova, que eventualmente possam infirmar o auto de infração, é o da apresentação da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outras oportunidades, exceto nas hipóteses elencadas no artigo 16, §4º, do Decreto nº 70.235/72.

Importante, registrar, ainda, que o acórdão de primeira instância administrativa já afastou, por decadência, os lançamentos relativos aos períodos de apuração de fevereiro a novembro de 1999, tendo em vista que a ciência do lançamento se deu em 03/12/2004.

Não menos importante deixar consignado que como a Recorrente ingressou com Mandado de Segurança (processo judicial nº 1999.61.00.026986-1), no qual discute as alterações trazidas na base do cálculo e na alíquota da COFINS pela Lei 9.718/98, não serão discutidas na via administrativa estas matérias, tendo em vista o que dispõe o parágrafo único do artigo 38 da Lei 6.830/80, assim como a prescrição contida na Súmula CARF nº 1, verbis:

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.

Passemos a análise, portanto, dos argumentos trazidos pela Recorrente em relação ao lançamento de ofício constante destes autos (processo nº 19515.002969/2004-85), para cada um dos dois tópicos do Recurso Voluntário apresentado. O Recurso insurge-se, basicamente, quanto à metodologia de apuração e de conversão dos depósitos judiciais em renda da União.

Como destacado linhas acima, os valores constantes deste auto de infração são decorrentes de **divergências apuradas** entre os valores da COFINS, recolhidos e declarados em DCTF e os valores apurados pela fiscalização.

A DRJ – Rio de Janeiro, no meu entender, equivocadamente, fazendo uma análise conjunta dos dois autos de infração lavrados (processos nº 19515.002968/2004-31 e nº 19515.002969/2004-85), **efetuiu a imputação dos encargos de mora entendidos como devidos - multa de mora e juros de mora**, para então considerar como convertida em renda da União apenas a parcela efetivamente amortizada do crédito tributário.

O órgão de julgamento de primeira instância considerou (ou talvez, presumiu), que estas divergências apuradas tinham a mesma origem daqueles em discussão nos autos do processo nº 19515.002968/2004-31 (discussão sobre a alíquota e a base de cálculo – LC 70/91 e Lei 9.718/98), entretanto, não me parece (ou pelo menos isto não está provado nos autos) que foi isso o que constatou a fiscalização.

O que está descrito no Termo de Constatação (fl. 65) é que os valores exigíveis da COFINS foram recolhidos e declarados em DCTF em valores menores que o apurado pela fiscalização. Importante destacar que os **valores depositados estão declarados na DCTF**, conforme pode ser atestado nas planilhas de folhas 28 (para o ano 1999), 30 (para o ano 2000), 32 (para o ano 2001), 34 (para o ano 2002) e 36 (para o ano 2003).

Deste modo, não há como tratar os valores constantes deste auto, que não e foram depositados nem constam em DCTF, conjuntamente com aqueles valores referidos no outro auto de infração (19515.002968/2004-31), fazendo a imputação global entre eles.

Abaixo transcrevemos parte do voto (fls. 507/508) constante da decisão de primeira instância, para demonstrarmos o equívoco que nos parece ter sido cometido:

27. Assim, deve-se considerar procedente o lançamento que promoveu a constituição de crédito tributário que se refere às quantias depositadas em ação judicial por intermédio da qual se questiona a legalidade/constitucionalidade da exigência de tributo/contribuição, já que, à ocasião do lançamento, inexistia qualquer condição extintiva do crédito em questão, mas, tão-somente, observava-se, até então, a existência de depósito judicial apto a suspender o crédito até o limite das quantias depositadas.

28. A posterior transformação em pagamento definitivo das quantias depositadas, longe de afastar a procedência do lançamento, muito antes confirma a sua necessidade, como meio de prevenir a eventual decadência do direito lançar, ocorrência, aliás, que não se evitou em relação aos meses de outubro e novembro de 1999, como aqui visto anteriormente. Deve-se, entretanto, com a transformação das quantias depositadas em pagamento definitivo, proceder-se à sua imputação aos débitos correspondentes, extinguindo-o, na forma do inciso II do art. 1º da Lei nº 9.703/98 anteriormente colacionado, "proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios".

*29. Ou seja, como na grande maioria dos casos, os depósitos foram efetivados após o vencimento do prazo original para pagamento da COFINS considerada devida, as quantias depositadas deveriam se fazer acompanhadas dos acréscimos (acessórios) legais previstos na legislação — ou seja, mais especificamente, **de multa de mora e de juros de mora** — para*

que, com a sua eventual transformação em pagamento definitivo — posteriormente ocorrida — citadas quantias pudessem se fazer capazes de promover a extinção da totalidade das quantias que se pretendeu depositada. Tal conclusão decorre da própria leitura do dispositivo acima citado, que, vale ratificar, prevê a transformação em pagamento definitivo, "proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios.

*30. Como a realização dos depósitos não se fez acompanhada dos devidos acréscimos legais, para se chegar às quantias efetivamente extintas do presente lançamento da COFINS, com a transformação em pagamento definitivo das quantias depositadas, **utilizou-se do sistema informatizado da RFB (SICALC), por intermédio do qual, utilizando-se do método de imputação proporcional (v. fls. 472/495), apura-se, na data em que efetivado o depósito, o percentual (in casu, na grande maioria das vezes, inferior a 100%) decorrente da divisão da quantia que se fez depositada em relação àquela que se fazia efetivamente devida na data do depósito, caso considerado o valor principal depositado, acompanhado dos acréscimos de multa e de juros de mora cabíveis. O percentual obtido é então aplicado à quantia efetivamente depositada, para se chegar ao valor cabível de extinção no presente lançamento.***

Portanto, não há como concordar com a decisão de primeira instância, devendo a mesma ser reformada.

Em primeiro lugar, porque o acórdão proferido em primeira instância **inovou**, inclusive alterando os lançamentos originalmente efetuados, ao utilizar o chamado “método de imputação proporcional”, resultando na cobrança de **multa de mora** e juros de mora. Veja que no auto de infração lavrado não consta, originalmente, a “multa de mora”, mas a cobrança da COFINS, juros de mora e multa de ofício.

Em segundo lugar, por que os depósitos judiciais mencionados no Recurso Voluntário, de onde decorreram os alegados “erros da DRJ quando do cálculo da imputação de encargos”, foram apurados no bojo do processo nº 19515.002968/2004-31, onde a fiscalização constitui o crédito tributário (COFINS + juros de mora), com exigibilidade suspensa.

Portanto, neste processo (nº 19515.002969/2004-85) não se está discutindo o lançamento para a cobrança de valores objeto de depósito judicial. Repita-se, **neste processo foram lançados valores devidos e não recolhidos ou depositados em juízo e, ainda, não declarados em DCTF.**

Conclui-se, assim, que a discussão trazida pela Recorrente em seu Recurso deve ser feita apenas no âmbito do processo nº 19515.002968/2004-31.

Este fato, inclusive, explica porque o Auto de Infração foi lavrado com a imposição de multa de ofício e sem a exigibilidade suspensa.

(ii) Da necessidade de compensação dos créditos da Recorrente

No tocante ao segundo ponto trazido no Recurso, a discussão resta prejudicada em decorrência do explicitado linhas acima.

Ademais, o requerimento para a compensação de créditos ou mesmo discussão do direito a compensação (ente os processos nº 19515.002968/2004-31 e nº 19515.002969/2004-85), como matéria de defesa, não pode ser admitida originalmente em sede de Recurso Voluntário, como pretende a Recorrente. Neste processo, discute-se, tão somente, a procedência ou não do lançamento efetuado pela fiscalização. Em outras palavras, compete a este órgão colegiado de julgamento fazer o controle da legalidade do ato administrativo do lançamento tributário efetuado.

A sistemática para compensação estava prevista, à época dos fatos, na Lei 9.430/96 (artigos 73 e 74), regulamentada pelo Poder Executivo através do Decreto 2.138/97, o qual dispôs que a compensação só poderia ser feita mediante requerimento prévio à unidade da Secretaria da Receita Federal (artigo 1º do Decreto). Não há, portanto, nenhuma norma que ampare a alegada compensação aventada pelo Recorrente, pelo que se mantém incólume o lançamento efetuado.

Conclusão

Ante ao exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário**. Alerto, entretanto, que, quando da execução do julgado, deverão ser mantidas as parcelas já exoneradas pela DRJ, a fim de que não se configure *reformatio in pejus*.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri