



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

Processo nº 19515.003287/2009-02
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-001.481 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de outubro de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO PIS COFINS
Recorrente VOTORANTIM FINANÇAS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2005 a 30/06/2005

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DUPLICIDADE.

Comprovada inequivocamente a ocorrência da duplicidade de lançamento de ofício, é insubsistente o lançamento que contemple matéria já tratada em outro auto de infração.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2005 a 30/06/2005

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO.

Incabível o lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência cuja exigibilidade houver sido suspensa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki (presidente), Mércia Helena Trajano Damorim, Daniel Mariz Gudino, Carlos Alberto

Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Adriene Maria de Miranda Veras.

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo abaixo o relatório que compõe a Decisão Recorrida.

5. Trata o presente processo de Auto de Infração (fls. 264 a 266), lavrado contra o sujeito passivo em epígrafe, ciência em 27.08.2009 (fls. 268), constituindo crédito tributário no valor total de R\$ 24.997.469,93, incluindo-se tributo, multa proporcional e juros de mora, estes calculados até 31.07.2009, referente à contribuição para a COFINS do mês de junho de 2005, com enquadramento legal exposto às fls. 263 e 266.

6. No Termo de fls. 259 a 261 a autoridade fiscal autuante informa que :

i) Re-ratifica o Termo de Verificação e Constatação Fiscal nº 001, lavrado em 15.05.2008, e os autos de infração de PIS e COFINS lavrados também em 15.05.2008;

ii) Os valores informados em DIPJ referentes a "Contribuição para o PIS/PASEP a Pagar" e "Cofins a Pagar" estão superiores aos informados em DCTF ou superiores aos valores recolhidos aos cofres públicos;

iii) O contribuinte não declarou os débitos de PIS e COFINS, apurados através do DACON, do ano-calendário de 2005, na DCTF e nem recolhidos mediante DARF, caracterizando a insuficiência de declaração de PIS e COFINS. Os valores devidos de PIS e COFINS do período de apuração de 06.2006 são, respectivamente, R\$ 2.404.981,96 e R\$ 11.077.492,66;

iv) O crédito tributário lançado referente ao PIS está com a exigibilidade suspensa, até o julgamento final da Justiça, por força de liminar concedida nos autos do processo nº 2004.61.00.000655-0. Também o crédito tributário lançado referente à COFINS está com a exigibilidade suspensa, até o julgamento final da Justiça, por força de liminar concedida nos autos do processo nº 2005.61.00.000228-7;

V) Mas, conforme exame da fiscalização, posterior, e a análise da 9ª Turma da DRJ/SP1, o Mandado de Segurança nº 2004.61.00.000655-0 tem como objeto obter provimento jurisdicional que lhe garanta o direito de não proceder ao recolhimento de PIS nos termos da lei nº 10.637/2002. Em 27.01.2004 foi deferida liminar suspendendo a exigibilidade do recolhimento da contribuição ao PIS exigida com base na lei nº 10.637/2002.

Em 07.06.2006 foi proferida sentença denegando a segurança pleiteada, e cassando a liminar concedida, publicada em

11.07.2006. *Contra a sentença o contribuinte apresentou recurso (apelação) que está pendente de análise no TRF da 3ª Região. Observa-se ainda que o TRF da 3ª Região negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.084022-1, interposto pelo contribuinte, que pretendia atribuir efeito suspensivo à apelação contra sentença denegatória de segurança;*

vi) *O Mandado de Segurança nº 2005.61.00.000228-7 tem como objeto a exclusão dos valores recebidos a título de "juros sobre capital próprio" da base de cálculo da COFINS. Em 12.05.2005 foi deferida a liminar suspendo a exigibilidade do crédito tributário discutido. Em 26.06.2006 foi proferida sentença concedendo a segurança.*

Contra a sentença a União Federal apresentou recurso (apelação) que foi recebida em seus efeitos suspensivo e devolutivo, conforme despacho publicado em 17.08.2007. Portanto, a apelação, que está pendente de análise no TRF da 3ª Região, suspendeu os efeitos da sentença que concedeu a segurança;

vii) *Do exposto não há decisões vigentes favoráveis à impetrante que suspendesse a exigibilidade do PIS e COFINS objeto do presente lançamento;*

viii) *O contribuinte depositou o valor do PIS devido de R\$ 2.404.981,96 (valor do principal), R\$ 480.996,39 (valor da multa) e R\$ 542.323,43 (valor de • juros de mora), totalizando R\$ 3.428.301,78 na CEF (depósito judicial), após sentença denegada;*

ix) *Portanto, com base nos itens acima descritos o Termo de Verificação e Constatação Fiscal nº 001, autos de infração do PIS e COFINS e seus demonstrativos e os termos de encerramento constantes no Processo nº 19515.001507/2008-74 serão re-ratificados com os entendimentos supracitados, assim, emitidos os autos de infração PIS e COFINS sem exigibilidade suspensa;*

x) *A DCTF foi retificada (PIS e COFINS) e enviada, via internet, pela empresa, em 03.03.2008, no curso da ação fiscal. A empresa não possuía espontaneidade para confessar tais débitos, através de DCTF, pois estava sob procedimento de ofício regularmente instaurado.*

7. *Inconformada com o lançamento, a interessada interpôs impugnação em 28.09.2009 (fls. 270 a 278), acompanhada de documentos de fls. 279 a 350, onde alega, em síntese, o que se segue:*

7.1 *O crédito tributário já fora anteriormente objeto de auto de infração lavrado unicamente para evitar a decadência, portanto sem imposição de multa de ofício, nos autos do PANº 19515.001507/2008-74, o qual foi objeto de impugnação pela ora impugnante e ainda não foi julgado, encontrando-se atualmente na DRJ/SP:*

7.2 Não obstante aquele ato de lançamento estar ainda em litígio, eis que a Impugnação apresentada ainda não foi sequer decidida em 1ª instância, vem a ilustre fiscalização, por meio do presente, "re-ratificar" o termo de verificação fiscal para justificar o lançamento de multa de ofício porque supostamente "não há decisões vigentes favoráveis à impetrante que suspenda a exigibilidade do (.) COFINS objeto do presente lançamento.";

7.3 Além de nulo o presente auto de infração, seja porque representa verdadeira cobrança em duplicidade, seja porque a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, ora Impugnante, instaurou a fase litigiosa do processo administrativo nº 19515.001507/2008-74, não cabendo à autoridade administrativa a alteração do lançamento, nos termos do artigo 146 do Código Tributário Nacional, de qualquer modo a exigibilidade do crédito tributário está, sim, suspensa, por força de provimento jurisdicional concedido nos autos do MS nº 2005.61.00.000228-7, em que se discute a incidência da COFINS sobre os juros sobre capital próprio;

7.4 No presente caso, a pretexto de re-ratificar o termo de verificação fiscal que originou o PA nº 19515.001507/2008-74, a autoridade fiscal alterou o fundamento jurídico daquele lançamento para exigir nos presentes autos aquele mesmo crédito tributário, desta feita acrescido de multa de ofício, por entender que inexistiria fato suspensivo da exigibilidade do crédito tributário;

7.5 Contudo, independentemente da questão relativa à suspensão da exigibilidade que, como se verá, existe no caso concreto em razão de provimento jurisdicional concedido nos autos do Mandado de Segurança supra referido, certo é que a autoridade administrativa não tem competência para alterar o lançamento, em razão de expresso óbice legal, já que ausente qualquer das hipóteses previstas no artigo 145 do CTN;

7.6 O artigo 145 do CTN consagra o princípio da inalterabilidade do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, de modo que, em regra, com a notificação regular do sujeito passivo que, no caso ocorreu nos autos do PA nº 19515.001507/2008-74, toma-se ele definitivo, não podendo ser alterado a partir de então pela autoridade administrativa, exceto nas hipóteses arroladas no art. 149 do CTN;

7.7 No caso concreto, portanto, em que a exigência foi impugnada nos autos do PA nº 19515.001507/2008-74, e ainda não foi proferida decisão de 1ª instância administrativa, apenas a ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 149 do Código Tributário Nacional poderia justificar a alteração do lançamento, não ocorrendo no caso concreto nenhuma daquelas hipóteses;

7.8 Verifica-se, assim, que a motivação expendida pela fiscalização representa verdadeira alteração no critério jurídico do lançamento anteriormente efetuado e que deu origem ao PA nº 19515.001507/2008-74 que, nos termos do artigo 146 do

Código Tributário Nacional, somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução, tudo a corroborar com a absoluta nulidade do lançamento efetuado nos presentes autos;

7.9 A ora Impugnante ajuizou o Mandado de Segurança nº 2005.61.00.000228-7, por meio do qual buscou ver assegurado seu direito de "não ser penalizada por não estar incluindo na base de cálculo da COFINS os valores relativos a juros sobre o capital próprio, tanto no que se refere àqueles já recebidos como aos próximos pagamentos que serão feitos pelas sociedades investidas, suspendendo-se assim a exigibilidade do crédito tributário correspondente nos termos do artigo 151, IV do CTN, até final decisão a ser proferida por este r. Juízo";

7.10 Em 12/01/2005 foi concedida a medida liminar, sendo que por decisão publicada em 27/09/2006 foi proferida sentença concessiva da segurança, que julgou procedente a ação para "reconhecer o direito da impetrante de excluir da base de cálculo da cofins os valores recebidos a título de juros sobre capital próprio, confirmando a liminar concedida no curso do processo";

7.11 Como se vê, portanto, a exigibilidade do crédito tributário sempre esteve suspensa, inicialmente por força da medida liminar concedida e posteriormente por força da sentença concessiva da segurança;

7.12 Não obstante, entendeu a fiscalização que "não há decisões vigentes favoráveis à impetrante que suspenda a exigibilidade do PIS e COFINS objeto do presente lançamento pois "Contra a sentença a União Federal apresentou recurso (apelação) que foi recebida em seus efeitos suspensivo e devolutivo, conforme despacho publicado em 17.08.2007.';

7.13 Contudo, "data maxima venia ", há equívoco neste entendimento da fiscalização porque o efeito suspensivo da decisão não importa em sua reforma, mas tão somente na impossibilidade por ora da parte vencedora ser por ela beneficiada;

7.14 Nestes casos de recurso com efeito suspensivo, como ocorre também com os Embargos de Declaração, a jurisprudência é unanime no sentido de que nessa hipótese a exigibilidade permanece suspensa por força da decisão anterior, no caso a medida liminar concedida. Assim, diferentemente do que entendeu a fiscalização, há no caso sob exame medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário em vigor;

7.15 De fato, se a fiscalização entende que a sentença concessiva da segurança não produz efeitos até que o recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional seja julgado pelo E. Tribunal Regional Federal da 3a Região, não pode então deixar de considerar a situação anterior, pela qual a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa por força da medida liminar que garantiu a Impugnante o direito de "não ser compelida ao

recolhimento da Cofins sobre os valores relativos a juros sobre o capital próprio, suspendendo-se assim a exigibilidade do crédito tributário correspondente nos termos do artigo 151, IV do CTN";

7.16 O que evidentemente não faz sentido algum, "data maxima venia", é que se já havia sido concedida a medida liminar para o fim de não ser a Impugnante compelida ao recolhimento da COFINS sobre os valores relativos a juros sobre o capital próprio em face do reconhecimento da presença do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora', mantendo-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, com a concessão da segurança confirmatória da medida liminar anteriormente concedida fique a Impugnante em situação pior da que até então se encontrava pelo simples fato de ter sido dado efeito suspensivo ao recurso de apelação da Fazenda Nacional,

7.17 Verifica-se, portanto, a absoluta improcedência do auto de infração lavrado, pois a exigibilidade do crédito tributário ora em comento permanece suspensa nos termos do artigo 151, IV do Código Tributário Nacional;

Sobreveio decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I, que julgou, por unanimidade de votos, procedente em parte a impugnação, sendo cancelada a exigência referente ao crédito tributário principal de COFINS do PA de 06.2005 (R\$ 11.077.492,66), devido ao crédito tributário já estar sendo exigido em lançamento anterior, e mantida a exigência da multa de ofício.

Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido encontram-se consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/06/2005 a 30/06/2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO. DESCABIMENTO.

Somente será considerado nulo o lançamento, se presente quaisquer das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. DESCABIMENTO.

Aplica-se o art. 146 do Código Tributário Nacional apenas aos casos em que a revisão fiscal se fizer, não para reparar uma ilegalidade, mas para alterar elementos que a lei deixa à escolha da autoridade administrativa.

DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIA.

Cancela-se a parte do lançamento de ofício que constitui novamente crédito tributário já exigido por lançamento anterior.

MULTA DE OFÍCIO. APELAÇÃO RECEBIDA COM EFEITO . SUSPENSIVO. CABIMENTO.

Apelação contra sentença concessiva recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo. Exigibilidade do crédito tributário e de seus acréscimos, inclusive da multa de ofício.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A DRJ/SPI recorreu de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desta decisão.

Inconformada com a decisão, apresentou a recorrente, tempestivamente, o presente recurso voluntário. Na oportunidade, reiterou os argumentos colacionados em sua defesa inaugural.

Posteriormente, a recorrente apresentou manifestação na qual informa a ocorrência da fato posterior à interposição do recurso voluntário que define a lide, qual seja decisão judicial que reconhece a nulidade parcial da decisão judicial anterior, que recebeu indevidamente o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, determinando o processamento do recurso apenas no efeito devolutivo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

Do Recurso de Ofício

A DRF SP I cancelou a exigência referente ao crédito tributário principal de COFINS do PA de 06.2005 (R\$ 11.077.492,66), devido ao crédito tributário já estar sendo exigido em lançamento anterior, recorrendo de ofício desta decisão.

De fato, conforme salientado na decisão recorrida, o crédito tributário exonerado já se encontrava constituído por meio do processo nº 19515.001507/2008-74, de forma que o presente lançamento foi feito em duplicidade, mostrando-se correta a decisão de cancelar o crédito tributário já constituído em lançamento anterior.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Do Recurso Voluntário

A lide restringe-se à aplicação da multa de ofício.

A contribuinte carrou aos autos decisão judicial posterior a prolação do acórdão recorrido, decisão esta que reconhece a nulidade parcial da decisão judicial vigente à época do lançamento, determinando o processamento do recurso apenas no efeito devolutivo.

Desta forma, constata-se que a recorrente, à época do lançamento efetuado para prevenir a decadência, possuía decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário.

Configurou-se, portanto, a situação prevista no art. 63 da Lei nº 9.430/96:

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.

Desta forma, voto por dar provimento ao recurso voluntário, cancelando o crédito tributário referente a multa de ofício.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto - Relator