

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.014400/94-81
Recurso nº : 07.727 - EX OFFICIO
Matéria : COFINS - Anos: 1992 e 1993
Recorrente : DRJ em RECIFE - PE
Interessada: CONSTRUTORA MARANHÃO LTDA.
Sessão de : 05 de dezembro de 1996
Acórdão nº : 103-18.166

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Consulta - COFINS -
COMPENSAÇÃO - A proibição de se instaurar procedimento fiscal contra
o sujeito passivo até o trigésimo dia subsequente à ciência definitiva da
decisão da consulta, em relação ao tributo ou contribuição objeto da
matéria consultada, prevista no artigo 48 do Decreto nº. 70.235/72, não
se aplica aos casos de tributo ou contribuição sujeitos ao lançamento por
homologação e, nesta hipótese, não impede a constituição do crédito
tributário de ofício (art. 49 do Decreto nº. 70.235/72).

Recurso *ex officio* provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso de ofício
interposto pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM RECIFE-
PE,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso *ex-officio* e
determinar a remessa dos autos à repartição de origem para deslinde do mérito, nos
termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM 06 DEZ 1996

Participaram ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros:
Wilson Biadola, Márcio Machado Caldeira, Murilo Rodrigues da Cunha Soares, Sandra
Maria Dias Nunes, Raquel Elita Alves Petro Villa Real, Márcia Maria Loira Meira e
Victor Luís de Salles Freire



RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício interposto pelo Senhor Delegado da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE, com fulcro no artigo 34, inciso I, do Decreto 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93.

Por meio da decisão de primeira instância, às fls. 97 a 99, foi anulado o auto de infração, fls. 01, que exigia da empresa CONSTRUTORA MARANHÃO LTDA, pagamento da Contribuição para financiamento da seguridade social - COFINS, referente ao período de abril/92 a dezembro/93, no valor total equivalente a 283.362,17 UFIR.

O procedimento fiscal foi iniciado em 25/02/94, conforme termo às fls. 11, tendo a contribuinte alegado que, à época, aguardava a decisão final de dois processos de consulta, regularmente impetrados, sobre a possibilidade de compensação de contribuições, que entende ter pagas a maior ou indevidamente, com débitos da COFINS.

Pretende a interessada aproveitar para a compensação os valores da contribuição ao FINSOCIAL, na parte em que recolhidas à alíquota superior a 0,5%, em virtude da declarada inconstitucionalidade das sucessivas majorações daquelas alíquotas, bem como as parcelas de contribuição ao Programa de Integração Social - PIS, exigidas com fulcro nos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88 também declarados inconstitucionais.

A ilustre autoridade julgadora em primeira instância, ora recorrente, decidiu anular o lançamento sob o fundamento de que o artigo 48 do Decreto 70.235/72, veda a instauração de procedimento fiscal, sobre matéria consultada, até 30 dias da ciência ao contribuinte da decisão definitiva da consulta na esfera administrativa.

É o relatório.



Processo nº: 10480.014400/94-81
Recurso nº : 07.727 - EX OFFICIO
interessada: CONSTRUTORA MARANHÃO LTDA.
Acórdão nº : 103-18.166

VOTO

Conselheiro CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER - RELATOR

O artigo 34, inciso I, do Decreto nº. 70.235/72, com a redação dada pelo artigo 1º. da Lei nº. 8.748/93, estabelece que a autoridade julgadora em primeira instância deve recorrer de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de crédito tributário de valor total, atualizado monetariamente, superior a 150.000 UFIR.

O presente recurso de ofício atende à referida disposição legal. Dele tomo conhecimento.

Conforme noticiado no auto de infração e seus quadros demonstrativos, fls. 01/10, especificamente na descrição dos fatos às fls. 02, a presente exigência de Contribuição para financiamento da seguridade social - COFINS foi lançada por falta de recolhimento e de recolhimento a menor.

Verificado este fato pelo Fisco, impunha-se o lançamento de ofício em observância às disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/66), por dever de ofício e sob pena de responsabilidade funcional, até mesmo para prevenir a ocorrência da decadência do direito de constituir o crédito tributário, cujo prazo quinquenal é inexorável no seu transcurso.

A constituição do crédito tributário, via auto de infração ou notificação de lançamento, não impede o sujeito passivo defender-se e questioná-la, visto que a defesa, tempestivamente apresentada, suspende a exigibilidade do crédito tributário a exemplo do caso presente, face à regra esculpida no artigo 151, inciso III, do CTN, ou seja, uma coisa é a constituição do crédito tributário, outra a sua exigência e outra a forma de sua extinção, esta última disciplinada no artigo 156 e seus incisos do CTN.

A compensação é uma das formas de extinção do crédito tributário, referida no artigo 156, inciso II, do CTN, e não interfere e nem obsta a constituição do crédito da Fazenda Pública. Pelo contrário, a compensação de um pretense crédito contra a Fazenda Pública, que o sujeito passivo se julga no direito, somente é possível caso exista crédito da Fazenda de alguma forma constituído.

No presente caso, o objeto das duas consultas formuladas pela contribuinte, refere-se à possibilidade de compensar ou não os valores de contribuições que alega ter recolhido a maior ou indevidamente ao FINSOCIAL e ao PIS com os valores devidos a título de COFINS.



Portanto, trata-se de objetos distintos: os dois processos referidos tratam de consulta sobre a possibilidade de compensação e, o presente processo de constituição e exigência de COFINS não recolhida.

Mesmo que a consulta se refira à compensação com as parcelas exigidas a título de COFINS neste processo, não tem o condão de suspender a sua constituição.

O que pode ocorrer é a exigibilidade ficar suspensa, via impugnação (art. 151, III, do CTN), sob o fundamento de se aguardar a solução definitiva das consultas, do que não ocorre nenhum prejuízo à contribuinte e nem à Fazenda Nacional: se a solução da consulta for favorável à contribuinte, basta vir a este processo e promover a compensação via encontro de débitos e créditos, excluídos dos juros e da multa de lançamento de ofício; caso a solução da consulta seja desfavorável à consulente, ainda assim a constituição do crédito tributário em nada a prejudicaria pois dentro dos 30 (trinta) dias da ciência da decisão administrativa final poderia promover os recolhimentos devidos.

Do ponto de vista da Fazenda Pública, a constituição do crédito tributário se impunha, uma vez lhe fosse favorável a solução da consulta e caso ainda não constituído, poderia não haver mais tempo hábil a fazê-lo, face ao transcurso do lustro decadencial.

Em suma, a compensação é mera questão de execução da exigência fiscal via encontro de contas que não impede a constituição do crédito tributário.

Por outro lado é de se observar que o artigo 48 do Decreto nº. 70.235/72, que embasou a declaração de nulidade do procedimento fiscal, tem a seguinte redação:

"Art. 48 - Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I - De decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso:

II - De decisão de segunda instância." (Destaquei).

A ressalva contida no dispositivo acima remete-nos ao artigo 49 *in verbis*:

"Art. 49 - A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou autolancado antes ou depois de sua apresentação, nem o prazo para apresentação da declaração de rendimentos."

FÁBIO FANUCCHI, na obra "Prática de Direito Tributário", Editora Resenha Tributária Ltda., São Paulo, 1974, páginas 294/295, prelecionou a respeito do tema *in verbis*:



.....
'Autolanzamento', recordamos, é o mesmo que na linguagem atual, com maior propriedade, chama-se de *'lançamento por homologação'*.

Ora, a maioria dos tributos do sistema, hoje, tem o crédito que lhe corresponda constituído através de lançamento por homologação. Assim é com o IPI, ICM, IOF, ISS, impostos sobre minerais do país, sobre energia elétrica e outros. Portanto, em relação a todos eles não se opera o principal efeito que se espera da consulta e, da maneira que declara a legislação, quer quando os tributos tenham sido arrecadados de terceiros, quer quando não.

Por exemplo: se certo contribuinte do IPI não sabe que classificação dar a um produto dentro da tabela de incidência, sendo parecidas ao produto duas descrições da lei, uma com alíquota alta e outra com alíquota menor ou sem alíquota (produto não tributado), mesmo que tal contribuinte cobre o IPI pela menor alíquota ou não cobre o IPI de seu cliente, se consultar sobre o enquadramento e porque o IPI se submete a lançamento por homologação, terá de antecipar o pagamento se não quiser se submeter aos efeitos de atraso de pagamento."

É a hipótese dos autos.

A COFINS é uma contribuição sujeita ao lançamento por homologação quando paga no vencimento, caso contrário submete-se ao lançamento de ofício.

Já a compensação, como modalidade de extinção do crédito tributário, nos termos previstos no artigo 66 da Lei nº. 8.383/91, é uma faculdade que pode ser exercida pela contribuinte, espontaneamente, na sua contabilidade, sem nenhum pedido de autorização ao Fisco e sem necessidade de consulta, sendo de responsabilidade da contribuinte demonstrar a correção da compensação quando e se solicitada pelas autoridades fiscais. Da mesma forma, é uma faculdade do Fisco, antes, uma obrigação, enquanto não operada a decadência do direito de constituir o crédito tributário, examinar a legalidade da compensação e, se for o caso, como o presente, constituir de ofício o lançamento, quando entender irregular a compensação empreendida.

Portanto, concluindo: mesmo que formulada a consulta, no caso presente, foi legítima a constituição da exigência da COFINS; e, essa constituição não impede a compensação que eventualmente a contribuinte venha a ter direito, provado o seu direito.

Desse modo, entendo que a decisão recorrida deve ser reformada, restabelecendo-se o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 01/10, e, em consequência os autos devem ser remetidos à repartição de origem para enfrentamento do mérito, considerando que a ilustre autoridade julgadora em primeira

Processo nº: 10480.014400/94-81
Recurso nº : 07.727 - EX OFFICIO
Empresária: CONSTRUTORA MARANHÃO LTDA.
Ordem nº : 103-18.166

o Relator, em sua decisão, consignou, no seu decisório, que deixou de analisar as demais razões de impugnação, fls. 99, face à decisão que adotou.

Por estas razões, voto no sentido de dar provimento ao recurso de ofício.

Brasília - DF, em 05 de dezembro de 1996.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER - Relator