



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10882.004003/2003-49
Recurso nº 140.891 Voluntário
Matéria IPI - Auto de Infração
Acórdão nº 203-12.648
Sessão de 12 de dezembro de 2007
Recorrente MAMORÉ MINERAÇÃO E METALURGICA LTDA.
Recorrida DRJ em Campinas - SP



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2003

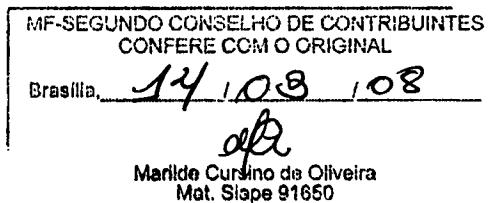
Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA.

O contribuinte que busca a tutela jurisdicional abdica da esfera administrativa, na parte em que trata do mesmo objeto.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

Medida judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não impede o lançamento, que, se não efetivado em tempo hábil, será atingido pela decadência.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em face da matéria submetida ao Poder Judiciário; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

Assinatura de um dos membros da Terceira Câmara

DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Vice-Presidente no exercício da Presidência

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Luciano Pontes de Maya Gomes, Odassi Guerzoni Filho, Mauro Wasilewski (Suplente) e José Adão Vitorino de Moraes (Suplente).

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 12/10/08

Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

Relatório

O processo trata do Auto de Infração de fls. 294/309, relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), períodos de apuração de fevereiro de 1999 a setembro de 2003, no total de R\$ 11.514.729,77, incluindo juros de mora. O lançamento, efetuado para prevenir a decadência, deu-se com a exigibilidade suspensa, em virtude de liminar e sentença proferidas no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.010357-0.

Referida ação mandamental visa a não sujeição ao alargamento da base de cálculo da contribuição, bem como ao aumento da alíquota de 2% para 3%, promovidos pela Lei nº 9.718, de 1998.

Tendo constatado que no período entre 02/1999 e 09/2003 a empresa declarou em DCTF a contribuição devida ao PIS e a Cofins com base no faturamento apenas, sem incluir as outras receitas, e não observou a alíquota de 3% da Cofins, a Fiscalização lavrou os autos de infração dessas duas contribuições.

Na impugnação, a contribuinte argui, basicamente, o seguinte:

- que não é lícito ao Fisco ir além da formalização do crédito, na intenção de efetuar a cobrança, pois o crédito encontra-se em estado de suspensão de sua exigibilidade, devendo o Fisco aguardar o resultado do processo judicial, neste ponto afirmando que o "o auto de infração não deveria nem existir por disposição expressa do artigo 62 do Decreto nº 70.235/72";

- que a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins é ilegal e inconstitucional;

- e que a esfera administrativa pode perscrutar da legalidade e constitucionalidade dos fundamentos que originaram a autuação, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

A 5ª Turma da DRJ julgou o lançamento procedente, rejeitando o argumento de impossibilidade de lançamento em virtude de ação judicial. No mais, não conheceu da impugnação, em face da opção pela via judicial e das arguições de inconstitucionalidades.

No Recurso Voluntário de fls. 419/441, tempestivo, a contribuinte repisa as alegações da peça impugnatória, requerendo, ao final, o cancelamento do Auto de Infração ou a suspensão do "seu prosseguimento até o trânsito em julgado do processo judicial."

É o Relatório.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14/08/08

Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

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.

Inicialmente reafirmo entendimento da DRJ no sentido de não podem ser analisadas aqui as alegações de inconstitucionalidades.

Somente o Judiciário é competente para julgar inconstitucionalidades, nos termos da Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", e III, §§ 1º e 2º, deste último.

Tratando do tema, o Decreto nº 2.346/97 também informa que aos órgãos do Executivo competem tão-somente observar os pronunciamentos do Judiciário acerca de inconstitucionalidades, quando definitivos e inequívocos. Não lhes compete apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie. Neste sentido já informa, inclusive, o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007, publicado em 28/06/2007. No Regimento anterior, disposição no mesmo sentido constava do seu art. 22-A (Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002).

De todo modo, descabe conhecer das contestações ao alargamento da base de cálculo e ao aumento da alíquota da Cofins, de 2% para 3%, em face do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.010357-0. Em virtude dessa ação mandamental o crédito tributário foi lançado com a exigibilidade suspensa, que permanecerá até o trânsito em julgado ou até que sobrevenha decisão contrária do Judiciário, autorizando a sua cobrança no todo ou em parte.

A identidade entre o Recurso Voluntário e o referido *mandamus* é clara, já que em ambos o contribuinte argui as mesmas teses contra a Lei nº 9.718/98, no que promoveu o alargamento da base de cálculo da contribuição e aumentou sua alíquota de 2% para 3%.

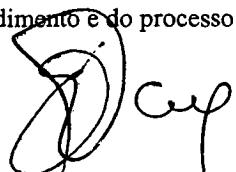
Dessarte, não conheço dessa parte do Recurso, em face da opção pela via judicial.

Quanto à alegação de impossibilidade do lançamento, dela conheço, mas a rejeito.

É que o provimento judicial assegura apenas a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não impedir o lançamento, tampouco o acréscimo dos juros de mora.

Em face da indisponibilidade do crédito tributário, os provimentos judiciais que suspendem a sua exigibilidade não têm o condão de impedir o seu lançamento. Neste sentido o posicionamento de Alberto Xavier, que informa o seguinte:¹

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



"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 executorialidade 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 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 nº 119.156, SP)"

Por fim, o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, mencionado pela recorrente para aduzir que “o presente auto de infração não deveria nem existir”, também trata apenas da suspensão do crédito tributário. Neste sentido a lição de Marcos Vinicius Neder de Lima e Maria Teresa Martínez López, no livro Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, São Paulo, Dialética, 2002, p. 434, que, com muita propriedade, afirmam o seguinte, ao comentarem o referido artigo:

"Impende observar, inicialmente, que o artigo se refere à suspensão da cobrança (portanto, à exigibilidade do crédito tributário), cuja efetivação pode ocorrer tanto administrativa como judicialmente, consoante prescreve o artigo 21 deste Decreto. Isto não impede, porém, que seja efetuado o lançamento para a constituição do crédito tributário como dispõe o artigo 142 do CTN. (...) O Fisco tem o dever de agir manifestando sua pretensão ao quantum a que tem direito, sob pena de, não o fazendo tempestivamente, perder o direito de fazê-lo por efeito da decadência. A ação de cobrança do Fisco é que se suspende por força do artigo 62, mas apenas após a prévia formalização do lançamento."



Pelo exposto, não conheço do Recurso na parte em que se insurge contra a Lei nº 9.718/98, em face da opção pela via judicial, e nego provimento na parte conhecida.

Sala das Sessões, em 12 de dezembro de 2007.

EMANUEL CARLOS BANTAS DE ASSIS

