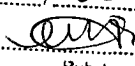




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 12 / 05 / 1998
C	 Rubrica

Processo : 10980.010155/93-67

Acórdão : 201-71.059

Sessão : 14 de outubro de 1997

Recurso : 101.276

Recorrente : PARANÁ REFRIGERANTES S.A

Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

COFINS - A matéria objeto de discussão judicial refoge à competência dos Colegiados administrativos. Estando o crédito tributário com sua exigibilidade suspensa por ordem judicial nada impede que o Fisco lance o mesmo, podendo o conteúdo não apreciado pelo Judiciário ser plenamente discutido em sede administrativa. A aplicação de penalidades moratórias ou de ofício, desde a vigência da Lei nº 9.430/96, nos casos como o presente, deve ser interpretada confrontando-se seu art. 63 e §§ com o art. 106, inciso II, do CTN. Nestes termos, cancela-se a aplicação da multa aplicada *in casu*. **Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **PARANÁ REFRIGERANTES S.A.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Ausente o Conselheiro Jorge Freire.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 1997

Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Expedito Terceiro Jorge Filho, Henrique Pinheiro Torres, Valdemar Ludvig, Geber Moreira, Sérgio Gomes Velloso e João Berjas (Suplente).

eaal/



Processo : 10980.010155/93-67

Acórdão : 201-71.059

Recurso : 101.276

Recorrente : PARANÁ REFRIGERANTES S.A

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 26/27, em decorrência de falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no valor equivalente a 1.764.293,42 UFIR, acrescido da multa de ofício de 1.764.293,42 UFIR, prevista no art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91, e encargos moratórios. Enquadramento legal: artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91.

Em impugnação tempestivamente apresentada (fls. 10/46), a atuada desenvolve sua argumentação procurando demonstrar a improcedência da autuação, tendo em vista que a existência de ação judicial, garantida por depósito, suspende a cobrança do crédito e impede o fisco de instaurar procedimento fiscal, em face o disposto no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72. Defende-se, baseando-se no entendimento de que não há margem para instauração de processo fiscal no curso de medida judicial que discute a exação, uma vez que a conversão do depósito em renda é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, prevista no artigo 156, inciso V, do CTN. No mérito, tece comentários quanto a inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência, trazendo à colação, textos legais, doutrinas e jurisprudências diversas. Insurge-se quanto à incidência de juros e multas lançadas, pois, mesmo que exigível o crédito, não poderiam ser cobrados em face do depósito efetuado, uma vez que sendo a medida judicial anterior à ação fiscal, a inclusão de tais valores leria apenas o condão de afastar a denúncia espontânea, cujos efeitos a jurisprudência e doutrina admitem como equivalentes ao depósito em juízo. Finaliza, requerendo a insubsistência do Auto de Infração.

Na decisão prolatada em primeira instância administrativa, a Sr.^a Delegada da Receita Federal de Julgamento em Curitiba-PR, julgou procedente o lançamento no que se refere à multa de ofício e aos juros moratórios, sobre as parcelas resultantes da decisão judicial, não objeto de depósito do montante integral, ementando assim sua decisão:

“COFINS - Períodos de apuração: 04/92 a 08/93.



Processo : 10980.010155/93-67
Acórdão : 201-71.059

AÇÃO JUDICIAL - A existência de ação judicial em nome da interessada, quanto à cobrança da COFINS, impede o julgamento do mérito na esfera administrativa.

MULTA DE OFÍCIO - É aplicável a multa em conformidade com a legislação de regência. A ela somente não se sujeitam, no caso de ação judicial, as importâncias depositadas que cubram, na data do vencimento de cada obrigação, seu montante integral.

ENCARGOS LEGAIS - É cabível quanto aos débitos objeto de depósitos judiciais, a exclusão dos juros de mora sobre eles incidentes, se efetuados dentro dos respectivos prazos de recolhimento"

Inconformada, a interessada interpôs o Tempestivo Recurso de fls. 105/121, alegando, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa por não ter havido pronunciamento e nem Decisão da autoridade julgadora de primeira instância sobre a preliminar argüida em suas razões de defesa, e, no mérito, reporta-se aos mesmos fatos e argumentos de defesa constantes na peça impugnatória, ou seja, requer a nulidade do auto de infração diante da existência de medida judicial e pela impossibilidade da subsistência de decisão condicional.

Em atendimento à Portaria nº 260/95, foram os autos conclusos à Procuradoria da Fazenda Nacional que, às fls. 123/124, opina pela manutenção da decisão recorrida, tendo em vista as "contra-razões, a seguir, resumidas:

"Assim, tendo em vista que ao longo de três laudas a decisão de primeiro grau abordou detalhadamente todos os aspectos da questão e manteve o lançamento com base em razões rigorosamente conformes à lei, e, não tendo o recorrente trazido aos autos elementos capazes de enfrentar a consistência do lançamento, apresenta-se incensurável a decisão recorrida."

É o relatório.



Processo : 10980.010155/93-67
Acórdão : 201-71.059

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA LUIZA HELENA GALANTE DE MORAES

A recorrente, às explícitas, reconhece que a lide administrativa não se conecta com a judicial e que o mérito do crédito tributário exigido e levado ao conhecimento do Poder Judiciário é objeto apenas da ação judicial em curso.

Portanto, a delimitação da matéria trazida ao conhecimento administrativo fica restrita à possibilidade da lavratura do auto de infração enquanto suspensa a exigibilidade do crédito e da legitimidade da cobrança da multa de ofício do art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91 e encargos moratórios, entendendo a recorrente que *“não pode ser penalizada por ter procedido ao recolhimento do crédito em questão devidamente amparada em juízo.*

Não há dúvida, pelo que se depreende dos autos, que os créditos tributários postos ao conhecimento do judiciário estão com sua exigibilidade suspensa. Da mesma forma, dúvida também não há de que o Fisco não estava impossibilitado de efetuar o lançamento.

O que o Fisco fez foi defender o direito da Fazenda Nacional poder vir cobrar o crédito tributário, uma vez esteja este escoimado de ilegalidades e sem ter sua exigibilidade suspensa, quer por pender recurso administrativo, nos termos do art. 151, inciso III, do CTN, quer por não mais haver decisão judicial neste sentido.

As matérias colocadas na órbita judicial tem o efeito de fazerem o procedimento administrativo fiscal praticamente encerrar, não conhecendo do mérito, porém resguardando os prazos recursais e o próprio direito ao recurso, caso haja. Dessa forma, o crédito poderá inclusive ser inscrito em dívida ativa, porém sem possibilidade de executá-lo se pendente condição que suspenda sua exigibilidade (CTN, art. 151, inciso IV).

Outra questão, porém, é quanto à possibilidade do crédito tributário, cuja legalidade se discute no judiciário, ser, como *in casu*, lançado de ofício, de modo a resguardar o erário público evitando a decadência.

O despacho judicial restringiu-se a suspender a exigibilidade do crédito litigado, nunca proibindo a autoridade coatora da prática do ato de lançamento, o que, data vênua, não caberia.

Destarte, o que está proibido é a exigibilidade do crédito tributário, obstando sua coercibilidade, não sua constituição.



Processo : 10980.010155/93-67
Acórdão : 201-71.059

Não há dúvida que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação *ex lege*. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker¹, nasce com a ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo.

Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação, ainda não é poder exigí-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida (inexiste pretensão).

Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal.

A argumentação da recorrente para que o Fisco não lance acarreta a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

O entendimento do Judiciário através do STJ, conforme Aresto² relatado pelo Ministro e mestre Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo, também não coincide com as ponderações da recorrente:

"... O imposto de renda está sujeito ao regime de lançamento por homologação. Nessa condições, a impetrante pode compensar o que recolhem indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento 'ex officio'".

¹Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um

¹ BECKER, Alfredo Augusto. "Teoria Geral do Direito Tributário", 2ª ed. Ed. Saraiva, p. 311/314.

² Rec. Em MS 6096 - RN - 95.41601-8, julgado em 06/12/95, publicado no DJU em 26/02/96.



Processo : 10980.010155/93-67
Acórdão : 201-71.059

procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico ('solve et repete', depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174)" - sublinhamos.

Assim, dúvida não há quanto à legalidade da atividade fiscal que constitui o crédito tributário (o lançamento), podendo, contudo, ser discutida a exigência que dele deflui, como, *in casu*, se conhece do recurso quanto à legalidade da multa aplicada e dos encargos moratórios, que passo a analisar.

É sabido, e a jurisprudência é consentânea neste sentido³, que uma vez presentes os requisitos condicionantes da concessão da liminar em mandado de segurança (a relevância do direito e o perigo da mora), não deve esta ser condicionada à obrigatoriedade de depósito da quantia litigiosa. Porém, é verdade, o depósito da quantia litigada afasta o contribuinte dos efeitos dos juros, da multa e da correção monetária. Enfim, dos efeitos da mora⁴, ficando a seu critério promovê-lo para este fim⁵.

O depósito, no caso sob comento, seria uma faculdade do contribuinte, tão-somente para elidir os efeitos da mora, pois a exigibilidade já está suspensa por força do art. 151, inciso IV, do CTN, no processo judicial apontado.

Se ao final da ação judicial a recorrente sucumbir, estará ela em mora com a Fazenda, e esta, dependendo de quando se fizer a definitividade da decisão judicial, não mais poderá constituir os créditos tributários decorrentes da mora, se decaídos estiverem. Por seu turno, se vencedora a autuada na esfera judicial, incabível será a cobrança dos encargos moratórios ora com sua legalidade questionada administrativamente.²

² Recursos em Mandado de Segurança 5.709-7/SP, STJ, 1ª T, j. 21/06/95, DJU 1/09/95, relator Ministro Demócrito Reinaldo, e 3.586-7/SP, STJ, 2ª T, j. 06/09/95, DJU 02/10/95, relator Ministro Ari Pargendler.

⁴ Neste sentido, o acima citado Rec. em MS 3.586-7/SP e FRIEDE, Reis, in "Depósitos Judiciais - Aspectos Fiscais e Tributários", Forense Universitária, 1ª ed., 1994, p. 48.

⁵ "O depósito do valor do crédito tributário controvertido é direito do contribuinte que prescinde de lide para ser efetuado. Ajuizada a ação cautelar para tal fim, a mesma deve ser aproveitada." Ac. un. 1ª T TRF 4ª Região, AC 89.04.19645-0/PR, j. 19/09/95, DJU 2 de 06/12/95.



Processo : 10980.010155/93-67
Acórdão : 201-71.059

Portanto, andou bem o Fisco quando ao constituir o crédito tributário litigado no Judiciário também o fez em relação aos encargos moratórios, precavendo-se de eventual decadência, tudo conforme moldura legal à época da autuação.

Todavia, desde a vigência da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, mormente seu art. 63 e parágrafos, e em consonância com o instituto da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, do CTN, é de ser cancelada a multa aplicada.

Face ao exposto, entendo correto o lançamento, embora estando suspensa sua exigibilidade por determinação judicial, e cancelo a multa e encargos moratórios, tendo em vista a vigência da Lei nº 9.430/96.

Entretanto merece reparo que a decisão monocrática refere-se à formalização do lançamento a fim de prevenir a decadência. Não consigo vislumbrar nos autos este registro. A Informação de fls. 28 não corrobora este entendimento.

É como voto.

Sala de Sessões, em 14 de outubro de 1997


LUIZA HELENA GALANTE DE MORRES