

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO N° 13855/000.326/93-28

Sessão de : 17 de outubro de 1995

ACORDÃO N° 103-16.674

Recurso nº : 86.620 - COFINS - EX: 1993

Recorrente : EXPORTADORA E IMPORTADORA MARUBENI COLORADO LTDA.

Recorrida : DRF EM RIBEIRÃO PRETO - SP

**CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE
SOCIAL- COFINS -**

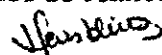
MANDADO DE SEGURANÇA/MEDIDA LIMINAR- Não constituído

o crédito tributário haverá a autoridade fiscal que preservar a obrigação tributária do efeito decadencial. Incumbe-lhe, como dever de diligência no trato da coisa pública, constituir o crédito tributário pelo lançamento. Essa medida se impõe, pela falta de outro meio que possa evitar a decadência do direito da Fazenda Nacional. A autoridade fiscal em seguida à constituição do crédito tributário, deverá dá-lo como suspenso em razão da concessão da medida liminar.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EXPORTADORA E IMPORTADORA MARUBENI LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso para excluir a incidência da multa de lançamento ex-officio sobre a parcela de contribuição depositada em juízo e a incidência dos juros de mora sobre a mesma verba a partir do depósito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

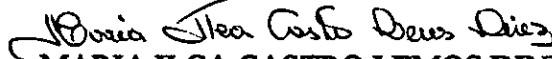


ACÓRDÃO Nº 103-16.674

Sala das Sessões, em 17 de outubro de 1995


CANDIDO RODRIGUES NEUBER

- PRESIDENTE



MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ - RELATORA

10 NOV 1995

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Conselheiros: Otto Cristiano Glasner, Márcio Machado Caldeira e Victor Luís de Salles Freire. Ausentes os Conselheiros Edvaldo Pereira de Brito e Serafim Fernando dos Santos Pinto.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
Processo nº: 13. 855/000-326/93-28

Recurso Nº: 86.620

ACÓRDÃO Nº : 16.674

RECORRENTE: EXPORTADORA E IMPORTADORA MARUBENI COLORADO LTDA.

RELATÓRIO

EXPORTADORA E IMPORTADORA MARUBENI COLORADO LTDA. já qualificada, recorre da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal em 23 de novembro de 1993, nº 01522/93 (fls.32/33), através de recurso protocolado em 27/01/94 (fls. 40).

2. Contra a contribuinte foi emitido o Auto de Infração (fls. 17/21), exigindo-se a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social COFINS, relativa ao período de apuração de julho de 1993, com fundamento no art. 2º da Lei Complementar 70/91.

O Lançamento foi formalizado para evitar os efeitos da Decadência, estando sua exigibilidade suspensa em respeito à liminar concedida a contribuinte, em Mandado de Segurança, Processo nº 93.203953-6, junto à Justiça Federal, aplicando-se, inclusive, para fins de "Certidão de Quitação de Tributos Federais", o disposto no artigo 206 do CTN.

3. Inconformada apresenta a impugnação (fls. 24/29), onde contesta o lançamento, com os seguintes argumentos, que transcrevo, por refletirem a tese defendida pelo impugnante:

a) Recebera com perplexidade a ação da fiscalização, uma vez que a exemplo de centenas de contribuintes, vem contestando a exação pela via judicial, através de mandados de segurança que ainda fluem, sem decisão definitiva, perante a Justiça Federal.

b) Em todos os processos fez depósito integral da quantia posta em discussão, ficando ao abrigo de qualquer tipo de ação do Fisco a teor de norma complementar da própria Constituição Federal, no caso o inciso II, art. 151 do Código Tributário Nacional que suspende a exigibilidade de eventual Crédito Tributário.

c) Como a justificar sua ilegal autuação, a fiscalização, nos autos de infração, insere "nota de esclarecimento", segundo a qual a autuação se faz para evitar os efeitos da decadência.

d) Na hipótese de vir a ocorrer a temida decadência, uma vez que depositado o valor em discussão, após o trânsito em julgado da decisão, o mesmo será entregue ao Fisco se improcedente o pedido ou ao contribuinte se procedente sua postulação, por aplicação analógica do artigo 32, § 2º, da Lei nº 6830/80 (Lei da Execução Fiscal).

e) Quanto ao mérito da legalidade ou não da exação, pondera a contribuinte que a COFINS, embora sob a nova vestimenta de lei complementar, é a mesma contribuição que antes se chamava FINSOCIAL, uma vez que desta tem a mesma base de cálculo, o mesmo fato gerador e, até, a mesma alíquota.

Handwritten signature

Handwritten mark

ACÓRDÃO Nº 103-16.674

f) Transcreve parte dos fundamentos das sentenças da 2ª e 4ª Varas da Justiça Federal em Santos às fls. 25/26 e fls. 27/29.

g) Ante tais razões, a uma porque a ação do Fisco viola Lei Federal expressa segundo a qual, em matéria tributária, o depósito integral da importância em discussão, veda qualquer tipo de ação por parte do Fisco e a duas por ser nitidamente inconstitucional a lei criadora do COFINS, solicita seja arquivado o auto de infração, deixando à competência do Judiciário a deslinde da questão.

4 - Através da Informação Fiscal de fls. 31 a fiscalização afirma se restringir a peça impugnatória apenas a questões de direito, não se referindo a qualquer divergência quanto a matéria de fato, o que tornam desnecessárias maiores considerações por parte do autuante.

5 - A decisão recorrida mantém o feito pelos seguintes fundamentos:

"Preliminarmente, verifica-se que realmente o feito encontra 'sub-judice'.

Entretanto, não prospera a alegação de que o depósito em juízo impede os efeitos da decadência. O prazo para que esta ocorra somente deixa de fluir mediante a constituição do crédito tributário (artigo 173 do Código Tributário Nacional) o que se faz exclusivamente pelo lançamento (artigo 142 do mesmo Código) e não pelo depósito, simples medida de suspensão.

Assim, há que se rejeitar a preliminar em razão da total improcedência da mesma.

No mérito, não cabe à autoridade administrativa pronunciar-se sobre inconstitucionalidade, porquanto tal atributo compete exclusivamente ao Poder Judiciário".

Às fls. 05 consta a Intimação nº 13855/FCA-438/93 de 29/12/93, encaminhando à recorrente cópia da decisão de nº 01522/93, de 23/11/93, expedida pela DRF/Ribeirão Preto, esclarecendo que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa nos termos do artigo 151, inciso II do CTN, tão somente nos limites dos depósitos efetuados e que por efetivação de depósito a menor, fica a empresa intimada a recolher, no prazo máximo de 30 dias, contados da ciência, as quantias abaixo discriminadas:

	IMPOSTO	MULTA (com redução de 30%)
Valor	329,93 UFIR	230,95 UFIR
Vencimento	20/08/93	29/10/93

Regularmente cientificada da decisão, a contribuinte apresentou a petição de fls 40, referindo-se a Intimação nº 13855/FCA-438/93 que foi adotada como razões de recurso voluntário, posto que o litígio permanece em relação a importância não depositada em juízo (vide despacho de fls. 42).

Os fundamentos alegados na referida petição foram os seguintes:

a) A contribuinte, não concordando com a exação, valendo-se da garantia constitucional contida no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal ("a lei não



ACÓRDÃO Nº 103-16.674

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."), ajuizou-se mandado de segurança postulando sua exoneração do pagamento do tributo.

b) E para que a exigibilidade do tributo ficasse suspensa, já agora com base no artigo 151, II do CTN, efetuou o depósito de seu montante integral.

Se ao fazer o depósito, houve retardo de alguns dias desde o vencimento, o fato se deve a demora normal entre o ajuizamento da medida judicial e o deferimento do depósito pelo magistrado.

c) Assim, se houve retardo de alguns dias no depósito por fato não imputável à recorrente não há como falar em multa e juros.

d) Por outro lado, se não havendo decisão definitiva transitada em julgado, não há como se exigir da recorrente a reclamada diferença, até porque seu pagamento, na fase em que se encontra o mandado de segurança, seria verdadeira contradição, vez que o pagamento implica em aceitação da legalidade da cobrança, a qual, com veemência, vem sendo discutida no Judiciário.

e) Frente a tais argumentos, a intimação, por via oblíqua, vulnera a garantia constitucional transcrita acima.

f) Se houver diferença a ser satisfeita, a teor do disposto no artigo 32, § 2º, da Lei nº 6.830 e se denegada a segurança por decisão final contra a qual não caiba recurso, será ela paga no bojo do processo judicial em execução de sentença, descabendo agora o pagamento da reclamada diferença frente às razões acima alinhadas.

g) Requer o cancelamento da intimação nº 13855/FCA-438/93.

Este o relatório.

Flavio Luiz



Processo nº: 13. 855/000-326/93-28

Acórdão nº : 103.16.674

VOTO

Conselheira MARIA ILCA DE CASTRO LEMOS DINIZ - RELATORA

O recurso foi apresentado com observância do prazo estabelecido no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 5 de março de 1972. Presente o requisito de admissibilidade do recurso, dele conheço.

A parte inconformada impugnou o auto de infração por ter antes da autuação ingressado em Juízo com uma ação em mandado de segurança em relação a matéria que deu origem o processo administrativo-fiscal.

Proferida a decisão que declarou constituído o crédito tributário, observando que sua exigibilidade encontra-se suspensa nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, nos limites dos depósitos efetuados e, no mérito, arguiu a impossibilidade do exame de matéria inconstitucional na esfera administrativa, determinou se verificasse a suficiência dos depósitos efetuados, cientificasse a interessada da decisão e procedesse intimação, se fosse o caso, a recolher no prazo de 30 (trinta) dias as quantias a que estivesse obrigada. Determinou, ainda, que o processo deveria aguardar a manifestação do Poder Judiciário referente ao crédito com exigibilidade suspensa.

A empresa foi cientificada da decisão de primeira instância com a observação da suspensão do crédito tributário tão somente nos limites dos depósitos efetuados e por efetivação de depósito a menor foi a empresa intimada a recolher os valores considerados devidos com multa e juros ressaltando que o não recolhimento das quantias acarretaria o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição dos débitos na Dívida Ativa da União.

A interessada apresentou razões à intimação e a Delegacia da Receita Federal adotou a petição de fls. 40 como recurso voluntário.

Na espécie, trata-se de mandado de segurança em que a medida judicial referia-se a crédito tributário ainda não constituído e que posteriormente o crédito tributário foi constituído para evitar a decadência ficando suspensa a exigibilidade do crédito, garantida a suspensão pela referida medida judicial.

O princípio do controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, determina que ao sujeito passivo assiste o direito de pleitear ou não na via administrativa ou recorrer ao Poder Judiciário sem esgotar a instância administrativa.

O art. 62 do Decreto 70.235/72 prescreve que durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso quanto aos atos executórios.

Des. Diniz

Recurso Nº: 86.670

ACÓRDÃO Nº : 103 - 16.674

A Procuradoria da Fazenda Nacional, pelo Parecer nº 743/88 (D.O.U. de 14/10/88) recomendou a constituição do crédito tributário pela fiscalização, durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão de cobrança do tributo contra o sujeito passivo favorecida pela decisão.

O Parecer nº 743/88 da PGFN que trata de medida liminar em mandado de segurança diz nos itens 14 e 16: "Não constituído o crédito tributário haverá a autoridade fiscal que preservar a obrigação tributária do efeito decadencial. Incumbe-lhe, como dever de diligência no trato da coisa pública, constituir o crédito tributário pelo lançamento. Essa medida se impõe, pela falta de outro meio que possa evitar a decadência do direito da Fazenda Nacional. Ressalte-se que a autoridade fiscal em seguida à constituição do crédito tributário, deverá dá-lo como suspenso, em razão da concessão da medida liminar."

O Parecer PGFN/CRJN nº 1064/93 expressou o mesmo entendimento, ou seja, nos casos de medida liminar concedida em mandado de segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver sido, deve ser efetuado o lançamento e notificado o sujeito passivo, com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida.

O Parecer conclui ainda que preexistindo processo fiscal à liminar concedida, deve aquele seguir o seu curso normal, com a prática dos atos administrativos que lhe são próprios, exceto quanto aos atos executórios, que aguardarão a sentença judicial, ou, se for o caso, a perda da eficácia da medida liminar concedida.

O art. 62 do Decreto 70.235/70, dispõe apenas sobre a suspensão da execução. E o parágrafo único permite, a par da existência de pretensão formulada em juízo, que se complete a individualização da obrigação, fazendo nascer o título. Existindo este, materializado e individualizado, estaria finda a fase administrativa. Esta só se prolonga em razão do recurso voluntário facultado ao contribuinte.

A lide deve ser apreciada sobre a exigência da multa de ofício e juros de mora sobre a parte depositada em juízo e sobre a insuficiência dos valores depositados em juízo, matéria distinta da ação judicial.

Voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para excluir a incidência da multa de ofício e dos juros de mora sobre a parte depositada em Juízo, porque facultado a contribuinte o direito de pleitear junto ao Judiciário sem que isto implique sanção por parte da Fazenda Nacional.

Sanção

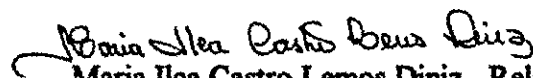


Recurso Nº: 86.670

ACÓRDÃO Nº : 103 - 16.674

Quanto a insuficiência apurada dos depósitos, as diferenças são devidas por ter a contribuinte efetuado o depósito a menor, seja pelo depósito efetuado em data posterior ao vencimento legal da obrigação, seja pela utilização de coeficiente de atualização monetária diferente daquele que deveria ter sido calculado para o dia do recolhimento. A exigência, portanto, é procedente porque a contribuinte recolheu a menor e o agente público estava no dever de ofício de proceder o lançamento.

Brasília, 17 outubro de 1995


Maria Ilca Castro Lemos Diniz - Relatora

