



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 13/09/06
Rubrica

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

Recorrente : ADALBERTO V. SANTOS & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Fortaleza-CE

MF - 2º CC - 3ª CÂMARA
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 12/12/06

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. A propositura de ação judicial, não impede a formalização do lançamento pela autoridade administrativa, que pode e deve ser realizada, inclusive como meio de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento.

ESPONTANEIDADE. NULIDADE DA AÇÃO FISCAL. NÃO OCORRÊNCIA. A não observância do prazo máximo de sessenta dias entre a lavratura de atos e termos durante procedimento fiscal tem apenas o efeito de devolver a espontaneidade ao sujeito passivo, sem, entretanto, implicar em nulidade. **Preliminar rejeitada.**

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. Lavrado o auto de infração com a finalidade de constituir o crédito tributário, cuja exigibilidade, nos termos dos incisos II e IV do artigo 151 do CTN, encontra-se suspensa pela efetivação de depósitos judiciais e por segurança parcial concedida em Ação de Mandado de Segurança, tolhida está a apreciação pelo julgador administrativo dos fundamentos do recurso voluntário.

COFINS. EXIGIBILIDADE SUSPensa. DEPÓSITO JUDICIAL. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DESCABIMENTO. É indevido o lançamento de juros de mora em auto de infração lavrado com o intuito de prevenir a decadência.

Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial, e provido parcialmente na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **ADALBERTO V. SANTOS & CIA. LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; II) em não conhecer do recurso em parte face à opção pela via judicial; e III) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.

Antonio Bezerra Neto
Antonio Bezerra Neto
Presidente

Odassi Guerzoni Filho
Odassi Guerzoni Filho
Relator

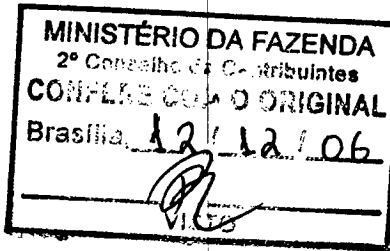
Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/mdc

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 13/09/06
VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

Recorrente : ADALBERTO V. SANTOS & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Contra o sujeito passivo nos autos qualificado foi constituído crédito tributário mediante procedimento de ofício consubstanciado em Auto de Infração lavrado em 30 de junho de 2000, referente à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS dos períodos de apuração de fevereiro a novembro de 1999, no montante de R\$ 275.909,04, sendo, deste total, R\$ 32.415,77 correspondente a juros de mora.

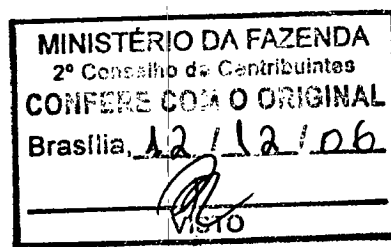
Na “*Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal*” do Auto de Infração (fl. 3), o fiscal autuante anota que o lançamento decorreu da falta de recolhimento da Cofins correspondente a 1% do faturamento, haja vista que a empresa ingressara em juízo questionando o alargamento da base de cálculo da contribuição e o aumento da alíquota de 2% para 3%. Aponta ainda que, nos termos da decisão judicial obtida em primeira instância, a empresa vinha fazendo o depósito judicial a título da Cofins, de importâncias correspondentes a 1% do faturamento e de 3% do total das outras receitas. Finaliza, esclarecendo que o referido lançamento teve por objetivo a prevenção da decadência, tendo o mesmo sido efetuado sem multa de ofício, em obediência ao art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Inconformado com o procedimento fiscal, o sujeito passivo protocolizou impugnação de fls. 23 a 33, em 1º de agosto de 2000, onde alega, em síntese e fundamentalmente, que:

- entre o início da fiscalização e o seu final, transcorreram 269 dias, chegando mesmo a se registrar nesse período duas interrupções da ação fiscal – inexistência de qualquer ato escrito que indicasse o seu prosseguimento - que atingiram a 87 e 109 dias, razão pela qual, na forma do art. 7º, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, estaria prejudicada a validade de sua continuidade, sendo nulo, portanto, o lançamento, haja vista tais interrupções terem excedido a sessenta dias. Em seu favor, transcreve Acórdão nº 102.43.924 do CC, que trata de nulidade por infringência ao disposto no artigo 10 do Decreto nº 70.235/72;
- houve abuso de poder por parte da autoridade fiscal, já que esta relegou uma decisão por sentença em sede de mandado de segurança – Processo 99.0006022-9, de 16/03/99, com sentença proferida em 06/06/2000, nos seguintes termos: “...*Defiro o pedido de tutela mandamental, autorizando o depósito judicial dos valores correspondentes ao agravamento da exação, mas apenas o decorrente da majoração da alíquota para 3% e o derivado da extensão da base de cálculo da COFINS*”;
- conforme atestado pela autoridade fiscal, vem depositando judicialmente em favor da União os valores correspondentes ao aumento da alíquota de 1% da Cofins, sendo que os 2% vem sendo recolhidos diretamente nos cofres da União, na forma da Lei Complementar nº 70/91, artigo 2º;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

- a ação fiscal não observou os princípios constitucionais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, em especial os incisos LIV, LV e LVI;
- as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão elencadas no artigo 151 do CTN, dentre as quais destaca os incisos II (*depósito de seu montante integral*) e IV (*a concessão de medida liminar em mandado de segurança*); e
- houve flagrante abuso de poder em face da interferência numa decisão judicial e pela inobservância do art. 62 do Decreto nº 70.235/72.

Ao final, pede que seja considerado nulo o auto de infração pela falta de cumprimento das formalidades do art. 7º, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, ou, alternativamente, seja o referido procedimento fiscal considerado improcedente, com nulidade absoluta, por falta de fundamento de fato.

Por meio da Decisão/DRJ/FLA nº 203, de 23 de fevereiro de 2001, o Delegado de Julgamento da DRJ em Fortaleza, julgou procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/1999.

EMENTA: LANÇAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

Crédito tributário com exigibilidade suspensa por ordem judicial deve ser constituído pelo lançamento, em razão de dever de ofício e da necessidade de resguardar os direitos da Fazenda Nacional, prevenindo-se contra os efeitos da decadência.

RENÚNCIA PARCIAL À VIA ADMINISTRATIVA.

Impetração de mandados de segurança resulta em renúncia à discussão na via administrativa das matérias discutidas em juízo.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/02/1995 a 30/11/1999

EMENTA: NULIDADE DA AÇÃO FISCAL

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem nos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento formalizado através do auto de infração.

Reaquisição de Espontaneidade

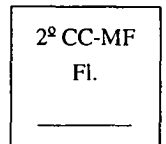
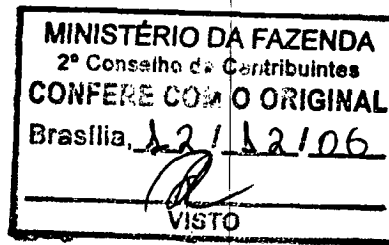
A falta de continuidade da ação fiscal, no prazo superior a sessenta dias, tem por efeito, apenas, restituir a espontaneidade ao Contribuinte, não gerando, desta forma, preclusão ao direito de o Fisco proceder ao lançamento de ofício, para fins de cobrar os tributos devidos e não recolhidos.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.” (grifos do original)



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072



Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso pelo qual reitera os argumentos expendidos em sua impugnação, acrescentando outros, abaixo sintetizados:

a) que, pelo fato de não ter tributo algum a recolher, a afirmação do julgador monocrático - *o prazo de sessenta dias fixado pelo PAF teve o efeito apenas de restituir ao contribuinte o direito de recolher espontaneamente os tributos devidos sem a imposição de penalidades do lançamento de ofício* - foi evasiva;

b) que o julgador monocrático afirma que, em razão da responsabilidade funcional do agente fiscal, este estaria autorizado a descumprir uma decisão judicial; e

c) que, por falta de argumento, ou, intencionalmente, o julgador monocrático deixou de abordar o lançamento da multa de mora lançada no auto de infração, constituindo-se tal lançamento, uma verdadeira agressão fiscal ao direito do contribuinte, haja vista a decisão judicial que lhe autorizava a efetuar os depósitos da Cofins em conta judicial.

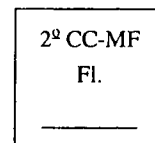
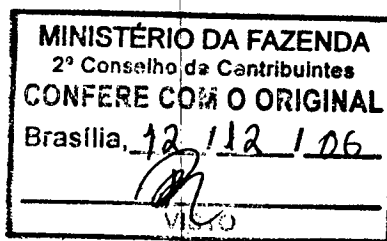
Consta dos autos despacho do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário - Secat, da DRF em Fortaleza-Ce (fl. 236), dando conta da existência de arrolamento de bens e do preenchimento dos requisitos para a remessa do recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10380.011543/00-52
Recurso n° : 125.121
Acórdão n° : 203-11.072



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ODASSI GUERZONI FILHO

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo ser conhecido.

A discussão trazida pelo sujeito passivo ficou adstrita aos aspectos formais do lançamento, já que a matéria de direito propriamente dita, qual seja, a aplicação ou não dos dispositivos da Lei n° 9.718/98, foi posta diante do crivo do Poder Judiciário, por meio de Mandado de Segurança, no qual obteve liminar para não se submeter ao aumento da alíquota de 1% na Cofins, bem como para não incluir na base de cálculo da referida contribuição outras receitas que não as que integram o seu faturamento.

Assim, em síntese, o sujeito passivo pugna:

- a) pela nulidade da autuação em razão de, por duas vezes, ter transcorrido um prazo superior a sessenta dias sem que houvesse sido lavrado termo algum pela autoridade fiscal;
- b) pela improcedência do lançamento do principal e da “multa de mora”, efetuado mesmo diante de uma decisão judicial prolatada no sentido de, de um lado, poder o contribuinte deixar de recolher a COFINS nos moldes da Lei n° 9.718/99 e, de outro, depositar, em juízo, as importâncias correspondentes à diferença de alíquota de 1% sobre o faturamento e à aplicação de 3% sobre o valor das demais receitas.

Passo a análise das matérias.

a) Nulidade, pela não observância do prazo do § 2º, do art. 7º, do Decreto n° 70.235/72 - PAF

Para melhor tratar deste tema, é preciso reproduzir as partes principais do referido artigo 7º:

“Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I – o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

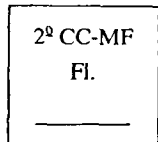
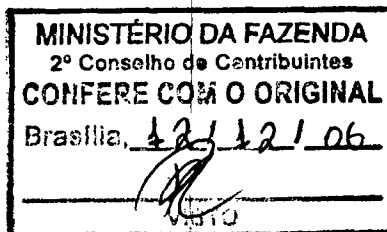
§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.(grifos meus)

O fato de o auditor fiscal ter deixado transcorrer mais de sessenta dias sem a lavratura de qualquer ato escrito que indicasse o prosseguimento dos trabalhos, propiciou a que o sujeito passivo, naquele intervalo de tempo, tivesse, na forma prevista pelo artigo 138 do Código Tributário Nacional, a espontaneidade readquirida, abrindo-se-lhe a oportunidade, caso desejasse, de antecipar-se à ação do fisco e afastar definitivamente a sua responsabilidade pela



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

infração tributária, que, afinal, foi apurada. Nada além disso. Tanto isso é verdade que o § 2º do art. 7º do Decreto nº 70.235/72, ao ditar o limite temporal de validade dos atos de ofício praticados pela autoridade fiscal, reporta-se exclusivamente ao § 1º, o qual, nitidamente, trata da espontaneidade.

E sobre a espontaneidade, vamos encontrar no artigo 138 do CTN, *caput*, que “A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa quando o montante do tributo dependa de apuração”. E, no seu parágrafo único: “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Em outras palavras, não é porque determinada auditoria fiscal deixa de observar os tais sessenta dias entre a lavratura de um termo e de outro, que padecerá do vício de nulidade.

Assim, não é nulo o auto de infração lavrado contra o sujeito passivo ao qual, lhe tendo sido propiciado a oportunidade de readquirir a espontaneidade, não tenha dela se beneficiado, ainda que considerasse estar desobrigada de recolher as diferenças de cálculo da Cofins em face de sua opção pela via judiciária.

b) da possibilidade de constituir o crédito tributário mesmo diante de uma medida judicial favorável aos interesses do sujeito passivo

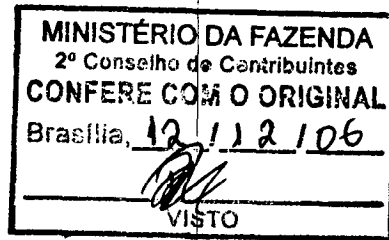
É inconteste, pela documentação acostada aos autos, que a Cofins objeto do lançamento de ofício que ora se discute não pode ser exigida, eis que confirmadas duas das seis causas determinantes da suspensão do crédito tributário, previstas no artigo 151 do CTN, quais sejam: o depósito do seu montante integral (inciso II) e a concessão de medida liminar em mandado de segurança (inciso IV). Isso, ao menos enquanto durarem os efeitos da decisão judicial obtida pelo sujeito passivo.

A constituição do crédito tributário mediante o presente procedimento de ofício, ao contrário do que reclama o sujeito passivo, não implicou em desrespeito algum da autoridade fiscal à ordem judicial. Primeiramente, porque, na descrição dos fatos e enquadramento legal da infração (fl. 3), o servidor foi bastante claro em, ao apontar a existência de uma ordem judicial no sentido de afastar a aplicação da Lei nº 9.718/98, objetivar o seu trabalho na prevenção da decadência, tendo, inclusive, na forma do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, se abster de lançar a multa de ofício. Em segundo lugar, porque a liminar deferida apenas afastou a exigência da Cofins, de acordo com a base de cálculo prevista na Lei nº 9.718, de 1998 (fls. 198 a 201), e não impôs qualquer determinação ao fisco para que deixasse de efetuar o lançamento do crédito tributário. É certo, porém, repito, que o referido crédito tributário está, na forma dos incisos II e IV do artigo 151 do CTN, com a sua exigibilidade suspensa, não podendo, pois, ser cobrado.

De qualquer forma, a interposição de ação judicial, seja qual for a modalidade, e a suspensão da exigibilidade do crédito com base no art. 151 do CTN, não têm o condão de impedir o Fisco de efetuar o lançamento de ofício, uma vez que essa atividade é vinculada e obrigatória, inclusive sob pena de responsabilidade funcional, tal como disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

no presente processo pela incerteza de créditos suficientes para a quitação do crédito em favor da União.

Sobre o tema, assim se pronunciou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/CRJN nº 1.064/93, nas suas conclusões:

"a) nos casos de 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 ex vi do artigo 142 e respectivo parágrafo único do CTN.

b) uma vez efetuado o lançamento, deve ser, regularmente, notificado o sujeito passivo (art. 145 do CTN c/c o art. 7º, inc. I, do Decreto nº 70.235/72) com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN).

....."

Assim, inatacável o procedimento da fiscalização que consistiu em efetuar o lançamento de ofício da Cofins do período de apuração de fevereiro a novembro de 1999, para a prevenção da decadência, não constituindo, tal ato, em inobservância ao preceito contido no artigo 62 do Decreto nº 70.235/72.

O sujeito passivo questionou ainda o fato de o julgador de 1ª instância ter deixado de abordar em seu julgamento o "lançamento da multa (sic) de mora lançada pela fiscalização no auto de infração, ..." (fl. 92). Observo, entretanto, não constar do referido Auto de Infração qualquer valor lançado a título de "multa de mora", mas, sim, de juros de mora. É possível, portanto, ter havido um lapso da parte do sujeito passivo.

Em face disso, poder-se-ia dizer que estaria preclusa a matéria relativa ao lançamento dos "juros de mora". Ocorre, porém, que, tratando-se de matéria de fato, há de se ter em mente o princípio da verdade material que, no contencioso administrativo, deve ser especialmente privilegiado.

Na obra de Marcus Vinicius Neder de Lima e Maria Teresa Martínez López denominada *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Ed. Dialética, 2ª edição, 2004, págs. 372/373*, encontramos o ensinamento:

"No processo administrativo de exigência de crédito tributário o julgador tem maior liberdade de ação, pois atua no controle da legalidade do ato administrativo. Mesmo se não houver impugnação a todos os pontos da exigência, a autoridade julgadora deve verificar a correta aplicação da lei aos fatos, podendo especialmente, nas questões de direito, ir fora ou além do pedido."

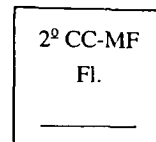
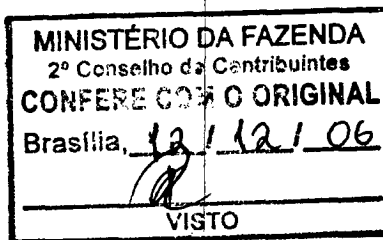
Assim, primeiro, para prestigiar o princípio da legalidade, e, segundo, por entender que, onde o sujeito passivo escreveu a expressão "multa de mora", quis, na verdade, se referir aos "juros de mora", afasto a ocorrência da preclusão.

No mérito, voto pelo descabimento do lançamento dos juros de mora, senão vejamos.

Nos documentos de fls. 12 a 19 estão as cópias das guias de depósito efetuadas pelo sujeito passivo junto à Caixa Econômica Federal, relativas às parcelas da Cofins que entendeu não serem devidas, ou seja, uma, correspondente a 1% sobre o faturamento, e, outra,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

correspondente à aplicação da alíquota integral, de 3%, sobre a diferença entre a receita bruta e o faturamento. O período a que se referem tais recolhimentos é o mesmo objeto do auto de infração, ou seja, de fevereiro a novembro de 1999.

Assim, conforme acima já exposto, o sujeito passivo, antes mesmo da ação do fisco, depositara em juízo aquilo que considerava ser uma exigência indevida, de sorte que a emissão do auto de infração nessas circunstâncias decorreu apenas do dever de a Fazenda Pública prevenir-se quanto à decadência, já que o crédito tributário não se achava formalmente constituído. Não se tratou, portanto, de instituir sanção a qualquer irregularidade, tanto que não foi lançada multa de ofício, e, conseqüentemente, não pode ser lançado em desfavor do sujeito passivo os juros moratórios.

Vejamos como tratou a questão específica dos juros o Parecer Cosit nº 2, de 5 de janeiro de 1999:

“

7. *Relativamente ao depósito do montante integral do crédito tributário, é pertinente salientar que, em conformidade com o art. 4º do Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, deve ele ser efetuado pelo valor monetariamente atualizado do crédito, acrescido da multa e juros de mora cabíveis, calculados a partir da data do vencimento do tributo ou contribuição até a data do depósito. Assim, à suspensão da exigibilidade do crédito tributário agrega-se o principal efeito decorrente do depósito, qual seja, exime o sujeito passivo, a partir da data em que é efetuado, do ônus da correção monetária e evita a fluência dos juros e multa de mora em que incorreria até a solução da lide ou litígio.*

8. *Considerando que a conversão do depósito em renda, após solução favorável à União, é, nos termos do art. 156, inciso VI, do CTN, modalidade de extinção do crédito tributário e que ela opera efeitos ex tunc, retroagindo à data do depósito, parece claro que não há que se falar em pagamento extemporâneo do crédito tributário, tampouco em pagamento após o vencimento sem os acréscimos moratórios cabíveis.*

.....” (grifei)

Sacha Calmon Navarro Coelho (*Curso de Direito Tributário Brasileiro, 6ª edição, 2001, Forense, p. 682*) ensina:

“A mora, por outro lado, não prospera porque o depósito integral do crédito elide a aplicação dos juros pela demora de pagar, bem como das penalidades dirigidas a sancionar o inadimplemento da obrigação tributária na data fixada em lei.

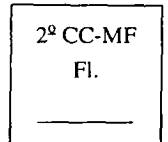
Como os depósitos são administrados pelo Poder Público, a ele incumbe prover a sua atualização monetária. O depósito, dependendo do desfecho da lide, resolve-se em devolução (vitória do sujeito passivo da obrigação tributária) ou em conversão em renda (vitória do sujeito ativo da obrigação). “

Nesse sentido, transcrevo algumas decisões do Conselho de Contribuintes:

“AÇÃO JUDICIAL- MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA – DEPÓSITO EM JUÍZO – É indevida a aplicação de multa de ofício e cobrança de juros de mora quando o contribuinte tenha efetuado previamente o depósito do montante integral do crédito tributário discutido em juízo.” (Acórdão 107-06.092, de 18/10/2000)



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 10380.011543/00-52
Recurso n° : 125.121
Acórdão n° : 203-11.072

“PIS. JUROS DE MORA. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA. Não há de ser aplicado juros de mora em relação a créditos tributários com a exigibilidade suspensa em virtude de depósito judicial do seu montante integral, cujo lançamento visa prevenir a decadência.” (Acórdão 202-14.993, de 12/08/2003)

“COBRANÇA DE JUROS. DESCABIMENTO. Não cabe lançamento de juros de mora na constituição de crédito destinado a prevenir a decadência, quando a exigibilidade houver sido suspensa por depósito judicial.” (Acórdão 203.08.495, de 16/10/2002).

“JUROS DE MORA. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário pelo depósito judicial do seu montante integral, antes de qualquer procedimento de ofício, descabe a exigência de juros de mora na sua constituição destinada a prevenir decadência. Precedentes: Ac 103-21516, 107-07409, 203-07090 e 203.08253.” (Acórdão 301-31.431, de 14/09/2004)

“COFINS. A conversão em renda da União dos depósitos judiciais extingue o crédito tributário (art. 156, VI, CTN). MULTA DE OFÍCIO - Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa com a efetivação de depósitos judiciais. JUROS DE MORA - Não incidem sobre o saldo dos depósitos judiciais efetuados antes do vencimento do crédito tributário.” (Acórdão 203-09.966, de 27/01/2005).

Em face do exposto, deve ser afastado do lançamento a parcela correspondente aos juros de mora no valor de R\$ 32.415,77.

Opção pela via judicial

Embora as questões suscitadas pelo sujeito passivo em sua impugnação e em seu recurso tenham se limitado aos aspectos formais do lançamento, não há como deixar de abordar os aspectos decorrentes de sua opção pela via judicial em detrimento da administrativa.

É incontroverso o entendimento de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo torna inócua qualquer discussão da mesma matéria no âmbito administrativo, por obediência ao princípio da jurisdição una, da prevalência do Poder Judiciário.

Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza.

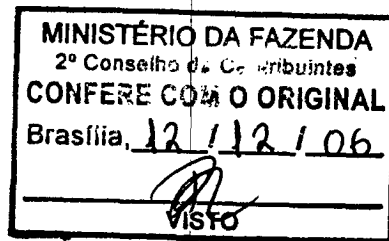
Vejam-se as disposições do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

“32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10380.011543/00-52
Recurso nº : 125.121
Acórdão nº : 203-11.072

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim." (Grifos originais)

No âmbito dos Tribunais Superiores, o STJ, em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).

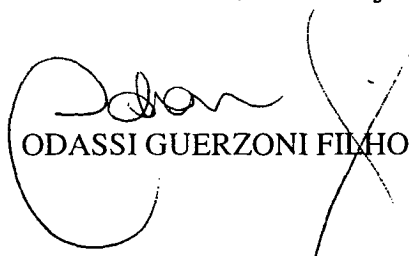
Ratifica-se então a impossibilidade de apreciação da causa no âmbito administrativo e a definitividade da exigência nessa esfera, conforme já definido pela autoridade julgadora de primeira instância.

Caso seja prolatada sentença judicial definitiva favorável à recorrente, a autuação deve a ela se adequar podendo, eventualmente, ser totalmente cancelada; e, se lhe desfavorável, ver convertidos em renda da União o montante dos depósitos judiciais então efetuados.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de afastar a ocorrência de nulidade e no de não conhecer parte do recurso em razão da opção pela via judicial; e, na parte conhecida, prover parcialmente, afastando do lançamento os juros moratórios.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


ODASSI GUERZONI FILHO