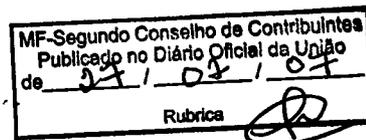




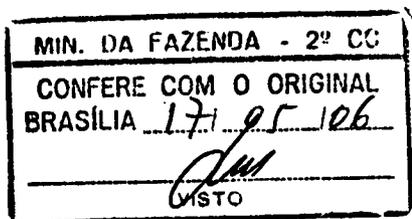
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820



Recorrente : AFL DO BRASIL LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG



NORMAS PROCESSUAIS.

CONCOMITÂNCIA NA ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

Recurso não conhecido

NULIDADE. POSSIBILIDADE LANÇAMENTO CRÉDITO TRIBUTARIO COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa. É obrigatória a constituição do crédito tributário com a exigibilidade suspensa em função de sentença concessiva de segurança proferida em sede de ação de Mandado de Segurança, bem como de depósitos do montante integral do tributo, ainda que com o objetivo de prevenir a decadência.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS. A interposição de embargos declaratórios tem efeitos suspensivos, impedindo a execução do Acórdão embargado até o julgamento dos referidos embargos.

MULTA OFÍCIO. SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE. Incabível lançamento de multa de ofício em lançamento cuja exigibilidade do crédito tributário esteja suspensa em virtude de sentença concessiva da segurança proferida em sede de Mandado de Segurança, bem como de depósitos judiciais, acrescidos de juros de mora, efetuados antes do prazo dos 30 dias do julgamento desfavorável à contribuinte.

JUROS DE MORA. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM A 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.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AFL DO BRASIL LTDA.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17/05/06
<i>[Assinatura]</i>
WSTO

2º CC-MF
Fl.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto a matéria em discussão no Judiciário; e II) na parte conhecida em dar provimento parcial ao recurso para afastar a multa de ofício e os juros de mora.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2005.

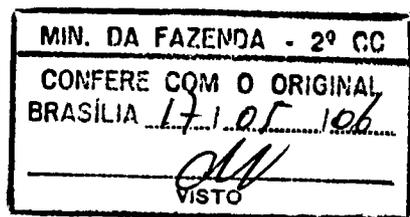
[Assinatura]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente
[Assinatura]
Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : AFL DO BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração, oriundo de auditoria interna de DCTF, objetivando a exigência do PIS relativo aos períodos de julho/99 a julho/01, acrescido de multa de ofício e juros de mora.

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa que efetuou depósitos judiciais do montante objeto do lançamento – diferença entre receita bruta e faturamento, acrescido de juros de mora, estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, incabível, portanto, o lançamento dos juros de mora e multa de ofício.

A DRJ em Juiz de Fora - MG julgou procedente o lançamento por considerar que os depósitos judiciais em questão foram efetuados fora do prazo de recolhimento da contribuição sem o acréscimo da multa de mora, ou seja, não foram depósitos do montante integral do tributo devido, única possibilidade, no caso de depósitos, de restar caracterizada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Cientificada em 26/09/03, a contribuinte apresentou, em 28/10/03, recurso voluntário, alegando em sua defesa:

1. ajuizou Mandado de Segurança nº 1999.38.00.009299-5 visando afastar a aplicação dos arts. 2º, 3º, *caput* e §1º, e 8º da Lei nº 9.718/98, tendo sido indeferida a medida liminar pleiteada;
2. em 14/07/2000 foi proferida sentença concedendo parcialmente a segurança pleiteada para permitir o recolhimento do PIS e da Cofins com base nas LC 07/70 e 70/91, respectivamente, sendo que, para a Cofins foi mantida a alíquota de 3% estabelecida pelo art. 8º da Lei nº 9.718/98;
3. a União interpôs, em 02/08/99, recurso de Apelação visando a reforma da sentença, e, a recorrente interpôs Recurso Adesivo visando o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da majoração da alíquota da Cofins pela Lei nº 9718/98;
4. em 22/06/01 foi publicado Acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, dando provimento ao recurso da União e julgando prejudicado o recurso da recorrente;
5. em 29/06/01 a recorrente interpôs recurso de Embargos de Declaração, no intuito de sanar vícios de contradição e omissão que incorreu o Acórdão acima citado, bem como para prequestionar os dispositivos constitucionais e da legalidade federal violados pelo referido Acórdão;
6. em 30/08/01, a empresa efetuou depósitos judiciais da diferença entre o valor apurado com a base de cálculo da Lei nº 9718/98 e a apurada de acordo com as Leis Complementares 70/91 e 07/70 (Cofins e PIS, respectivamente), relativo aos períodos de julho/99 a julho/01, acrescido dos juros de mora;
7. no momento da lavratura do auto de infração a exigibilidade do crédito tributário encontrava-se suspensa em virtude do provimento jurisdicional

124/3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17.05.06
<i>[Assinatura]</i>
ESTO

2º CC-MF
Fl.

concedido pela sentença concessiva da segurança, cuja eficácia encontrava-se vigente até o julgamento dos embargos declaratórios interpostos contra o Acórdão que a reformou;

8. em 22/05/03 foi publicado Acórdão do Tribunal que rejeitou os embargos interpostos, mantendo a decisão embargada;
9. nesta data a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa em virtude dos depósitos judiciais efetuados;
10. a empresa interpôs Recursos Especial e Extraordinário aos Tribunais Superiores, visando a reforma do Acórdão proferido pelo Tribunal Federal da 1ª Região;
11. o auto de Infração é nulo em virtude do disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72 que determina que não será instaurado procedimento fiscal na Constância de decisão judicial favorável em face do sujeito passivo da obrigação tributária;
12. cita doutrina para justificar seu entendimento de que no caso de suspensão da exigibilidade de crédito tributário, não pode o Fisco efetuar o lançamento;
13. não aplicação de juros de mora ao lançamento em virtude dos depósitos judiciais efetuados, já acrescido deste conectário legal;
14. inaplicabilidade da multa de ofício face à suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão;
15. face aos depósitos judiciais efetuados por iniciativa da recorrente, a decisão recorrida deixou de considerar o instituto da denúncia espontânea que elide a aplicação da multa de mora, caso não considerasse que os depósitos foram efetuados no prazo dos 30 dias previstos no art. 63, § 2º da Lei nº 9.430/96, para considerá-los como efetuados no montante integral; e
16. efeito confiscatório da multa aplicada ao lançamento.

Foi efetuado arrolamento de bens, segundo informação de fl. 173.

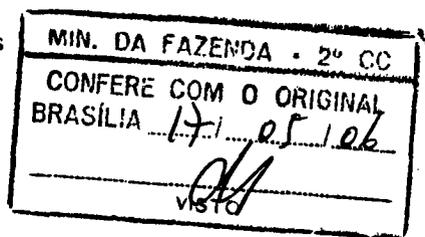
É o relatório.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820



2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Vejamos os fatos que ensejaram o lançamento. A contribuinte interpôs ação de mandado de segurança visando afastar a aplicação do disposto na Lei nº 9.718/98 acerca da base de cálculo do PIS e da Cofins, bem como a majoração da alíquota prevista na lei para esta última.

A liminar foi denegada, segundo informação da recorrente e documento de fl. 134, sendo que a sentença datada de 01/07/1999, fls. 135/137 concedeu “parcialmente a segurança para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir das impetrantes as contribuições PIS e Cofins sobre receitas não compreendidas no conceito de faturamento da Lei Complementar 70/91, mantida a nova alíquota da Cofins”.

Ou seja, desde a Sentença concessiva da segurança a exigibilidade do crédito tributário em questão encontrava-se com a exigibilidade suspensa, conforme explicitado na referida decisão judicial.

A União interpôs recurso contra a sentença que concedeu a segurança, e a recorrente apresentou contra-razões e interpôs recurso adesivo àquele interposto pela União.

O TRF da 1ª Região manifestou por meio de Acórdão datado de 10/04/01, fls. 146/147, no qual reformou a sentença de 1º grau, afastando a arguição de inconstitucionalidade da equiparação dos conceitos de faturamento e receita bruta, prevista no art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/98, dando provimento à Apelação da União, denegando a segurança e julgando prejudicadas a Apelação e remessa da empresa.

A partir do referido Acórdão do TRF da 1ª Região passou a inexistir provimento jurisdicional a amparar a recorrente, bem como a condição suspensiva da exigibilidade do crédito tributário concedida pela Sentença, já que esta foi reformada.

Todavia, em 29/06/2001 a recorrente interpôs Embargos de Declaração contra o Acórdão acima citado.

Quanto aos efeitos dos Embargos Declaratórios, interpostos pela recorrente, é de se observar que, a regra geral do sistema recursal do atual Código de Processo Civil é a da suspensividade, pois, à exceção dos recursos de Agravo de Instrumento, da Apelação – nas limitadas hipóteses dos incisos I a V, do art. 520 do CPC – do Recurso Extraordinário e do Especial, todos os demais deverão ser recebidos pelo julgador no efeito suspensivo. Este é o ensinamento de Nelson Nery Junior in Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 1996, pág. 884:

As eficácias do efeito suspensivo se direcionam para a não executoriedade da decisão impugnada. O efeito suspensivo é dado como regra aos recursos, exceto quando a lei expressamente dispuser em contrário.

184 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17/05/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Tanto é desta forma que, nas hipóteses em que foram retirados os efeitos suspensivos dos recursos, o legislador o fez de forma expressa – arts. 497 e 520 do CPC.

Este, também, é o entendimento esposado por J.C. Barbosa Moreira:

O Código julgou necessário indicar, logo neste segundo dispositivo do Capítulo “Das Disposições Gerais”, os casos em que a interposição de recurso não tem efeito suspensivo. É que a regra, na matéria, é a da suspensividade, como alias ressumbra do tratamento dado, no particular, à apelação (cf. art. 520). Por conseguinte, sempre que o texto silencie, deve entender-se que o recurso é dotado de efeito suspensivo: assim ocorre com os embargos infringentes. Esse já era, alias, o princípio no sistema do Código de 1939.

(...)

É certo que, nos arts. 465, parágrafo único, e 538, se dispõe expressamente que os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outro recurso. Mas aí se tratava de dar solução inequívoca a um problema específico, resultante da possibilidade de caberem dois recursos – o de embargos declaratórios e algum outro – contra a mesma decisão. Era preciso esclarecer se a parte teria de interpô-los simultaneamente, ou poderia deixar o outro para depois de julgados os embargos. A existência dos aludidos dispositivos não se aplica, destarte, por uma necessidade de atribuir aos embargos efeito suspensivo em relação à eficácia da decisão embargada: tal efeito haveria de produzir-se mesmo que o Código não contivesse as regras dos arts. 465, parágrafo único, e 538.

Nesta mesma linha de raciocínio outros doutrinadores têm se manifestado em idêntico sentido, como é o caso de Alcides de Mendonça Lima, em sua obra:

O Código de Processo Civil Brasileiro segue linha tradicional: normalmente, os recursos têm dois efeitos; por dispositivo expresso, porem, somente serão recebidos no efeito meramente devolutivo (apelação – art. 520, segunda parte; agravo de instrumento – art. 497; e extraordinário – art. 543, § 1º). Quando nenhuma restrição é consignada, vale a regra geral (apelação nos demais casos – art. 520; embargos de nulidade e infringentes e declaratórios).

A rigor não há casos omissos, poquanto a ausencia de qualquer norma a respeito induz a regra geral da suspensividade do recurso sobre decisão impugnada.

Esta também é a lição de Nelson Nery Junior:

No sistema recursal do Código de Processo Civil Brasileiro, a regra é a do recebimento dos recursos nos efeitos devolutivo e suspensivo. A apelação, recurso ordinário por excelência, é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), exceto nos casos enumerados nos incisos do art. 520 do CPC, e na hipóteses descrita na primeira parte do art. 1.184 do CPC (sentença que decreta a interdição). São também recebidos no duplo efeito os embargos de declaração (arts. 465, parágrafo único e 538 do CPC).

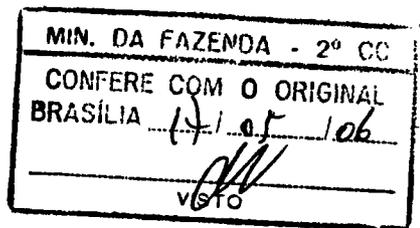
Ressalte-se, ainda que, não tivessem os Embargos de Declaração efeito suspensivo, não haveria razão de ser da imposição da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único do CPC, no caso destes serem interpostos apenas com intuito manifestamente protelatório. A penalidade imposta só há de ser justificada pelo fato de os Embargos Declaratórios sustarem os efeitos da decisão embargada, e não apenas por sustarem o prazo para interposição de outros recursos quaisquer.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820



2º CC-MF
Fl.

A decisão embargada, não há dúvidas, não pode ser executada de imediato, sem que os embargos tenham sido julgados, até mesmo porque, sendo os Embargos acatados, eles passam a fazer parte da sentença. Resta, portanto, claro que os Embargos Declaratórios tem efeito suspensivo.

Para o caso concreto, quando da lavratura da Peça Infracional o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região encontrava-se embargado e, portanto, sem eficácia imediata, até que fossem julgados os Embargos, o que se deu apenas em 29/04/2003 (fl. 155), tendo a publicação ocorrido em 22/05/2003. Assim, diante da suspensão da eficácia do Acórdão proferido em função da interposição dos Embargos Declaratórios, continuou a vigor, até o julgamento dos Embargos, sentença concedida de maneira favorável à contribuinte, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário ora constituído neste lançamento.

Incabível, pois, o lançamento da multa de ofício em virtude do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96, para crédito tributário com exigibilidade suspensa em decorrência de sentença concessiva de segurança em ação de Mandado de Segurança.

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

O auto de infração foi lavrado em 27/06/2002, portanto durante a vigência da sentença que concedeu a segurança, estando o crédito tributário ora constituído com a sua exigibilidade suspensa em virtude do comando judicial exarado e, então, vigente.

Verifica-se que, ainda que antes do julgamento dos Embargos Declaratórios, a recorrente efetuou, em 30/08/2001, depósito judicial do montante do tributo devido, acrescido de juros de mora, garantindo, portanto, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado, mesmo após o julgamento dos Embargos Declaratórios. Ou seja, até a presente data o crédito tributário objeto do presente lançamento encontra-se com a sua exigibilidade suspensa, sendo que o motivo da suspensão da exigibilidade, desde 22/05/2003, não é mais a sentença concessiva da segurança, mas sim os depósitos judiciais no montante integral dos tributos, acrescidos de juros moratórios.

Verifica-se que os depósitos foram efetuados durante a vigência da sentença proferida pelo Juízo singular, suspensiva da exigibilidade do crédito tributário em questão, o que afastava a aplicação da multa de mora, devendo incidir sobre os depósitos feitos a destempo apenas juros de mora, como de fato fez a recorrente.

A razão de os depósitos efetuados pela recorrente terem sido considerados pelo Fisco como em montante inferior ao devido foi exatamente o não recolhimento da multa de

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17/05/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

mora, que, uma vez afastada a sua aplicação como se demonstrou acima, torna os depósitos efetuados como sendo do montante integral da exação.

Diante disto, torna-se incabível a cobrança da multa punitiva no período, por estar à época a recorrente abrigada por sentença concessiva de segurança proferida em ação de Mandado de Segurança e, posteriormente, após a suspensão da sentença pelo Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, cuja eficácia só se deu após o julgamento dos Embargos Declaratórios contra ele interpostos, abrigada por depósito judicial do montante exigido, acrescido dos juros de mora: ambos os procedimentos impedem a cobrança da multa de ofício em lançamento para prevenir a decadência.

Quanto à nulidade do auto de infração em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário é de se observar que a referida suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede sua constituição através do lançamento, que visa, nesse caso, salvaguardar a Fazenda Nacional dos efeitos da decadência (art. 173 do CTN), conforme orientação expressa no Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional nº 742/88, publicado no DOU de 14/10/88:

Não constituído o crédito tributário, haverá a autoridade fiscal que preservar a obrigação tributária do efeito decadencial, incumbindo-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.

Importante ressaltar que a constituição do crédito tributário, com a exigibilidade suspensa visa prevenir a decadência, e não deve ser confundida com algum procedimento fiscal visando à efetiva cobrança do referido crédito tributário.

Ademais, a atividade obrigatória e vinculada da autoridade fiscal - determinada pelo art. 142 do CTN - obriga ao lançamento, mesmo de matérias já submetidas à via judicial, restando protegidos os direitos do contribuinte pela suspensão dos procedimentos de exigência concreta do crédito tributário até a decisão judicial final, ou, independentemente desta, pela existência de alguma das outras causas elencadas no art. 151 do CTN.

No que diz respeito ao efeito confiscatório da multa de 75% aplicada ao lançamento, entendo não ser necessária a apreciação desta matéria em virtude de haver sido afastada a sua aplicação.

No que tange ao lançamento dos juros de mora, entendo haver razão à recorrente já que os depósitos judiciais efetuados a destempo os incluíram.

Em lançamento visando prevenir a decadência, cuja exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa em virtude de depósitos judiciais do montante integral da exação, entendo que devem ser afastados os juros moratórios já que o depósito judicial é uma das formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no art. 151, inciso II do CTN, e, no caso dos autos, a contribuinte efetuou depósito judicial do montante integral da contribuição devida (contribuição e juros de mora).

Destaque-se que o principal efeito do depósito judicial em montante integral é suspender a exigibilidade do crédito tributário, bem como evitar a cobrança de juros de mora e multa, a partir da data em que é efetuado, ou seja, impedir que fique caracterizada a inadimplência.

134
8



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17/05/196
VISTO

2º CC-MF
Fl.

A respeito da matéria em comento dispõe o Parecer COSIT Nº 02, de 05 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.*

9. *Em face disso, conclui-se que, ao dispor sobre a inaplicabilidade da multa de ofício na constituição de créditos tributários para prevenir a decadência, entendeu o legislador desnecessário expressar que o tratamento previsto no art. 63 da Lei nº 9.430/1996 estende-se aos casos de suspensão da exigibilidade do crédito em razão do depósito do seu montante integral, pois dispensável é legislar sobre o óbvio.*

10. *Ademais, cumpre registrar a edição, em 28 de outubro de 1998, da Medida Provisória nº 1.721, que dispõe sobre depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, determinando, em seu art. 1º, § 2º, que esses depósitos sejam repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais e, no § 3º desse mesmo artigo, estabelece, *ipsis litteris*:*

§3º *Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:*

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional."

"Conclui-se, então, que não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa por ter-se efetuado o depósito do seu montante integral."

BM

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA . 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17.10.88 lab
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Conclui-se então que, estando o sujeito passivo acobertado pelo depósito integral do crédito tributário, cujos efeitos no caso consistem em suspender a exigibilidade do crédito e evitar a incidência de acréscimos moratórios e penalidades, são indevidos os juros de mora, tal como ratificado no parecer acima transcrito.

No caso dos autos, tendo havido o depósito no montante integral dos valores litigados torna-se incabível a exigência formalizada no Auto de Infração, no que concerne aos juros de mora .

A questão acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, está sendo discutida no Judiciário, por meio do Mandado de Segurança nº 1999.38.00.009299-5.

Existindo ação judicial tratando da matéria ora em litígio é de se concluir pela concomitância entre as ações administrativas e judiciais.

Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como comprova o 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 e autônoma . SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

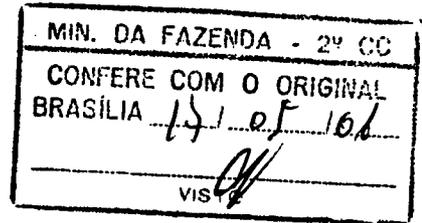
34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

// 131



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820



2ª CC-MF
Fl.

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 do original).*

Cabe ainda citar o Parecer PGFN nº 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

29. *Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18.091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente argüição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.*

30. *Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto n. 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional –, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.*

31. *No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10660.002990/2002-71
Recurso nº : 125.207
Acórdão nº : 204-00.820

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 17.10.2005
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.

32. Naquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.

*33. Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do *judicium*, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.*

*34. Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto n. 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições *tout court*) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso.*

Dessa forma, uma vez que o presente litígio versa sobre a matéria que está em discussão na esfera judicial, que tem a competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, não se deve conhecer da matéria objeto de ação judicial interposta pela contribuinte.

Diante de todo o exposto, voto por não conhecer do recurso em relação à matéria em discussão no Judiciário – inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, e, em relação às matérias conhecidas, dar provimento parcial para se afastar a aplicação da multa de ofício e dos juros de mora ao lançamento, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2005.

[Assinatura]
NAYRA BASTOS MANATTA