



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

PROCESSO Nº. : 10835-002.159/92-37
RECURSO Nº. : 81.298
MATÉRIA : COFINS - EX: DE 1992
RECORRENTE : NÓBILE DE ASSIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA : DRF EM PRESIDENTE PRUDENTE - SP
SESSÃO DE : 27 DE FEVEREIRO DE 1997
ACÓRDÃO Nº. : 108-04.029
jrc/

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO
JUDICIAL CONCOMITANTE** - A submissão de matéria à
tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, inibe o
pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do
crédito tributário em litígio.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
NÓBILE DE ASSIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.:

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, **NÃO CONHECER** do recurso, face a opção do
contribuinte pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente
julgado.

MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA
RELATOR

FORMALIZADO EM **11 JUL 1997**

PROCESSO Nº. :10835-002.159/92-37
ACÓRDÃO Nº. :108-04.029

Participaram, ainda do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JOSÉ ANTONIO MINATEL, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, NELSON LÓSSO FILHO, CELSO ÂNGELO LISBOA GALLUCCI, JORGE EDUARDO GOUVÊA VIEIRA e MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gd' or similar, located below the list of council members.

PROCESSO Nº 10835.002159/92-37
ACÓRDÃO Nº 108-04.029
RECURSO Nº 81.298
RECORRENTE: NÓBILE DE ASSIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOVEIS
LTDA.

R E L A T Ó R I O

NÓBILE DE ASSIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA., empresa com sede na Rua Vicente de Carvalho, nº 374, Vila Ribeiro, Assis/SP, inscrita no C.G.C. sob nº 44.362.721/0001-17, inconformada com a decisão monocrática que indeferiu sua impugnação, recorre a este Colegiado.

A matéria objeto do litígio diz respeito a COFINS, onde foi constatada a falta de recolhimento desta contribuição no período de maio a novembro de 1992, com base na lei Complementar nº 70/91.

Tempestivamente impugnando, a empresa alega que:

---É uma sociedade mercantil, sendo que suas receitas consistem basicamente na revenda de mercadorias adquiridas de terceiros e na venda de mercadorias industrializadas.

- Esta contribuição social, conforme define o art. 13 da Lei Complementar nº 70/91, substitui o Finsocial criado pelo Decreto-lei 1.940/82, pois este foi publicamente reconhecido inconstitucional. No entanto a edição da Lei Complementar nº 70/91, que introduziu a contribuição social sobre o faturamento, ou um "Novo Finsocial", sanou apenas uma irregularidade, qual seja, a falta de Lei Complementar, continuando com a incidência cumulativa e com a sujeição ativa a cargo da Receita Federal e não do Instituto Nacional do Seguro Social, continuando o Cofins, com os mesmos vícios do Finsocial.

- Quanto à incidência do Cofins sobre o ICMS, este não consiste em faturamento da empresa, este apenas recebe do cliente, seja consumidor final ou não, embutido no preço e recolhe aos cofres públicos, é o que se chama de "tributo por dentro", ao contrário do IPI que é cobrado "por fora". Desta forma, como o IPI é excluído da base de cálculo, igualmente deve ser em relação ao ICMS.

- Portanto, a COFINS é absolutamente inconstitucional por ser cumulativa, ter o mesmo fato gerador e base de cálculo do PIS e do ICMS, por incidir sobre o ICMS, que seguramente não é faturamento, e por não ter a destinação da arrecadação, a gestão dos recursos diretamente vinculada ao órgão da seguridade social, não figurando no polo ativo da relação tributária o INSS, já que o lançamento, fiscalização e normatização, estão a cargo da Receita



PROCESSO Nº 10835.002159/92-37
ACÓRDÃO Nº 108-04.029

Federal, violando frontalmente o perfil estabelecido pela Constituição Federal para esta modalidade de contribuição.

- A impugnante não recolhia a exação, por estar discutindo a sua exigência em juízo, conforme autos nº 92.83603-8, em tramitação na 10ª Vara da Justiça Federal de São Paulo-SP.

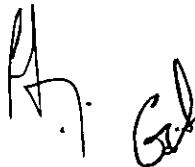
- Requer seja julgada procedente a impugnação, determinando o cancelamento do Auto de Infração, face aos vícios apontados, contrariando todo o Ordenamento Jurídico Nacional.

A autoridade singular resolveu acolher a impugnação, para no mérito não conhecê-la, determinando a manutenção integral do crédito tributário, em decisão assim ementada:

"A propositura pelo contribuinte de Mandado de Segurança, Ação Anulatória ou Declaratória da Nulidade do Crédito Tributário da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Em suas razões de recurso, a Recorrente ratifica as alegações contidas na peça impugnatória, acrescentando que o ingresso da Ação Judicial não implica na renúncia do recurso nas vias administrativas, pois o Direito à impugnação em processo administrativo está amparado expressamente pela Constituição Federal, quando o art. 5º, dispõe no inciso LV, que aos litigantes, tanto em processo administrativo ou judicial será garantido o contraditório e a "ampla defesa".

É o relatório.



PROCESSO Nº 10835.002159/92-37
ACÓRDÃO Nº 108-04.029

V O T O

Conselheiro **LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA**, Relator:

Recurso é tempestivo e, por este aspecto, pode ser apreciado.

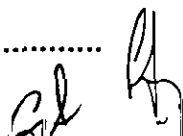
No entanto, cabe registrar que a Recorrente ingressou em juízo por entender ilegal a exigência da contribuição ao COFINS, com base na Lei Complementar nº 70/91.

Compartilho do entendimento manifestado pelo ilustre Conselheiro ~~Dr. JOSÉ ANTONIO MINATEL~~, quando nas hipóteses em que o contribuinte busca a resposta junto ao Poder Judiciário, requerendo que este dite o direito aplicável, com grau de definitividade, dirimindo a controvérsia sobre o litígio fiscal instaurado, que não se conheça do mérito do apelo na via administrativa, transcrevendo as razões explicitadas no Voto proferido no julgamento do Recurso nº 107.349, **verbis**:

"De há muito tenho expressado que a submissão de matéria ao crivo do Poder Judiciário, inibe qualquer pronunciamento de autoridade administrativa sobre aquele mérito, porque ambas as partes, contribuinte e administrador tributário, devem ser curvar à decisão definitiva e soberana daquele órgão, que tem a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos atos administrativos, de quem não poderá ser excluída qualquer lesão ou ameaça a direito, a teor do inciso XXV, do art. 5º, da atual Carta.

*Com a clareza que lhe é peculiar, ensina-nos **SEABRA FAGUNDES**, no seu clássico "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário":*

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.

.....


PROCESSO Nº 10835.002159/92-37
ACÓRDÃO Nº 108-04.029

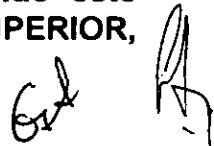
55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força." (Editora Saraiva - 1.984 - pag. 90/92).

A análise sistemática da nossa estrutura organizacional de Estado leva, inexoravelmente, a esse entendimento, assinalando, sempre, que o controle jurisdicional visa a proteção do particular frente aos atos da Administração Pública, que não seriam estancados, pudessem ter eles seguimento através de organismos próprios de cunho administrativo, dotados de competência de dizer o direito. Neste sentido, embora entenda como prescindível, tem função didática a norma insculpida no § 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 1.737/79, ao esclarecer que "a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto".

Essa mesma regra está reproduzida no parágrafo único, do art. 38, da Lei 6.830/80, e a matéria já foi objeto de estudo pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em parecer no processo nº 25.046, de 22.09.78 (DOU de 10.10.78), provocado por este Conselho de Contribuintes, de onde se extraem conclusões elucidativas, convergentes para o posicionamento aqui adotado de supressão da via administrativa. Pela extrema clareza, são aqui reproduzidas algumas dessas conclusões:

"32. Todavia, 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.

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,



PROCESSO Nº 10835.002159/92-37
ACÓRDÃO Nº 108-04.029

porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as 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.

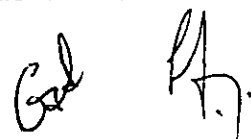
35.

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."

Aprovando o citado parecer o Dr. CID HERÁCLITO DE DE QUEIROZ, então sub-procurador-geral da Fazenda Nacional, aditou as seguintes considerações:

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à jurisdição administrativa - pela impugnação da exigência (recurso *latu sensu*), seguida ou mesmo antecedida de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual - ordenatória, declaratória ou de outro rito - a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento - exceto na hipótese de mandado de segurança, ou medida liminar, específico - até a inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal de instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso (*latu sensu*) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial."

Nem se alegue que tal postura estaria limitando o preceito da ampla defesa, estampado no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que ela estaria sempre assegurada, "com meios e recursos a ela inerentes", na garantia fundamental traduzida no outro mandamento, inserto no inciso XXXV, do mesmo artigo, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."



PROCESSO Nº 10835.002159/92-37
ACÓRDÃO Nº 108-04.029

Louvo-me nessas lições para concluir que falece competência a este Colegiado, para se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia submetida ao crivo do Poder Judiciário, quer seja a ação judicial prévia ou posterior ao lançamento. Entendo que a busca da tutela jurisdicional não inibe o procedimento administrativo do lançamento, para acautelar o direito da Fazenda Pública, exceto quando há determinação judicial vedando expressamente tal prática. Lançado o tributo, a exigibilidade de tal crédito fica adstrita à solução da controvérsia a ser ditada pelo Judiciário, com grau de definitividade para as partes.

*Do exposto, voto no sentido de **NÃO CONHECER DO MÉRITO DO RECURSO**, para declarar definitiva a exigência na esfera administrativa, inibida de pronunciar-se pela busca da tutela soberana do Poder Judiciário."*

Pelas mesmas razões lucidamente invocadas na decisão transcrita, voto no sentido de não conhecer do mérito do recurso.

Brasília-DF, 27 de fevereiro de 1997.



LUIZ ALBERTO CAVA MACÊIRA - Relator

