



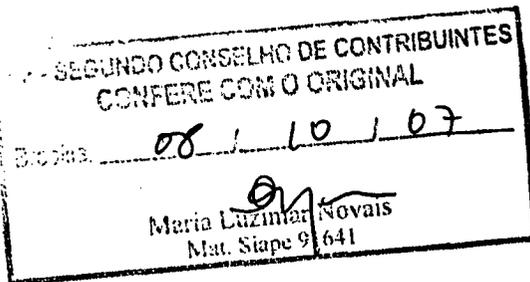
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicada no Diário Oficial da União
de 16/10/2007
Rubrica Com.

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10730.005742/2002-19
Recurso nº : 138.977
Acórdão nº : 204-02.730

Recorrente : FAMADEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRA LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG



COFINS. NULIDADE. Não há de ser nulo auto de infração lavrado dentro das formalidades previstas em lei e por pessoa competente sob o argumento de cerceamento de direito de defesa por não ter sido pedido esclarecimentos à contribuinte na fase fiscalizatória, sendo que aberta a fase litigiosa do Processo Administrativo Fiscal as razões de defesa da contribuinte foram devidamente apreciadas pela autoridade competente.

Não é nula a decisão que aplicou a renúncia à esfera administrativa por estar a contribuinte discutindo no Judiciário idêntica matéria de defesa argüida no processo administrativo.

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.

MULTA DE OFÍCIO. É devida a aplicação da multa de ofício no caso de falta de recolhimento de tributo devido, lançado de ofício, e cuja exigibilidade do crédito tributário não esteja suspensa.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FAMADEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2007.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Nayra Bastos Manáta

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Leonardo Siade Manzan, Airton Adelar Hack e Mauro Wasilewski (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Processo 08.110.107
Marta Luzimar Nevalis
Min. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl.

Processo n^o : 10730.005742/2002-19
Recurso n^o : 138.977
Acórdão n^o : 204-02.730

Recorrente : **FAMADEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRA LTDA.**

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração objetivando a cobrança da Cofins relativa aos períodos de apuração de novembro/97 a outubro/02 em virtude de divergência entre a contribuição devida e a declarada/paga.

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa, em síntese:

1. o auto de infração foi lavrado sem que a autuada fosse notificada para que se manifestasse sobre o assunto e sem base legal razão pela qual é nulo;
2. a empresa forneceu informações ao Fisco que resultaram em resíduos a serem recolhidos somente para novembro e dezembro/97, janeiro/98 a julho/99;
3. para os fatos geradores ocorridos entre agosto/98 e dezembro/02, reconhecendo o débito apurado, a contribuinte discute judicialmente o crédito a compensar;
4. ajuizou Ação de Dação de Pagamento n^o 2000.5101.0010246-0, em tramite junto ao TRF, abrangendo o período de março/99 a março/00 para a Cofins e agosto, novembro/99 e março/00 para o PIS; há também as ações n^o 2002.5102000770-5 referente à Cofins de abril/00 a dezembro/01 e PIS de setembro/00 a novembro/01 e a de n^o 2002.5102005997-3 para a Cofins e PIS de janeiro/02 a dezembro/02;
5. o auto de infração deve ser revisto por falta de clareza em relação ao suposto débito apontado, mas principalmente por estar sendo discutido no Judiciário o suposto débito, razão pela qual enquanto não houver decisão de mérito nenhuma penalidade há de ser aplicada; e
6. requer cancelamento do auto de infração e da multa desproporcional aplicada.

A DRJ em Belo Horizonte – MG afastou a preliminar de nulidade argüida e, no mérito julgou procedente o lançamento, ressaltado que para os fatos geradores ocorridos entre 11/97 a 07/99 não se instaurou o litígio uma vez que a contribuinte concorda serem os valores lançados devidos.

Inconformada a contribuinte apresentou recurso voluntário no qual alega as mesmas razões de defesa da inicial, ressaltando que por ter ingressado com ação judicial anteriormente à autuação não pode a autoridade julgadora de primeira instância deixar de conhecer da matéria argüida sob o argumento de renúncia à esfera administrativa.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005742/2002-19
Recurso nº : 138.977
Acórdão nº : 204-02.730

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
08 10 07
NAYRA BASTOS MANATTA

2º CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto está revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente é de ser apreciada a questão acerca da nulidade argüida pela contribuinte sob o argumento de que não lhe foram pedidos esclarecimentos sobre a matéria anteriormente à lavratura do auto de infração, ocasionando cerceamento de direito de defesa.

Quando teve início a Ação Fiscal, foi lavrado um Termo de Início de Ação Fiscal, através do qual a contribuinte é cientificada que a partir daquele momento encontrava-se sobre processo de fiscalização, bem como foi intimada a apresentar seus livros contábeis e fiscais e comprovantes de recolhimento dos tributos.

De acordo com a descrição dos fatos os dados referentes ao valor do tributo foram obtidos através de base de cálculo informada pelo contribuinte em atendimento à intimação constante do Termo de Início de Ação Fiscal, e os valores informados foram confrontados com recolhimentos efetuados.

Depreende-se daí que existindo esclarecimentos que a contribuinte desejasse prestar à fiscalização pode fazê-lo durante todo o procedimento fiscal. Ainda que tivesse provas não apresentadas no curso da ação fiscal teve, ainda, a fase impugnatória para fazê-lo, não ocorrendo, em absoluto, cerceamento do direito de defesa.

Ressalte-se, ainda, que a fase para que a contribuinte se manifeste sobre o lançamento efetuado é a fase litigiosa do Processo Administrativo Fiscal que se abre com a apresentação da impugnação. Instaurada a fase de litígio todas as razões de defesa apresentadas pela contribuinte serão objeto de apreciação pela autoridade julgadora administrativa, garantindo-lhe o direito de defesa prevista na CF.

Também não haverá de ser acatada a nulidade da decisão recorrida que aplicou a renúncia à esfera administrativa por estar a recorrente discutindo no Judiciário a mesma matéria de defesa trazida aos autos do processo administrativo por ser tal procedimento o que se coaduna com as normas que regem a tripartição de poderes prevista na Carta Magna.

Desta forma há de ser afastada a preliminar de nulidade argüida.

Quanto às razões de defesa acerca da compensação efetuada pela recorrente é de se observar que as citadas compensações estão sendo objeto de discussão na via Judicial conforme explicitado abaixo:

Ação de Dação de Pagamento nº 2000.51.01.010246-0 – permitir a compensação de Títulos da Dívida Agrária com os tributos devidos de competência da União, dentre eles a Cofins relativa aos períodos de apuração de março/99 a março/00 (fls. 209);

Ação Declaratória nº 2002.5102000770-6 – inconstitucionalidade da Lei de Execuções Fiscais nº 6830/80; direito potestativo da autora para utilizar crédito oriundo da dívida pública representado por título ao portador (Gouvernement

123 // 3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 10730.005742/2002-19
Recurso n^o : 138.977
Acórdão n^o : 204-02.730

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

08 / 10 / 07

Maria Luziana Novais
Mat. Suple 91641

2^o CC-MF
Fl.

Federal États – Unis du Bresil) para compensar tributos devidos, dentre os quais encontra-se a Cofins referente aos fatos geradores ocorridos entre abril/00 a dezembro/01 (fls. 222. Observe-se que tal compensação foi informada no processo judicial como já tendo sido realizada); permissão para realizar novas compensações;

Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Obrigacional Tributária com Antecipação de Tutela n^o 2001.5102.000770-5 – reconhecimento do direito potestativo da autora para utilizar o crédito da dívida pública representada por título ao portador para compensação de débitos tributários de competência da União denominadas Cofins e PIS até o completo exaurimento do valor apontado em sua contabilidade (Cofins informada como compensada no citado processo judicial refere-se aos fatos geradores ocorridos entre janeiro/02 e novembro/02, conforme planilha fls. 258).

Verifica-se portanto que o direito à compensação já efetuada pela contribuinte está em discussão no Judiciário, razão pela qual não se pode conhecer desta matéria na via administrativa.

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. 5^o, 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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005742/2002-19
Recurso nº : 138.977
Acórdão nº : 204-02.730

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	2º CC-MF Fl.
Brasília, 08 / 10 / 07	
Maria Luíza de Novais Mat. Sup. 91641	

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.*

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 n.º 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*

12/5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 10730.005742/2002-19
Recurso n^o : 138.977
Acórdão n^o : 204-02.730

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08/10/07
Maria Luzimar Novais
Min. Supl. 91641

2^o CC-MF
Fl.

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 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 iudicium, 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 a matéria (compensação) está em discussão no Judiciário, que tem a competência para dizer o direito em última instância, resta afastada a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, que não deve conhecer das matérias objeto de ações judiciais interpostas pela contribuinte.

Vale observar aqui que a contribuinte não obteve qualquer provimento jurisdicional favorável às suas pretensões, razão pela qual tendo já nascido a obrigação tributária e sendo devido o tributo não pode a contribuinte opor ao débito direito compensatório ainda não

10/10/07



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10730.005742/2002-19
Recurso nº : 138.977
Acórdão nº : 204-02.730

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 08 / 10 / 07
Maria Lúcia M. Novais
M. Supl. 10/11

2º CC-MF
Fl.

definitivamente reconhecido pelo Judiciário, razão pela qual, nesta hipótese é cabível o lançamento de tributo devido e não recolhido ou compensado.

Quanto à multa de ofício aplicada deve ser observado que o crédito tributário já nascido e devido não foi extinto por qualquer das modalidades previstas no art. 156 do CTN e nem teve sua exigibilidade suspensa nos moldes do art. 151 do CTN.

Desta forma, a multa prevista no art. 44 da Lei nº 9430/96 há de ser aplicada ao caso em tela uma vez que houve falta de recolhimento do tributo devido e o crédito tributário não se encontrava com a exigibilidade suspensa.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2007.


NAYRA BASTOS MANATTA //