



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº : 10820-000.390/93-36
RECURSO : 85.119
MATÉRIA : COFINS- EX: 1992 e 1993
RECORRENTE : TERENCE INDÚSTRIA DE MÁQUINA AGRÍCOLA LTDA.
RECORRIDA : DRF EM ARAÇATUBA/SP
SESSÃO DE : 08 DE JANEIRO DE 1997
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.955

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE - A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio, tornando definitiva a exigência nessa esfera. Incabível, contudo, a imposição de multa de ofício sobre as parcelas integral e tempestivamente depositadas em juízo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **TERENCE INDÚSTRIA DE MÁQUINA AGRÍCOLA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, para declarar a inaplicabilidade da multa de ofício sobre parcelas integral e tempestivamente depositadas em juízo.

MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE e RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 FEV 1997

PROCESSO Nº : 10820-000.390//93-36

RECURSO : 85.119

ACÓRDÃO Nº 108-03.955

Participaram , ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JOSÉ ANTÔNIO MINATEL, OSCAR LAFAIETE DE ALBUQUERQUE LIMA, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JORGE EDUARDO GOUVÊA VIEIRA.



RELATÓRIO

TERENCE INDÚSTRIA DE MÁQUINA AGRÍCOLA LTDA, inscrita no CGC sob o nº 45.377.736/0001-11, teve contra si auto de infração lavrado em 22/04/93, em face da constatação feita pelo Fisco Federal de que a empresa não recolhera a contribuição social sobre o faturamento (COFINS), instituída pelo art. 1º da Lei Complementar nº 70/91, relativa aos meses de apuração de abril de 1992 a março de 1993.

Em impugnação tempestivamente apresentada, fls. 20/21, esclarece a autuada que o crédito tributário em questão encontra-se com a exigibilidade suspensa uma vez que, por força de ação ordinária de inconstitucionalidade distribuída junto a 4ª Vara de Justiça Federal em São Paulo, feito nº 92/5883-5, regularmente efetuou os depósitos judiciais.

Requer a impugnante que a autoridade administrativa se abstenha de praticar ato impositivo de multa.

Às fls. 50/52, a decisão de primeiro grau, onde o julgador monocrático considerou procedente o lançamento, consoante ementa a seguir transcrita:

"PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - O recurso ao Poder Judiciário, face à independência de instâncias, não exclui, no contexto da ampla defesa, o direito à impugnação administrativa.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA - É dever legal da autoridade administrativa, ao lavrar Auto de Infração, proceder ao cálculo da multa de ofício.

EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO FISCAL - DEPÓSITOS JUDICIAIS - Comprovado que nem todos os depósitos judiciais equivalem à integralidade do débito correspondente, considera-se suspensa a exigibilidade apenas quanto àqueles cujos valores depositados alcançam o seu montante integral"

CSL

de seu decisório, concluiu aquela autoridade:

"CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO, por tempestiva, para, no mérito, INDEFERI-LA, determinando: -

a) a manutenção dos lançamentos referentes ao período de ABRIL a SETEMBRO/92 e ao mês de NOVEMBRO/92, cuja exigibilidade encontra-se suspensa, tendo em vista que os depósitos judiciais correspondentes equivalem ao montante integral do débito;

b) a manutenção do lançamento referente ao mês de OUTUBRO/92, com sua conseqüente cobrança, eis que sua exigibilidade não está suspensa, uma vez que o depósito efetuado não corresponde ao montante integral do débito; e

c) a manutenção e cobrança dos débitos referentes ao período de DEZEMBRO/92 a MARÇO/93, relativos aos quais não foi efetuado qualquer depósito ou recolhimento".

6/57 o recurso voluntário, no qual a suplicante informa que efetuou depósitos judiciais para todos os meses objeto de lançamento, e anexa cópias dos depósitos referentes aos períodos de dezembro de 1992 a março de 1993 e mês de outubro de 1992.

to, repisa a suplicante as razões da inicial.

rio.

CSL

VOTO

CONSELHEIRO MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS, RELATOR

O recurso é tempestivo.

Conforme constou do relato, insurge-se a recorrente contra a cobrança da contribuição social sobre o faturamento (COFINS), instituída pelo art. 1º da Lei Complementar nº 70/91, por entendê-la inconstitucional.

Ocorre que este Conselho de Contribuintes, como órgão integrante do Poder executivo, tem decidido, reiteradamente, pela ampla maioria de seus membros, no sentido de que lhe falta competência para aquilatar da inconstitucionalidade das leis em vigor.

Não é outro entendimento do festejado jurista Ruy Barbosa, in "Da interpretação e da aplicação das leis tributárias"(1965, pág. 35, citando Tito Rezende):

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em Geral não podem negar aplicação a uma lei ou um decreto, por que lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o Decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."

Ademais, todo os vícios que a recorrente alega padecer a referida contribuição social já foram exaustivamente discutidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, que, em sessão do dia 1º de dezembro de 1993, apreciando ação declaratória de constitucionalidade proposto pelo então Presidente da República, julgou, por unanimidade,

PROCESSO Nº : 10820-000.390//93-36

RECURSO : 85.119

ACÓRDÃO Nº : 108-03.955

constitucional a cobrança da Contribuição Social instituída pelo ART. 1º da Lei Complementar nº 70/91 (COFINS).

Por outro lado, releva avaliar os efeitos da noticiada ação judicial que a contribuinte move perante a Justiça Federal.

De acordo com o informado na impugnação, a autuada ingressou em juízo visando a obtenção de declaração de inexistência de obrigação jurídica-tributária entre a autora e a União, no sentido de efetuar o recolhimento da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91.

Ocorre que a corrente dominante neste Conselho de Contribuintes vem entendendo que a opção do contribuinte pela via judicial implica em renúncia à instância administrativa.

Peço vênua ao ilustre Conselheiro Dr. José Antônio Minatel, para transcrever parte do voto que proferiu nos autos do processo nº 10840-003.285/91-02 (Acórdão nº 108-02.288, do 19/09/95), por bem se ajustar ao caso presente:

“De há muito tenho expressado que a submissão de matéria ao crivo do Poder Judiciário, inibe qualquer pronunciamento da autoridade administrativa sobre aquele mérito, porque ambas as partes, contribuinte e administrador tributário, devem se curvar a decisão definitiva e soberana daquele órgão, que tem a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos autos 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 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.

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 condições 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 - pág. 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. Nesse sentido, embora entenda como prescindível, tem função didática a norma insculpida no parágrafo 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, 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 desistências 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 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 os 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.”

Louvo-me nessas lições para concluir que falece competência a este colegiado, para se pronunciar sobre o mérito da mesma

PROCESSO Nº : 10820-000.390//93-36
RECURSO : 85.119
ACÓRDÃO Nº : 108-03.955

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.

Tem o mesmo entendimento o conhecido HIROMI HIGUCHI, que assim se manifesta sobre a matéria:

“Essa regra decorre da natureza legal é lógica porque a decisão do Poder Judiciário se sobrepõe à decisão administrativa. Não teria nenhum sentido a administração decidir matéria sub-judice porque a sua decisão não tem nenhum valor perante a decisão final do Poder Judiciário.” (in IMPOSTO DE RENDA DAS EMPRESAS - 20ª edição - 1995 - editora Atlas - pág.. 587)”.

Por outro lado, o inconformismo da recorrente acerca da imposição da multa de ofício sobre as parcelas devidas a título de COFINS e depositadas em juízo merece ser conhecido por este Conselho de Contribuintes, por se tratar de matéria não submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Com efeito, se é certo que a autoridade fiscal tem o dever de constituir o crédito tributário pelo lançamento, com vistas a resguardar os interesses da Fazenda Nacional contra os efeitos da decadência, mesmo nas hipóteses de suspensão de sua exigibilidade previstas no art. 151 do CTN, não é menos correto afirmar-se que a multa de ofício de 100% só deve incidir sobre as diferenças depositadas a menor, no caso de decisão judicial favorável à Fazenda Nacional, uma vez que não é razoável impor sanção sobre tributo não exigível.



PROCESSO Nº : 10820-000.390//93-36
RECURSO : 85.119
ACÓRDÃO Nº : 108-03.955

Por todo o exposto, conheço em parte do recurso, para declarar a inaplicabilidade da multa de ofício sobre as parcelas integral e tempestivamente depositadas em juízo.

Sala das Sessões (DF) em 09 de janeiro de 1996



MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS - RELATOR