



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10820-000.503/93-21
RECURSO : 85.118
MATÉRIA : COFINS/FATURAMENTO- EXS: 1992 e 1993
RECORRENTE : ELÉTRICA BRASÍLIA ILUMINAÇÃO E ELETRICIDADE LTDA
RECORRIDA : DRF EM ARAÇATUBA/SP
SESSÃO DE : 08 DE JANEIRO DE 1997
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.954

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 parcela tempestiva e integralmente depositada em juízo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **ELÉTRICA BRASÍLIA ILUMINAÇÃO E ELETRICIDADE LTDA.**

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, para rejeitar as preliminares e, no mérito, declarar a impossibilidade de imposição de multa de ofício sobre as parcelas tempestiva e integralmente depositadas em juízo, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE e RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 FEV 1997

PROCESSO Nº : 10820-000.503//93-21

RECURSO Nº : 85.118

ACÓRDÃO Nº : 108-03.954

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.

Ed

PROCESSO Nº : 10820-000.503//93-21
RECURSO Nº : 85.118
RECORRENTE : ELÉTRICA BRASÍLIA ILUMINAÇÃO E ELETRICIDADE LTDA
ACÓRDÃO Nº : 108-03.954

RELATÓRIO

ELÉTRICA BRASÍLIA ILUMINAÇÃO E ELETRICIDADE LTDA, inscrita no CGC sob o nº 43.747.690/0003.11, teve contra si auto de infração lavrado em 22/06/93, 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 abril de 1992 a maio de 1993.

Consta que a contribuinte ingressou em juízo junto à Justiça Federal em São Paulo, visando a eximir-se do recolhimento da referida contribuição (processo nº 92.0058799-2), tendo promovido depósitos judiciais (fls. 31).

À vista do indeferimento da impugnação apresentada, a empresa interpôs recurso dirigido a este Conselho de Contribuintes, onde sustenta preliminarmente:

1.a nulidade da decisão de primeira instância, posto que o julgador teria se esquivado da análise franca e objetiva das relevantes alegações da impugnante, notadamente quanto ao argumento da impossibilidade da cobrança da exação em tela já no ano de 1992;

2.a impossibilidade de o agente fiscal impor multa, uma vez que o CTN restringiria a atuação do agente à simples propositura de aplicação da penalidade que na espécie entenda cabível;

3. a incompetência dos agentes da Receita Federal para questionar a validade ou suficiência de depósitos feitos em juízo, posto que tal mister cabe aos representantes judiciais da Fazenda Nacional;



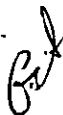
PROCESSO Nº : 10820-000.503//93-21
RECURSO Nº : 85.118
ACÓRDÃO Nº : 108-03.954

4. cerceamento de defesa, posto que não recebeu copia do termo de impugnação proporcional de pagamento de fls. 36/38.

No merito, argúi a recorrente, reportando-se à impugnação, que a cobrança da COFINS fere diversos princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico, e conclui que a arrecadação e administração dos recursos da contribuição social caberia ao INSS e não à Receita Federal; que a exigência da COFINS implica dupla incidência sobre a mesma base de cálculo, em face da já existente contribuição para o PIS/PASEP; que dada a natureza tributária da COFINS, sua incidência não poderia ser cumulativa; e que, mesmo admitida sua constitucionalidade, sua cobrança não poderia ser levada a efeito no exercício de 1992, posto que a Lei Complementar nº 70/91 só veio a circular no dia 2 de janeiro de 1992, quando efetivamente chegou ao conhecimento geral.

Ao final requer, alternativamente, seja determinada a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuições para o FINSOCIAL (efetuados a alíquotas superiores a 0,5%) com o montante da presente exigência.

É o relatório.



VOTO

CONSELHEIRO MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS, RELATOR

O recurso é tempestivo.

As preliminares suscitadas pela recorrente carecem de fundamento, pelo que devem ser rejeitadas.

Com efeito, não há falar-se em nulidade da decisão de primeira instância, por alegado silêncio do julgador monocrático quanto aos argumentos de defesa.

É que a autoridade julgadora, em seu decisório, consignou:

"CONSIDERANDO, que a discussão relativa à constitucionalidade das normas legais, por razões da própria ordem institucional, somente pode encontrar foro adequado nas várias instâncias do Poder Judiciário;

"CONSIDERANDO mais, que, no ordenamento jurídico vigente, o entendimento em contrário por parte da autoridade ensejaria, sem dúvida, a capitulação das letras do artigo 319 do Código Penal Brasileiro;

"CONSIDERANDO", ainda, que, assim não fosse, comprometida ficaria, de plano, toda a função jurisdicional, já que em Juiz se tornaria, por absurdo, toda e qualquer autoridade administrativa."

Quanto à competência do agente fiscal para impor a multa de ofício, o procedimento fiscal encontra amparo no próprio Poder Judiciário, notadamente no Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que assentou:



PROCESSO Nº : 10820-000.503//93-21
RECURSO Nº : 85.118
ACÓRDÃO Nº : 108-03.954

"EMENTA...I- tem a pessoa jurídica delegada para executar as normas legais, por força do disposto no art. 7º do CTN, competência para aplicar multas, por intermédio dos seus fiscais desde que essa multa, resultante da falta de lançamento, já esteja determinada legalmente. Não se trata, no caso, de instituir pena.

II- Indelegável é a competência decretar tributo, designar os sujeitos passivos, fixar alíquota, instituir penas estabelecer base de cálculo..."(TRF - 1º Região AC 90.01.17166-4/MT. Rel.: Juiz Tourinho Neto 3º Turma Decisão: 26/11/90. Bol de Jurisp... nº 27,p. 77.DJ de 17/12/90,p.30.797.)"

Também não procede a alegação de que os agentes da Receita Federal não têm competência para questionar a validade ou suficiência de depósitos judiciais, posto que cabe ao Fisco examinar essa condição, exatamente para proceder ou não à cobrança do crédito tributário.

Carece de propósito, ainda, o alegado cerceamento do direito de defesa pelo fato de a empresa não ter recebido cópia do termo de imputação proporcional de pagamento (fls. 36/38). A uma porque a recorrente se defende, e bem, das acusações que lhe são imputadas. A duas, porque se dificuldade tivesse, a recorrente poderia ter solicitado vista dos autos, e mesmo cópia do referido termo a que alude a decisão de primeiro, de cujo inteiro teor tomou conhecimento.

No mérito, 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 entedê-la flagrantemente 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, todos 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, 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 atuada ingressou em juízo visando a obtenção de declaração de inexistência de obrigação jurídico-tributária entre a autora e a União no sentido de efetuar o recolhimento da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91, tendo efetuado depósito judicial.

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 vênia 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 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 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 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 - 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 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 a parcela devida a título de COFINS depositada 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, 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

PROCESSO Nº : 10820-000.503//93-21
RECURSO Nº : 85.118
ACÓRDÃO Nº : 108-03.954

deve incidir sobre as diferenças depositadas a menor, no caso de decisão judicial favorável à Fazenda Nacional.

Quanto ao pleito da recorrente no sentido de se admitir a compensação da presente exigência com créditos oriundos de pagamentos a maior a título de contribuição para o FINSOCIAL, o mesmo não pode ser acolhido, posto que, a contribuinte não demonstra o seu direito, nada obstando, contudo, que seja formulado pedido dirigido à autoridade competente e instruído com os documentos necessários.

Por todo o exposto, conheço em parte do recurso, para rejeitar as preliminares e declarar ser indevida a imposição da multa de ofício sobre as parcelas tempestiva e integralmente depositadas em juízo.

Sala das Sessões (DF) em 08 de janeiro de 1997



MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS - RELATOR