



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 03 / 06 / 06

2º CC-MF
Fl.

VISTO

Recorrente : MERCK SHARP & DOHME FARMACÊUTICA LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS PROCESSUAIS

RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. O ajuizamento de qualquer modalidade de ação judicial anterior, concomitante ou posterior ao procedimento fiscal, importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, e o apelo eventualmente interposto pelo sujeito passivo não deve ser conhecido pelos órgãos de julgamento da instância não jurisdicional, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

JUROS DE MORA. Não é cabível a incidência dos juros moratórios quando o sujeito passivo deposita em juízo o montante integral do crédito litigado, no prazo de vencimento do tributo.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. As instâncias administrativas não competem apreciar vícios de constitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MERCK SHARP & DOHME FARMACÊUTICA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros, Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Gustavo de Freitas Cavalcanti Costa (Suplente)



Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/10/05
<i>Branca</i>
VISTO

2º CC-MF
FI.

Recorrente : MERCK SHARP & DOHME FARMACÊUTICA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos em tela, adoto e transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

Trata-se de Auto de Infração (fls. 06/10), lavrado contra a contribuinte em epígrafe, ciência em 02/05/2002, relativo a falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de janeiro de 2001 a novembro de 2001, no montante de R\$ 298.835,93, com juros de mora calculados até 30/04/2002.

2. No Termo de Verificação Fiscal, às fls. 03/05, o auditor fiscal informou, em síntese, que:

2.1. o contribuinte teve o seu pleito atendido de forma preliminar na ação ordinária nº 1999.61.05.006642-8 da 3ª Vara da Justiça Federal em Campinas tendo sido autorizado a depositar a diferença entre o cálculo da Cofins com base no faturamento e aquele sobre a totalidade das receitas;

2.2. quanto ao período de abril de 1999 a dezembro de 2000, foi lavrado auto de infração – processo administrativo nº 10830.002688/2001-32;

2.3. na ação ordinária acima citada, foi exarada a seguinte sentença:

“.....JULGO PROCEDENTE, o pedido autorizando o recolhimento da COFINS e da contribuição à Cofins, nos termos da Lei Complementar nº 70/91 e 7/70, respectivamente, respeitadas as alterações posteriores, salvo as objeto da presente ação.....”

2.4. dessa forma, o valor tributável da Cofins foi obtido pela diferença entre os montantes das bases de cálculo apuradas pelo art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 e o art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991;

2.5. o crédito tributário foi constituído, única e exclusivamente, para prevenir a decadência do direito da Fazenda Nacional, devendo a autoridade administrativa abster-se de qualquer medida tendente a exigir seu recolhimento enquanto persistir a pendência judicial.

3. Inconformada com o procedimento fiscal, a interessada interpôs impugnação, em 14/05/2002, às fls. 128/137, acompanhada dos documentos de fls 138/157, na qual argumenta, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. o lançamento, a par de ter sido realizado a pretexto de preservar possível direito futuro da Fazenda Nacional, é nulo, pois não atende ao disposto na Constituição Federal e desobedece à ordem judicial. De fato, a autoridade fiscal ignorou a regra esculpida no art. 62 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, pois no caso em tela, a contribuinte encontra-se protegida por força dos depósitos judiciais do montante integral, o que impede a exigência da Cofins em relação às receitas financeiras. A constituição do crédito tributário, nessas condições, representa afronta a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN);

3.2. o alargamento da base de cálculo da Cofins determinado pelo art. 3º da Lei nº 9.718/98, constitui uma nova fonte de financiamento da seguridade social, conflitando



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/10/05

R Manca

2º CC-MF
Fl.

com o art. 195, inciso I, da Constituição Federal e a nova redação dada a este artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, não validou aquela lei;

3.3. segundo seu entendimento, o faturamento é a receita da venda de bens e serviços, único conceito que a Constituição autorizava tributar na época da edição da Lei nº 9.718/98. Cita jurisprudência do STF em apoio de sua tese;

3.4. como efetuou os depósitos judiciais nas datas de vencimento da Cofins e estando a exigibilidade do crédito tributário suspensa, não há como incidir juros de mora sobre o valor lançado.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou o entendimento adotado por meio da seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/12/2000

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

JUROS DE MORA. A constituição do crédito tributário para prevenir a decadência inclui os juros de mora.

Lançamento Procedente

Não conformada com o entendimento proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a contribuinte recorreu a este Conselho solicitando a reforma da decisão de primeira instância.

É o relatório. //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/10/05
<i>B. Manoel</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

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

A teor do relatado, versa o presente processo sobre lançamento de ofício efetuado para constituir o crédito tributário relativo a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, pertinente ao período de apuração compreendido entre abril de 1999 a dezembro de 2000, que se encontrava com a exigibilidade suspensa por força de ação judicial impetrada pela autuada.

Diante do provimento jurisdicional, o crédito tributário foi constituído de ofício com a exigibilidade suspensa. A decisão recorrida manteve integralmente a exigência fiscal e declarou a renúncia tácita à via administrativa, em razão de haver o sujeito passivo procurado a tutela jurisdicional.

Inicialmente cabe esclarecer que estando o sujeito passivo acobertado por medida judicial que lhe proteja contra a exigência fiscal, não pode o Fisco exigir-lhe o tributo, mas isso não impede o órgão fazendário de exercer seu dever de ofício consistente em apurar a ocorrência do fato gerador, em determinar a matéria tributável, em calcular o montante do tributo devido e em identificar o sujeito passivo. O tributo apurado ficará com a exigibilidade suspensa até cessar o impedimento judicial. Assim agindo, a autoridade fiscal não viola qualquer provimento jurisdicional que tenha conferido ao contribuinte o direito de não se ver compelido a pagar esse ou aquele tributo.

Merce aqui ser lembrado que o judiciário já apascentou o entendimento de não poder o juiz impedir a autoridade administrativa de proceder ao lançamento, pois até aí não vai o poder de cautela do magistrado, o que este pode fazer é manter suspensa a exigibilidade do crédito. Justamente o que ocorreu no caso em análise, pois a autoridade jurisdicional deu a liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, mas não impediu o Fisco de exercer seu ofício.

De outro lado, ciosa da obrigatoriedade de constituir o crédito tributário para prevenir a decadência e, ao mesmo tempo, em não descumprir a decisão mandamental, a Fiscalização lavrou o auto de infração, mas manteve a exigibilidade do crédito suspensa. Nunca é demais lembrar que a possibilidade de efetuar lançamento para prevenir a decadência, referente à matéria em discussão na esfera judicial, é expressamente prevista no artigo 63 da Lei nº 9.430, com a redação dada pelo artigo 70 da MP nº 2.158/2.001. Estando, pois, a matéria *sub judice*, foi perfeitamente lícita a constituição do crédito tributário, por meio de lançamento de ofício, para prevenir os efeitos da decadência, devendo permanecer suspensa a exigibilidade do crédito enquanto viger os efeitos da citada medida judicial.

Quanto à aplicação da renúncia à via administrativa, entendo não merecer reparo a decisão *a quo*, pois a submissão da mesma matéria ao Poder Judiciário impede os órgãos judicantes administrativos de discuti-las, já que a procura da tutela jurisdicional tornar completamente estéril a discussão em outras vias.



Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 10/10/05
<i>B. Manca</i>
VISTO

2º CC-MF
FI.

Da análise dos autos, verifica-se que, de fato, o sujeito passivo procurou tutela jurisdicional para resguardá-lo da exação pertinente à contribuição para a Cofins, que veio a se constituir, justamente, no objeto destes autos.

Muito embora o termo “renúncia” sugira que a ação judicial tenha sido interposta posteriormente ao procedimento fiscal, na essência, com o devido respeito dos que defendem o contrário, as conclusões são as mesmas, porquanto, após iniciada a ação judicial, o julgador administrativo vê-se impedido de manifestar-se sobre o apelo interposto pelo contribuinte, vez que a questão passou a ser examinada pelo Poder Judiciário, detentor, com exclusividade, da prerrogativa constitucional de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Neste sentido, é a jurisprudência mansa e pacífica do Segundo Conselho de Contribuintes e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais que têm aplicado a renúncia à via administrativa quando o sujeito passivo procura provimento jurisdicional pertinente à matéria, objeto do processo fiscal.

Outro entendimento não caberia, pois a ordem constitucional vigente ingressou o Brasil na jurisdição una, como se pode perceber do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias “julgadoras” administrativas.

A tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos; supremo porque pode revê-los, para cassá-los ou anulá-los; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

De fato, não existem no ordenamento jurídico nacional princípios ou dispositivos legais que permitam a discussão paralela em instâncias diversas (administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza), de questões idênticas.

Dante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, **por qualquer modalidade de ação**, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito não jurisdicional. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão 202-09.648), “*tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria sub judice.*”.

Por oportuno, cabe citar o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece: //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 09/06/05
<i>B. Manoel</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Art. 1º omissis.....

§ 2º A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Ao seu turno, o parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830/1980 que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê expressamente que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa, verbi:

Art. 38. Omissis

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

A norma expressa nesses dispositivos legais é exatamente no sentido de vedar-se a discussão paralela, de mesma matéria, nas duas instâncias, até porque, como a Judicial prepondera sobre a administrativa, o ingresso em juízo torna inócuo qualquer pronunciamento administrativo. Esse é o entendimento dado pela exposição de motivo nº 223 da Lei nº 6.830/1980, assim explicitado: “*Portanto, desde que a parte ingressa em juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior.*”.

Por derradeiro, cabe ressaltar que o pressuposto para configurar a renúncia à esfera administrativa é o simples fato de o sujeito passivo haver propostos ação judicial versando sobre a mesma matéria que deu origem ao processo administrativo. *In casu*, é irrelevante o tipo de ação ou o momento de sua propositura, pois, qualquer que seja a hipótese, se se admitisse a concomitância de processos judiciais e administrativos, estar-se-ia violando o princípio constitucional da unicidade de jurisdição.

Por essas razões é que a exigência fiscal pertinente ao principal da contribuição para a Cofins, por coincidir com o objeto de ação judicial, tornou-se definitiva na esfera administrativa, nos termos postos no lançamento fiscal, eis que a opção pelo Poder Judiciário importa em renúncia à esfera administrativa, além do que, a decisão judicial tem efeito substitutivo e prevalente sobre a não jurisdicional.

Em relação à exigência de juros moratórios sobre crédito tributário, cuja exigibilidade esteja suspensa por força de depósito judicial de seu montante integral, entendo incabíveis, pois no caso de existência de depósitos judiciais, efetuados dentro dos prazos de recolhimento, em quantia suficiente para satisfazer integralmente o crédito tributário litigado, não há razão para se incluir no auto de infração juros moratórios, isso porque, em saindo a Fazenda Pública vencedora do litígio, na conversão em renda em favor da União, tais depósitos são considerados pagamentos à vista na data em que efetuados, conforme esclarece o item 23, nota 05, da Norma de Execução CSAr/CST/CSF nº 002/1992.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.003947/2002-23
Recurso nº : 128.843
Acórdão nº : 204-00.445

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 19/10/05
<i>Pranca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Ora, se os depósitos são considerados pagamentos à vista na data em que efetuados, quando realizados dentro do prazo de vencimento do tributo *sub judice*, não vislumbro qualquer mora a justificar a inclusão de acréscimos legais ao auto de infração.

Aliás, outro não é o entendimento da Receita Federal, pois o Parecer COSIT nº 2, de 05 de janeiro de 1999, diz textualmente não caber a inclusão de juros moratórios no lançamento de ofício destinado a prevenir a decadência de crédito tributário, cuja exigibilidade se encontre suspensa por força de depósito prévio de seu montante integral.

Quanto à suposta inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998, alegada pela recorrente, é de observar-se que à autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade das normas tributárias, vez que no Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade pelo Jurisdicional, seja com efeitos *erga omnes* no controle concentrado de constitucionalidade, seja com efeito *inter partes* no controle difuso, a lei goza de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, é válida e tem aplicação cogente em todo o território nacional.

Assim, como a citada lei não fora julgada inconstitucional, tampouco tivera sua execução suspensa pelo STF, não se pode negar-lhe vigência, agindo, pois, corretamente, a Fisco ao aplicar-lhes ao lançamento.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, para determinar a exclusão dos juros moratórios incidentes sobre o crédito tributário lançado, nos limites dos depósitos judiciais efetuados, tempestivamente.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

Henrique Pinheiro Torres
HENRÍQUE PINHEIRO TORRES