



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

PROCESSO Nº. : 10835/000.131/93-28
RECURSO Nº. : 81.292
MATÉRIA : COFINS. EXS: 04/92 a 12/92.
RECORRENTE : ELETROFASE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
RECORRIDA : DRF EM PRESIDENTE PRUDENTE SP.
SESSÃO DE : 17 DE OUTUBRO DE 1996.
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.613

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA - PRELIMINAR DE NULIDADE: A busca da tutela do Poder Judiciário não obsta a prática do lançamento, cuja exigibilidade do crédito lançado fica vinculada ao comando da ação judicial correspondente. É incabível a imposição de multa de ofício para tributo com exigibilidade suspensa previamente ao lançamento.

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 de incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ELETROFASE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.

Jom

62

PROCESSO Nº. : 10835/000.131/93-28
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.613

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, conhecer em parte do recurso para declarar a inaplicabilidade da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



JOSE ANTONIO MINATEL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 NOV 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: RENATA GONÇALVES PANTOJA, PAULO IRVIN DE CARVALHO VIANNA, OSCAR LAFAIETE DE ALBUQUERQUE LIMA, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.

Ministério da Fazenda
Primeiro Conselho de Contribuintes
Oitava Câmara

Recurso nº 81.292

Processo nº 10835.000131/93-28 COFINS: 04/92 a 12/92
Recorrente: ELETROFASE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA
Recorrida : DRF EM PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

Acórdão nº 108-03.613

RELATÓRIO

Contra a recorrente foi lavrado o auto de infração de fls. 01/04, para exigência da contribuição destinada à seguridade social - COFINS, incidente sobre o faturamento da empresa dos meses de abril a dezembro/92, nos termos da Lei Complementar nº 70/91 e legislação superveniente.

Apresentou a autuada impugnação protocolizada em 17.03.93, em cujo harrazoado de fls. 07/16 alegou, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, pela capitulação genérica na Lei Complementar nº 70/91, sem indicar o dispositivo infringido, e no mérito informa que “... *buscou a tutela jurisdicional, para discutir o crédito tributário que reputa ilegal e indevido*”. (fl. 10)

Adita que, “*nesse contexto, as exações exigidas estão sub-judice, tramitando pela 10ª Vara da Justiça Federal, Ação Declaratória de Inexigibilidade de Obrigação Tributária, protocolizada (sic) sob nº 92.0065576-9.*” Contesta a aplicação da multa de 100%, alegando não ter cometido infração e ausência de tipicidade, uma vez que a contribuição da COFINS deve ser lançada por homologação e não em procedimento de ofício, pressuposto previsto na Lei 8.218/91.

Juntou às fls. 18/23 cópias de comprovantes de depósitos judiciais e, as fls. 24/33 cópia da inicial da mencionada Ação Judicial.

A autoridade de primeira instância proferiu a decisão acostada às fls. 38/40, não conhecendo da impugnação, ao argumento de que a propositura de ação judicial importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso eventualmente interposto.

Cientificada da decisão em 17.09.93 (AR de fls. 43), deduziu a autuada recurso voluntário protocolizado em 04.10.93, em cujo arrazoado de fls.45/48 pleiteia a reforma da decisão monocrática, ao argumento de que a base legal invocada para não conhecimento da impugnação é inadequada, pois só aplicável para créditos inscritos na dívida ativa. Requer a anulação da decisão, declarando-se indevida a cobrança materializada pelo auto de infração, assim como a multa de ofício de 100%

É o relatório.

Ministério da Fazenda
Primeiro Conselho de Contribuintes
Oitava Câmara

Recurso nº 81.292

Processo nº 10835.000131/93-28 COFINS: 04/92 A 12/92
Recorrente : ELETROFASE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA
Recorrida : DRF EM PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

Acórdão nº 108-03.613

V O T O

Conselheiro JOSÉ ANTONIO MINATEL - relator:

Recurso tempestivo e entendo estar dotado dos pressupostos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento, mesmo que parcialmente.

A despeito de declarar que não conhecia da impugnação, a autoridade de primeira instância pronunciou-se sobre a legitimidade do procedimento fiscal, mantendo expressamente a exigência e o recurso ataca ambas as vertentes daquele *decisum*, pelo que deve ser examinado por este Colegiado.

Rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração, uma vez que há entendimento harmonizado, tanto na esfera administrativa como judicial, da possibilidade do lançamento, mesmo diante de medida suspensiva da exigibilidade do tributo. Neste sentido a orientação contida no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGNF/CRJN/Nº 1.064/93, de cuja conclusão destaco:

“a) nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver sido, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do art. 142 e respectivo parágrafo único, do Código Tributário Nacional”

O crédito tributário deve ser constituído para salvaguarda da Fazenda Pública em relação ao prazo decadencial, ficando, todavia, a sua exigibilidade vinculada ao comando da ação que tramita perante o Poder Judiciário. Se há depósitos no montante integral - que não é o caso da recorrente, que confessa estarem incompletos - , estaria suspensa a exigibilidade do crédito lançado, a teor do art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional.

De outro lado, o litígio sobre o mérito da exigência da contribuição instituída pela Lei Complementar nº 70/91 foi deslocado para exame do Poder Judiciário, dele



não podendo conhecer a esfera administrativa, consoante entendimento que tenho seguidamente sustentado nesta Câmara.

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 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.

.....

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.”



Ministério da Fazenda
Primeiro Conselho de Contribuintes
Oitava Câmara

processo: 10835/000.131/93-28
ACÓRDÃO : 108-03.613

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 Procuradora 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 amular, 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.

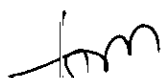
35.....

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 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.

Registro que, com base nas lições também extraídas do Parecer citado, posicionou-se no mesmo sentido a administração tributária através do Ato Declaratório Normativo - CST nº 3 (DOU de 15.02.96), orientando a autoridade julgadora de primeira instância para o não conhecimento de controvérsia já submetida ao exame do Poder Judiciário.

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

“Essa regra decorre da natureza legal e 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 - pag. 587)

De outra parte, vejo que a identidade de objeto entre os processos administrativo e judicial limita-se ao questionamento da constitucionalidade da incidência da contribuição denominada COFINS. Assim, a controvérsia acerca da pertinência da multa de ofício de 100% aplicada, que integra o montante do crédito tributário lançado nestes autos, não é objeto da ação judicial noticiada pela recorrente, vale dizer, a contrariedade oferecida pela recorrente no tocante a multa não é matéria submetida ao exame do Poder Judiciário, pelo que merece ser apreciada por este Colegiado, para que não se opere cerceamento ao consagrado direito de defesa.

A questão nada tem a ver com a modalidade de lançamento, como pretende a recorrente. Mais uma vez, entendo que a imposição de penalidade tem a ver com a exigibilidade, sendo imprópria para sancionar tributos não exigíveis.

Assim, se o depósito da contribuição devida em cada mês foi tempestivo e no seu montante integral, enquanto mantida essa condição de suspensão de exigibilidade (art. 151, II, CTN), pode ser efetuado o lançamento, porém é incabível qualquer



imposição de penalidade, cujo pressuposto fundamental é o ato antijurídico, ausente na situação em comento. A multa não deve decorrer unicamente do fato de o lançamento ser de ofício, mas, cumulativamente, da existência de ato que tipifica infração à legislação tributária.

De outra parte, se o depósito é efetuado intempestivamente e não contempla o montante integral da obrigação no momento do depósito (principal + juros + multa moratória + atualização monetária), a exigibilidade da contribuição daquele mês é integralmente exigível e, portanto, passível de ser sancionada em procedimento de ofício.

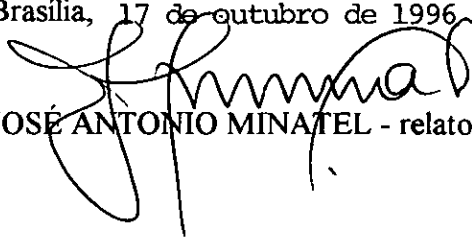
Registro que essas circunstâncias deverão ser aferidas pela autoridade que administra a fase da cobrança do crédito lançado, e o melhor momento para se avaliar essas condicionantes é o da extinção do feito, em obediência ao comando a ser implementado pelo Poder Judiciário, a quem a exigibilidade do processo administrativo fica condicionada.

Pelos fundamentos aqui expostos, VOTO no sentido de, rejeitando a preliminar de nulidade do lançamento,

a) CONHECER EM PARTE do recurso, dando-lhe PROVIMENTO PARCIAL, para excluir do crédito tributário lançado a multa de ofício incidente sobre as obrigações com exigibilidade suspensa previamente ao lançamento, pelo depósito do montante integral da obrigação, parcela a ser apurada pela autoridade preparadora da repartição de origem;

b) NÃO CONHECER DO RECURSO no tocante à constitucionalidade da incidência da contribuição da COFINS, por estar a autoridade administrativa inibida de pronunciar-se sobre matéria submetida, concomitantemente, à tutela soberana do Poder Judiciário, cuja decisão vai nortear o destino do remanescente deste processo.

Brasília, 17 de outubro de 1996


JOSE ANTONIO MINATEL - relator

