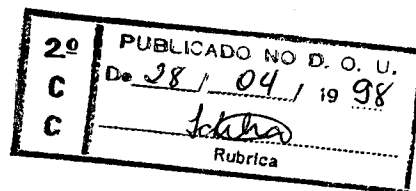




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES



Processo : 10920.000954/96-82

Acórdão : 201-71.103

Sessão : 15 de outubro de 1997

Recurso : 103.432

Recorrente : BRAKOFIX INDUSTRIAL S.A.

Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

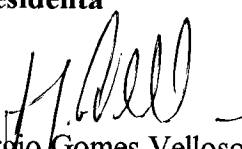
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - Anula-se decisão de primeiro grau que não conhece de impugnação cabível e tempestiva. Processo que se anula a partir da decisão de primeiro grau, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
BRAKOFIX INDUSTRIAL S.A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeiro grau, inclusive.** Ausente o Conselheiro Jorge Freire.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 1997


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Sérgio Gomes Velloso
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Expedito Terceiro Jorge Filho, Valdemar Ludvig, Henrique Pinheiro Torres (Suplente), Geber Moreira, Rogério Gustavo Dreyer e João Berjas (Suplente).

eaal/



Processo : 10920.000954/96-82
Acórdão : 201-71.103

Recurso : 103.432
Recorrente : BRAKOFIX INDUSTRIAL S.A.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração (fls. 24/26) no qual se formalizou a exigência de crédito tributário relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, em face do não recolhimento deste tributo no período de abril/92 a julho/94. Exigidos ainda a multa de ofício de 100% (cem por cento) e os juros de mora.

A interessada, inconformada com a decisão, apresentou Impugnação de fls. 29/36, acompanhada de Retificação de fls. 37, argumentando, em síntese, o que se segue:

1) a exigibilidade da exação deve ficar suspensa face a existência de Ação Ordinária Condenatória, em trâmite perante a Justiça Federal de São Paulo - SP, que versa sobre a inconstitucionalidade da exigência de COFINS;

2) a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a COFINS, é inconstitucional por contrariar o disposto no art. 5º, *caput* e inciso I, art. 150, inciso II e art. 194, inciso V, todos da Constituição Federal;

3) além do valor principal, ainda, estão sendo cobrados juros e multa, o que configura um *bis in idem*, posto que, se o contribuinte não paga no prazo seu ato, fica constituído em mora. Não há cometimento de infração, já que, uma vez lançado o tributo, a falta de pagamento dará ensejo à execução, e não à imposição de penalidade. Por outro lado, a parcela relativa aos juros de mora, no montante exigido, é contrária ao disposto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual as taxas de juros reais não poderão ser superiores a 12% (doze por cento) ao ano;

4) o excesso de exação configurado pela aplicação exagerada de acréscimos fere o princípio da capacidade contributiva, convertendo-se em confisco.

Mediante Despacho de fls. 40, o presente processo foi devolvido à repartição de origem, para que fossem anexadas cópias da inicial e dos despachos/sentenças/acórdãos relativos às ações judiciais mencionadas na peça impugnatória.



Processo : 10920.000954/96-82
Acórdão : 201-71.103

Em atendimento à solicitação supra, foram anexadas as iniciais das Ações Ordinárias Condenatórias nº 95.0040764-7 (fls. 45/73) e nº 95.0040762-0 (fls. 74/101) nas quais se requer à autoridade judicial que não permita a autuação da interessada por deixar de recolher a COFINS durante o período de abril/92 a maio/95 e durante o período de junho/95 a dezembro/96, respectivamente.

O órgão julgador de primeira instância (fls. 102/107) resolveu pelo não conhecimento da impugnação e, conseqüentemente, declarou a definitividade do processo na esfera administrativa por tratar-se de matéria levada à discussão pelo Poder Judiciário. Reviu, ainda, de ofício, o lançamento da multa constante do auto de infração reduzindo-a para 75% (setenta e cinco por cento). A decisão da autoridade monocrática ostenta a seguinte ementa:

"COFINS

AUTO DE INFRAÇÃO

Fatos Geradores: Abril de 1992 a Julho de 1994

APELO AO PODER JUDICIÁRIO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

A propositura, pela contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, questionando a constitucionalidade da exigência da COFINS, importa a renúncia dos argumentos impugnatórios apresentados na esfera administrativa, tornando-se o lançamento definitivo no que se refere à matéria levada ao Poder Judiciário (ADN COSIT nº 03/96).

TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES NÃO PAGOS NO VENCIMENTO.

JUROS DE MORA.

Os tributos e contribuições não pagos no vencimento ficam sujeitos à incidência de juros moratórios (art. 54, § 2º da Lei nº 8.383/91, art. 38, § 1º da Lei nº 9.069/95 e art. 84, § 5º da Lei nº 8.981/95).

FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO PARA 75%.

A falta de recolhimento de tributos e contribuições federais, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento dos valores não recolhidos,



Processo : 10920.000954/96-82
Acórdão : 201-71.103

acrescidos da multa de ofício, cujo percentual foi reduzido para 75% (art. 44, inciso I da Lei nº 9.430, de 27/12/96 e ADN COSIT nº 01, de 07/01/97).

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As autoridades administrativas, inclusive os julgadores de litígios fiscais na esfera administrativa, estão obrigados a observância da legislação tributária vigente no País, não sendo de sua competência apreciar questão de inconstitucionalidade (Parecer Normativo SCT nº 329/70)."

Inconformada com a decisão supra, a empresa apresentou Recurso Voluntário de fls. 111/131, alegando, em resumo, que existem erros no enfoque adotado na decisão *a quo*, quais sejam:

1) apesar de ter proposto Ação Ordinária Condenatória, em tramitação perante a Justiça Federal de São Paulo, essa iniciativa "não tem o condão de imediatamente produzir efeitos que levem a procedência de qualquer exigência fiscal" por se tratar no caso de ação com natureza declaratória. Assim, continua, mesmo existindo ação que versa sobre a matéria da impugnação, esta não abrange a totalidade do auto de infração - o período posterior à data do ajuizamento não estaria abrangido por decisão judicial prolatada na ação em curso;

2) a Instrução Normativa "extrapola os dizeres da Lei, ferindo, principalmente o princípio da garantia de defesa e devido processo, decorrente do artigo 5º, LV, da Constituição Federal". Entende que o presente processo deveria ter sido apreciado em seu mérito pelo agente fiscal julgador de primeira instância.

Assim, requer a remessa dos presentes autos ao órgão julgador a que para julgamento do mérito da impugnação e/ou a concessão do efeito suspensivo face ao art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Outrossim, repete as alegação oferecidas na peça impugnatória.

É o relatório.



Processo : 10920.000954/96-82

Acórdão : 201-71.103

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR SÉRGIO GOMES VELLOSO

Tenho para mim que a lei não veda a discussão administrativa de matérias ou teses questionadas pelo contribuinte no foro judicial.

Com efeito, a jurisprudência dos Conselhos, nessa questão, invoca em regra a norma inscrita no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737, de 20.12.79, a seguir transcrita:

"art. 1º - Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN ao portador, os depósitos:...

§ 1º - ...

§ 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."

Obviamente, entretanto, a ação ordinária condenatória não se confunde com a ação anulatória de crédito da Fazenda, posto que não se pode anular o que não foi constituído. Também não se confunde com a ação declaratória da nulidade do crédito da Fazenda, pela mesma razão.

Enfim, o pressuposto necessário dessa regra é que tenha sido efetuado o lançamento antes do ingresso do contribuinte em Juízo, e que esse ingresso se dirija exatamente para a anulação ou declaração de nulidade daquele lançamento.

Não é o que ocorre aqui, pois, como o assegura o próprio Fisco, a ação visava justamente impedir a Fazenda de lançar.

Por outra vertente, a jurisprudência dos Conselhos invoca, para recusar a via administrativa de litígio, a regra contida no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.180 de 22.09.80 (Lei de Execução Fiscal), que reza:

"art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta



Processo : 10920.000954/96-82

Acórdão : 201-71.103

precedida do depósito preparatório do valor do débito, precedida do depósito e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos. (destaques nossos)

parág. 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." (lei 6380)."

De igual forma tem-se aqui a dissintonia entre o contorno legal e a realidade fática.

Com efeito, a empresa não ingressou em juízo com mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida.

Não tem aplicação ao caso, portanto, a regra em causa.

Observo que não é sem razão que a lei somente veda a discussão administrativa nas hipóteses em que o lançamento precede o ingresso do contribuinte em Juízo. Com efeito, se este ingressa previamente, não está ali a discutir a especificidade de lançamento algum, os cálculos, a descrição feita dos fatos, as alíquotas, o cabimento dos juros e multas acaso aplicadas. Em regra, discute previamente apenas um direito, uma tese.

Por isso admito que se recuse o conhecimento da discussão da mesma tese, nos autos do processo administrativo, ainda que sem norma legal que assim determine, mas entendo que cabe o conhecimento da impugnação, e o direito à decisão quanto aos aspectos fáticos e específicos do lançamento efetivamente concretizado, que, certamente, não podem ter sido objeto da ação judicial.

Nessa conformidade, voto no sentido de anular o processo a partir da decisão de primeiro grau, para que a autoridade julgadora conheça da impugnação e profira sua decisão, da qual caberá recurso, conforme o caso, a este Colegiado.

É meu voto.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 1997

SÉRGIO GOMES VELLOSO