



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

PROCESSO Nº : 10925-000.594/93-17
RECURSO : 85.120
MATÉRIA : COFINS- EX: 1992 e 1993
RECORRENTE : DROGARIA E FÁRMÁCIA PINHEIRO LTDA.
RECORRIDA : DRF EM JOAÇABA/SC
SESSÃO DE : 08 DE JANEIRO DE 1997
ACÓRDÃO Nº. : 108-03.956

**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.
RECURSO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
DROGARIA E FÁRMÁCIA PINHEIRO LTDA

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, face a opção do
contribuinte pela via judicial, 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 : 10925-000.594/93-17

RECURSO : 85.120

ACÓRDÃO Nº : 108-03.956

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 Gouveia Vieira.



RELATÓRIO

DROGARIA E FARMÁCIA PINHEIRO LTDA, inscrita no CGC sob o nº 86.161.361/0002-16, teve contra si auto de infração lavrado em 29/07/93, em face 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 maio de 1992 a junho de 1993.

Em impugnação tempestivamente apresentada a autuada alega que deixou de recolher a COFINS referente aos períodos citados, por entender a exigência inconstitucional, razão porque ingressou em juízo com ação declaratória negativa (nº 93.5944-0).

Em seu extenso arrazoadado, a contribuinte argúi, em síntese, 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; e que, dada a natureza tributária da COFINS, sua incidência não poderia ser cumulativa.

Informação fiscal às fls. 48 opinando pela manutenção da exigência.

Decisão de primeiro grau às fls. 51/55 considerando procedente o lançamento, consoante ementa a seguir transcrita:

**"CONTRIBUIÇÃO COFINS - LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 Exercícios financeiros de 1992 e 1993.
7.01.20.25 - BASE DE CÁLCULO.**

As empresas que realizam venda de mercadorias e serviços, efetuarão o cálculo da Contribuição sobre a receita bruta resultante do somatório dessas receitas, sendo irrelevante a preponderância de uma sobre a outra. Não cabimento da apreciação sobre inconstitucionalidade arguida na esfera administrativa. Incompetência dos agentes da administração para apreciação de ato ministerial."

PROCESSO Nº : 10925-000.594/93-17
RECURSO : 85.120
ACÓRDÃO Nº 108-03.956

Irresignada, interpôs a contribuinte recurso dirigido a este E. Conselho de Contribuintes, onde basicamente reitera as razões da inicial, e sustenta a competência deste Tribunal para apreciação de matéria constitucional.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'GJ' followed by a stylized flourish.

]

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 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, pag 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,

PROCESSO Nº : 10925-000.594/93-17

RECURSO : 85.120

ACÓRDÃO Nº 108-03.956

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 jurídico-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 vênias 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 - 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. 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.

Gal

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.”



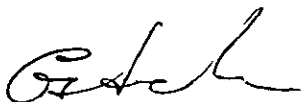
Louvo-me nessas lições para concluir que falece competência a este colegiado, para se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia submetida ao crivo do Poder Judiciário, quer seja a ação judicial prévia ou posterior ao lançamento. Entendo que a busca da tutela jurisdicional não inibe o procedimento 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 - pag.. 587)”.

Por todo o exposto, deixo de conhecer do recurso, para declarar definitiva a exigência na esfera administrativa, face à opção do contribuinte pela instância judicial.

Sala das Sessões (DF) em 08 de janeiro de 1996



MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS - RELATOR