



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLIC. DO NO D. O. U.
C	Da 19.10/1999
C	Voluntário
	Rubrica

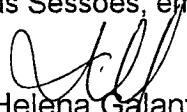
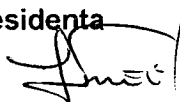
Processo : 10935.001600/93-52
 Acórdão : 201-72.674
 Sessão : 27 de abril de 1999
 Recurso : 101.774
 Recorrente: EUCATUR TÁXI AÉREO LTDA.
 Recorrida : DRJ em Foz do Iguaçu - PR

COFINS - 1 – O momento de alegar todas as matérias atinentes ao lançamento é na impugnação, sob pena de preclusão de tal direito (art. 17, Decreto nº 70.235/72). **2** - As questões postas ao conhecimento do Judiciário, implica em impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que as decisões daquele Poder têm insitas os efeitos da "res judicata". Todavia, nada obsta que se conheça do recurso quanto à legalidade do lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário. O processo administrativo, face a tal, ficará vinculado aos termos da decisão judicial. **3** - Não havendo recolhimento de tributo devido, correta a aplicação da multa de ofício sobre o valor não depositado em juízo. Porém, com o advento da Lei nº 9.430/96, que reduziu a multa de ofício para o patamar de 75 % (art. 44, I), devem as multas em lançamentos não definitivamente julgados serem reduzidas para este nível. **Recurso voluntário a que se dá provimento parcial.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: EUCATUR TÁXI AÉREO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira 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 27 de abril de 1999


 Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta

 Jorge Freire
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Ana Neyle Olímpio Holanda, Valdemar Ludvig, Geber Moreira, Serafim Fernandes Corrêa, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

Mal/Eaal



Processo : 10935.001600/93-52
Acórdão : 201-72.674
Recurso : 101.774
Recorrente : EUCATUR TÁXI AÉREO LTDA.

RELATÓRIO

Recorre a empresa epigrafada da decisão monocrática que manteve parcialmente (com exclusão dos valores depositados em juízo - fl. 84) o lançamento de ofício, o qual teve por objeto a exação do tributo COFINS em relação a períodos que abrangem abril de 1992 a julho de 1993 (fl. 13), tendo em vista o não recolhimento da referida contribuição.

Anteriormente ao lançamento, a empresa havia impetrado mandado de segurança visando eximir-se da cobrança da mencionada contribuição (fls. 57/75). A decisão monocrática concedeu a segurança que posteriormente foi reformada pelo TRF da 4ª Região, vindo tal decisão transitar em julgado. Houve depósitos em juízo conforme informa a autoridade local à fl. 84.

Em suas razões recursais a empresa inova em preliminar, averbando que a unidade local da Receita Federal em Cascavel só poderia ter efetivado o lançamento em relação à filial da empresa na mesma cidade, falecendo de competência para fazê-lo em relação às filiais fora de sua jurisdição. Pede, em conseqüência, a exclusão do lançamento em relação às filiais localizadas fora da jurisdição das autoridades lançadoras. Demais disso, alega que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez não ter a autoridade julgadora adentrado no mérito em relação à matéria julgada no Judiciário, pelo que pede a declaração de nulidade da decisão recorrida. Entende, também, ser nulo o auto de infração tendo em vista que no momento de sua lavratura havia decisão judicial desobrigando ao pagamento da COFINS, com conseqüente suspensão da exigibilidade da mencionada contribuição. Por fim, alega ser inexigível a multa imposta posto que a contribuição estava com sua exigibilidade suspensa em função de medida judicial.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10935.001600/93-52

Acórdão : 201-72.674

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

Duas questões devem ser abordadas em preliminar: a primeira referente à competência dos agentes fiscais e a segunda quanto à obrigatoriedade da autoridade julgadora monocrática de enfrentar o mérito trazido a seu conhecimento em sede impugnatória, mesmo que de idêntico teor ao colocado no Judiciário:

Na questão atinente à alegação de incompetência dos fiscais para constituírem créditos tributários de empresas não jurisdicionadas pela unidade de sua lotação, sequer pode ser objeto de conhecimento por este Colegiado. Ocorre que, pela redação do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, matéria não expressamente contestada pelo impugnante considera-se não impugnada. Assim, descabida alegação em sede recursal que inove em relação ao deduzido na instância *a quo*. Obviamente, em relação àquelas matérias que já poderiam ser então articuladas, sob pena de supressão de instância. Nada obstante precluso seu direito, a título de ilustração cabe o registro de que tal entendimento nunca teve guarida. E, para que sequer pudesse tal questão ser esboçada, o legislador, através da Lei nº 8.748/93, assim redigiu os parágrafos 2º e 3º, do art. 9º, do Decreto nº 70.235/72, regulamentador do processo administrativo fiscal:

“§ 2º. Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º. serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa do domicílio tributário do sujeito passivo.”

*“§ 3º. A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, **previne a jurisdição e prorroga a competência que dela primeiro conhecer.**” (grifei)*

A segunda preliminar suscitada também não procede. Não há dúvida que o lançamento pode e deve ser feito enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão judicial, justamente para resguardar os interesses do Erário, uma vez que ao final, como *in casu*, venha a contribuinte sucumbir em seu pleito judicial. Não há dúvida, de igual sorte, que a exigibilidade será suspensa se assim necessário para compatibilizar-se com a decisão judicial. Todavia, como já remansoso nesta Câmara, a matéria objeto do pedido judicial não pode ser apreciada em processo administrativo fiscal.

Suscitado o Poder Judiciário para solução do litígio, fica prejudicada a competência dos órgãos julgadores administrativos para examinar a mesma controvérsia. Isto porque as decisões emanadas do Poder Judiciário detêm a competência jurisdicional



Processo : 10935.001600/93-52
Acórdão : 201-72.674

excludente daquelas proferidas na via Administrativa face à supremacia do Poder Judiciário perante às decisões administrativas, uma vez que estas últimas não fazem coisa julgada, e, portanto, não sendo terminativas não impedem seja a questão reaberta à discussão perante o Judiciário.

Destarte; a interpretação ao termo renúncia ou desistência da via administrativa, como posto pela autoridade julgadora monocrática nos termos da legislação que cita, deve ser a de excluir a competência cognitiva da instância administrativa sobre matéria idêntica posta ao conhecimento do Poder Judiciário, quer antes ou após o lançamento. Isso frente aos efeitos da coisa julgada das decisões judiciais, ao contrário das administrativas que não impedem que a controvérsia seja reaberta no Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV).

Porém, pode e deve a autoridade julgadora administrativa, de ofício ou provocadamente, espancar o lançamento de qualquer coima de ilegalidade que não se relacione com o mérito demandado judicialmente, como, p. ex.; penalidades moratórias ou qualquer outra que se relacione com o lançamento em si (por exemplo, falta de motivação, enquadramento legal, etc), como efetivado; v.g., quando a autoridade recorrida exclui da exigência os valores objeto de depósito judicial. Assim, não há que falar-se em cerceamento de direito de defesa, e muito menos em nulidade da decisão afrontada.

Carece, também, razão à atuada quando averba que estando abrigada por suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nulo será o lançamento exigindo valor correspondente a matéria objeto da demanda judicial.

Parece-nos que a recorrente confunde lançamento com a exigibilidade do crédito que daquele deflui. Dúvida não há que estando a matéria com exigibilidade suspensa, por efeito de apelação com efeito suspensivo; p. ex., não pode a Fazenda Nacional excutir tal valor. Porém, proibição alguma há para que a Administração efetive o ato administrativo de lançamento. Ao contrário; é dever funcional do agente-fiscal levar a cabo tal ato administrativo, de modo a evitar eventual perda de direito por parte do erário. E, assim, corretamente agiu o Fisco.

Neste sentido; a seguir transcrevo fragmento de meu voto-declaração no Recurso nº 99.367, onde abordo a questão.

“O que está proibido é a exigibilidade do crédito tributário, obstando sua coercibilidade, não sua constituição.

Não há dúvida que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação ex lege. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker¹, nasce com a

¹ BECKER, Alfredo Augusto. “Teoria Geral do Direito Tributário”, 2a. ed., Ed. Saraiva, p. 311/314.



Processo : 10935.001600/93-52

Acórdão : 201-72.674

ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo,

Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação, ainda não é poder exigí-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida (inexiste pretensão).

Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal.

O pedido da recorrente para que o Fisco não lance acarreta a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

O entendimento do Judiciário através do STJ, conforme Aresto² relatado pelo Ministro e mestre Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo, também não coincide com as ponderações da recorrente:

“... O imposto de renda está sujeito ao regime do lançamento por homologação. Nessas condições, a Impetrante pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento ‘ex officio’. Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico (‘solve et repete’, depósito da quantia controvertida, etc.): O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174)” - sublinhamos”.

² Rec. em MS 6096 - RN - 95.41601-8, julgado em 06/12/95, publicado no DJU em 26/02/96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10935.001600/93-52**Acórdão : 201-72.674**

Dessarte, dúvida não há quanto à legalidade da atividade fiscal que constituiu o crédito tributário (o lançamento), podendo, contudo, ser discutida a exigência que dela deflui, desde que, como exaustivamente retro abordado, não se trate da matéria posta ao conhecimento do Poder Judiciário, quer antes, como no caso dos autos, ou após o lançamento.

Por derradeiro, quanto à multa, seria ela indevida se todos os depósitos efetuados pela recorrente correspondessem ao total devido, o que incorre na hipótese. Face a tal, entendo que a imposição da multa é legítima somente na parte não abrangida, obviamente, pelo valor do depósito, posto que houve, na parte faltante, não recolhimento a ensejar a cobrança de multa de ofício, da mesma natureza do lançamento que liquidou a obrigação tributária.

No entanto, a multa aplicada, com fulcro no instituto da retroatividade benigna estatuído no art. 106, II, c, do CTN, deve ser reduzida para 75 % (setenta e cinco por cento), de acordo com o previsto no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, não estando o processo definitivamente julgado.

Diante do exposto, **dou provimento parcial ao presente recurso para o fim de reduzir a multa de ofício para o percentual de setenta e cinco por cento, a incidir sobre a parcela não depositada em juízo (fl. 84), devendo os valores depositados serem imputados para fins de exigibilidade.**

Sala das Sessões, em 27 de abril de 1999

JORGE FREIRE