



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

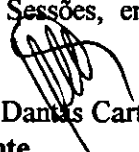
Sessão : 11 de julho de 2001
Recorrente : DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - Lançamento realizado como forma de prevenir a decadência. Não há como cancelar ou anular o auto de infração, uma vez que a constituição do crédito, pelo lançamento, está devidamente formalizado segundo as normas que regem a matéria, e, por outro lado, inexistente qualquer das causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. **Preliminar rejeitada.** **NORMAS PROCESSUAIS - PROCESSO JUDICIAL/ADMINISTRATIVO** - A eleição da via judicial importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. **Recurso não conhecido, quanto à matéria colocada em discussão na esfera judicial.** **COFINS - DEPÓSITO JUDICIAL - JUROS MORATÓRIOS E MULTA** - Incabível a exigência de juros moratórios e a multa incidentes sobre as parcelas do crédito tributário tempestiva e integralmente depositadas em juízo. **Recurso provido em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; II) em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto de ação judicial; e III) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2001


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antonio Augusto Borges Torres, Henrique Pinheiro Torres (Suplente), Mauro Wasilewski, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente) e Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva.

Iao/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10980.013555/99-47

Acórdão : 203-07.490

Recurso : 114.955

Recorrente : DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração, devido à falta de recolhimento de valores não declarados de COFINS, relativa aos períodos de apuração de 01.10.96 a 31.12.96, com a exigência de multa de ofício e juros de mora.

Às folhas 32/33, na descrição dos fatos, consta que:

1. em outubro de 1996, a contribuinte impetrou Mandado de Segurança (Processo nº 96.0016702-8) objetivando excluir da base de cálculo da COFINS o valor do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS);
2. a liminar foi indeferida e a segurança denegada;
3. a contribuinte apelou, e, no momento, o processo encontra-se no Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região aguardando julgamento da apelação;
4. os valores da diferença da COFINS devida relativa ao ICMS foram depositados judicialmente;
5. o presente auto de infração foi lavrado para evitar a extinção do crédito pela decadência; e
6. o crédito decorrente da autuação encontra-se com a exigibilidade suspensa.

Tempestivamente, em 13.09.1999, a interessada, por intermédio de procurador legalmente habilitado, interpôs as Impugnações de fls. 36/40, 45/70 e 87/112, instruídas com os Documentos de fls. 75/85 e 117/130. A primeira impugnação foi protocolizada na Delegacia da Receita Federal (DRF) em Osasco/SP, a segunda na DRF em Curitiba/PR e a terceira enviada, por via postal, à DRF em Osasco/SP.

A primeira impugnação refere-se a um auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica lavrado e cientificado em 12.08.1999.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

As segunda e terceira impugnações versam sobre a COFINS e têm o mesmo teor, que é sintetizado a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade do auto de infração e alega a inexigibilidade da multa e dos juros de mora.

Argúi a nulidade, sob o pretexto de falta de lógica na autuação relativa a valores que depositou judicialmente. Destaca a falta de justificativa na autuação, pois, em face da existência dos depósitos, não há que se prevenir a prescrição ou decadência.

Quanto à multa e aos juros, apoia-se na determinação do art. 151, II, do CTN, que dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito depositado integralmente. Ressalta que, se forem exigidos a multa e os juros, o referido dispositivo legal deixa de ter razão de existir. Transcreve jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes para corroborar sua tese.

Entrando nas questões de mérito, contesta a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, argumentando que, por faturamento, sobre o qual incide a COFINS, deve-se entender aquela receita que, embora sujeita a abatimentos, passa a integrar o patrimônio da empresa e, desse modo, os impostos, como o ICMS e o IPI, não integram a sua receita e, por consequência, a base de cálculo da COFINS.

Afirma que, nos termos do § 4º do art. 14 da Lei nº 8.541/1992, os impostos não-cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante, dentre eles o ICMS, e o do qual o vendedor do bem ou prestador dos serviços seja mero depositário, não se incluem na receita bruta.

Argumenta que, pelos princípios constitucionais da garantia ao direito de propriedade, da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco e da capacidade contributiva, não podem as exigências da COFINS e da Contribuição ao PIS incidirem sobre o ICMS, que não representa riqueza da empresa.

Acrescenta que a própria administração pública já admitiu, na Instrução Normativa SRF nº 51/1978, que os tributos indiretos não podem integrar a receita bruta para fins de exigências de outros tributos.

Conclui que, se mantida a exigência da COFINS com ICMS incluso nas respectivas bases de cálculo, haverá ofensa direta ao art. 195, I, da Constituição Federal (CF) de 1988, pois o ICMS não faz parte do faturamento ou receita bruta.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

Quanto aos juros de mora, alega que a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) é ilegal e não se presta à utilização como equivalente aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, seja porque carente de legislação que institua (contrariando, assim, o disposto no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN), ou porque os valores acumulados de tal taxa em nada coadunam com o dispositivo constitucional (art. 192, § 3º), ou seja, ainda porque sua natureza é de juros remuneratórios e não moratórios, contrariando, uma vez mais, o dispositivo da lei complementar (CTN), norma de hierarquia superior à que traz a Taxa SELIC como aplicável aos débitos de natureza fiscal (lei ordinária).

Ainda com relação à Taxa SELIC, a interessada argúi a inconstitucionalidade e a violação do art. 105 do CTN, na medida em que sua exigência, com base na Medida Provisória nº 1.542/1996, arts. 29 e 30, retroagiu a fatos geradores ocorridos antes de 31/12/1994.

Complementa contestando a eficácia das reedições das medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de 30 dias fixado pelo art. 62 da Constituição Federal (CF) de 1988, concluindo que a Medida Provisória nº 1.542/1996 e todas suas reedições perderam eficácia desde suas edições.

A autoridade singular, através da Decisão DRJ/CTA nº 992, de 25/11/1999, manifestou-se pela procedência do lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/10/1996 a 31/12/1996

Ementa: NULIDADE. ATIVIDADE DE LANÇAMENTO.

Sendo a atividade de lançamento plenamente vinculada, fazendo-se obrigatória sempre que presentes os pressupostos legais, não cabe a arguição de nulidade sob o pretexto de falta de justificativa ou lógica subjetivas.

AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. EFEITOS.

A interposição de ação judicial por qualquer modalidade implica a renúncia da discussão da matéria em esfera administrativa.

LANÇAMENTO PROCEDENTE”.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

Consta das razões de decidir pela autoridade singular que:

"Quanto à questão preliminar em que a impugnante alega a inexigibilidade de multa e de juros em face do depósito do montante integral, percebe-se novamente que a contendora faz inferências além daquelas que a norma permite.

Uma vez assentado que o lançamento é cabível e obrigatório, impõe-se a aplicação de multa de ofício e de juros de mora, segundo determina a lei. Não há norma legal que possibilite a constituição de crédito de contribuições cujo depósito se deu em montante integral sem que lhe sejam incluídos todos seus componentes (principal, multa e juros).

Na hipótese de conversão em renda da União, os depósitos judiciais são considerados como pagamentos à vista na data em que efetuados, nos termos do item 23, nota 5, da Norma de Execução/CSAR/CST/CSF N.º 002/1992. Significa dizer que, quando da conversão em renda, sobre os valores depositados, se efetuados dentro dos prazos de recolhimento da contribuição contestada, não haverá a incidência de quaisquer acréscimos de multa ou juros.

O que não se pode é pretender que a constituição do crédito se dê de forma anômala só pelo fato de haver depósitos judiciais, vez que foi apurada a falta de recolhimento e o crédito ainda pende de condição para a efetiva extinção. O depósito em montante integral apenas suspende a exigibilidade do crédito (art. 151, II, do CTN), ao passo que a situação eleita pelo CTN para a extinção do crédito é a conversão em renda da União (art. 156, VI). Enquanto não satisfeita a condição que subordina a extinção do crédito – conversão em renda – não se pode esperar que ele deixe de conter seus elementos previstos em lei.

Desse modo, não se acolhe a preliminar que questiona o lançamento de multa de ofício e juros de mora."

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso, onde discorre sobre a inaplicabilidade do depósito recursal, em razão de possuir depósito judicial. No mais, reitera os argumentos expostos na impugnação. Requer que, por ocasião do julgamento do recurso, seja intimado o subscritor desta para fins de sustentação oral.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Presentes os pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, passo ao exame das razões meritórias.

Primeiramente, quanto ao pedido efetuado pelo advogado, patrono da ação, para que seja notificado do julgamento, para fins de sustentação oral, é que entendo que, com a publicação do edital no Diário Oficial da União, suprida está qualquer citação pessoal.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração lavrado para prevenir a decadência sobre parte de valores da COFINS não declarados no período de outubro a dezembro de 1996. Consta dos autos que a contribuinte impetrou Mandado de Segurança objetivando excluir o valor do ICMS da base de cálculo da COFINS.

A matéria posta à discussão diz respeito às seguintes matérias: da nulidade do lançamento; da renúncia administrativa; e da exigibilidade dos juros e da multa de ofício. Passo à discussão das matérias.

Nulidade do lançamento.

A priori, entendo que não há como cancelar ou anular o auto de infração, uma vez que a constituição do crédito pelo lançamento foi devidamente formalizado segundo as normas que regem a matéria e, por outro lado, inexistente qualquer das causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. No mais, verifica-se que o lançamento foi realizado como forma de prevenir a decadência e, desta forma, com absoluta observância aos princípios norteadores do direito administrativo, razão pela qual voto no sentido de rejeitar a nulidade argüida.

Renúncia administrativa.

A presente discussão não envolve a legalidade e constitucionalidade da inclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, matéria discutida nos autos do MS nº 97.04.50130-7. Entendo que, uma vez proposta a ação judicial, não pode o julgador manifestar-se acerca do recurso interposto pelo contribuinte na matéria idêntica, vez que a questão já está sendo examinada pelo Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos atos administrativos. 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. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

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 recorrer, antes, às instâncias administrativas para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda possui, ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando, basicamente, evitar o posterior ingresso em juízo.¹

E, nesse sentido, como bem citado pela autoridade singular, o Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, através do Ato Declaratório (normativo) nº 03, de 14.02.96, declara que “a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual -, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto”.

E mais, o Judiciário, através do STJ, em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

“Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido.” (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5.”

Portanto, concluo, que a opção da Recorrente em submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário, antes de buscar a solução na esfera administrativa, tornou inócua qualquer discussão posterior da mesma matéria no âmbito administrativo, acarretando renúncia tácita do

¹esse entendimento foi muito bem defendido na Declaração de Voto do ilustre Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima nos Acórdãos de nºs 202-09.261; 202-09.262; e 202-09.533, cujas razões de decidir adotei e transcrevi em parte.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

direito de ver apreciada, administrativamente, a impugnação da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, matéria discutida nos autos do MS nº 97.04.50130-7.

Juros e multa.

Conforme relatado, a contribuinte depositou judicialmente o valor da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, relativa ao período de apuração de outubro a dezembro de 1996, conforme guias de depósito à ordem da Justiça Federal (fls. 24/26).

Quanto aos depósitos e conseqüente exigência dos juros e da multa, nos fundamentos da decisão recorrida, a autoridade monocrática enfrenta esta matéria sem contestar a efetivação dos depósitos. No entanto, pela verificação das Guias de depósitos de fls. 24 a 26, nota-se que os valores depositados conferem com os valores exigidos no demonstrativo de Apuração da Contribuição Social de fls. 28, levando à conclusão de que os mesmos liquidam o débito. Assim como a contribuinte, entendo incabível a exigência de juros moratórios e multa incidentes sobre as parcelas do crédito tributário tempestiva e integralmente depositadas em juízo.

Se não há dúvida quanto à existência do depósito judicial no valor da contribuição lançada no auto de infração, a exigência de juros de mora fere o disposto no *caput* do artigo 83 do Decreto nº 93.872/86 ("Dispõe sobre a Unificação dos Recursos de Caixa do Tesouro Nacional, Atualiza e Consolida a Legislação Pertinente, e dá outras Providências"), a saber:

"Art. 83 – Será também feito na Caixa Econômica Federal, voluntariamente pelo contribuinte, depósito em dinheiro para se eximir da incidência de juros e outros acréscimos legais no processo administrativo fiscal de determinação e exigência de créditos tributários.

Parágrafo único. O depósito de que trata este artigo, de valor atualizado do litígio, nele incluídos a multa e os juros de mora devidos nos termos da legislação específica, será feito à ordem da Secretaria da Receita Federal, podendo ser convertido em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito, à ordem do Juízo competente". (Os grifos não são do original).

Quanto à penalidade (multa de ofício), também entendo incabível a sua aplicação, haja vista que o depósito em juízo, mesmo que ainda não convertido em renda da União, já garante ao Tesouro Nacional o valor principal objeto da lide, com todos os acréscimos legais devidos na data da efetivação do depósito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10980.013555/99-47
Acórdão : 203-07.490
Recurso : 114.955

Ademais, quando depositado integralmente e com guarda do prazo legal, nem sequer retardamento no cumprimento da obrigação tributária principal está configurada, pois o já transcrito artigo 83 do Decreto nº 93.872/86 exime, também, da incidência da multa de mora tais valores, razão pela qual, da mesma forma, entendo inaplicável a penalidade prevista no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.218/91 e alterações posteriores.

Portanto, diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, não conheço da matéria posta em discussão na esfera judicial e dou provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento a exigência dos juros e da multa de ofício.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2001


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ