

| | |
|-----|-----------------------|
| 2.º | PUBLICADO NO D. O. U. |
| C | D. 17 / 05 / 19 99 |
| C | Stelutino |
| | Rubrica |



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11073.000261/93-74
Acórdão : 202-10.593

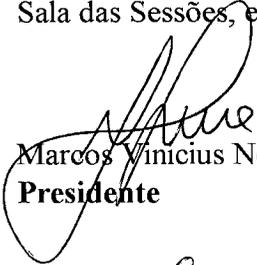
Sessão : 13 de outubro de 1998
Recurso : 102.130
 Recorrente : DISTRIBUIDORA AUTOMOTOR LTDA.
 Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS

NORMAS PROCESSUAIS – AÇÃO JUDICIAL – LANÇAMENTO – A eleição da via judicial anterior ao procedimento fiscal 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 na matéria objeto de ação judicial.** **LANÇAMENTO DE OFÍCIO –** Durante a vigência de medida judicial, o lançamento para constituição do crédito tributário poderá ser efetuado, nos termos do art. 142 do CTN, com todos os acréscimos legais. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: DISTRIBUIDORA AUTOMOTOR LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso quanto à matéria, objeto de Ação Judicial, por renúncia à esfera administrativa; e II) em negar provimento ao recurso, quanto aos demais itens, nos termos do voto da Relatora.**

Sala das Sessões, em 13 de outubro de 1998


 Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


 Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Helvio Escovedo Barcellos, Tarásio Campelo Borges, Oswaldo Tancredo de Oliveira, José de Almeida Coelho e Ricardo Leite Rodrigues.
 Eaal/por/mas



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11073.000261/93-74
Acórdão : 202-10.593

Recurso : 102.203
Recorrente : DISTRIBUIDORA AUTOMOTOR LTDA.

RELATÓRIO

Contra a Contribuinte, nos autos qualificada, foi lavrado auto de infração, com fundamento nos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, tendo em vista a falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, pertinente ao período de apuração 04/92 a 12/92.

Inconformada, a Contribuinte apresentou Impugnação de fls. 10/27 e os Documentos de fls. 28/50, alegando, em síntese, que:

- suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional, em virtude de ajuizamento de ação judicial precedida de depósitos judiciais, objetivando ver declarada a inexistência de relação jurídica que autorizasse a Fazenda Nacional cobrar a COFINS;
- nulidade do Auto de Infração, em face dos depósitos judiciais em Mandado de Segurança, em seu montante integral;
- inconstitucionalidade da COFINS, pelos fundamentos que leio em sessão (fls. 13/21);
- o ICMS não faz parte do faturamento, não podendo ser incluído na base de cálculo da COFINS, pois a empresa é mera arrecadadora do tributo estadual;
- a atualização monetária calculada de acordo com a variação da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), no ano de 1992, é inconstitucional em face do princípio jurídico-tributário da anterioridade (data de circulação do Diário Oficial da União);
- por último (fls. 27), impugna todos os valores lançados no Auto de Infração, protestando pela apresentação de demonstrativos e documentos que possam comprovar a inexatidão dos dados trazidos pelo órgão fiscalizador.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11073.000261/93-74
Acórdão : 202-10.593

A autoridade singular, através da Decisão DRF/STM n.º SA/01/0059/97, de 09/01/97, manifestou-se pela procedência em parte da exigência, conforme ementa a seguir transcrita:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Inconstitucionalidade:

A instância administrativa é incompetente para discutir o mérito ou a legitimidade dos atos legais, cumprindo-lhe apenas zelar pela sua correta aplicação, por tratar-se de procedimento que transborda os limites de sua competência.

Incidência da UFIR:

Legítima e legal a incidência da UFIR sobre os débitos tributários vencidos e não pagos.

Lançamento de ofício:

Durante a vigência de medida judicial, o lançamento para constituição do crédito tributário poderá ser efetuado, na conformidade do art. 142 do CTN, suspendendo-se, contudo, a sua cobrança.

Ação Judicial:

O apelo ao Poder Judiciário importa em desistência do recurso à via administrativa, ficando transferida a discussão da matéria para aquele órgão.

Base de cálculo:

Na definição da base de cálculo da COFINS, a lei não autoriza a exclusão do ICMS.

PROCEDENTE EM PARTE A EXIGÊNCIA.”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Colegiado, alegando, em síntese, a não incidência de correção monetária em razão dos depósitos judiciais e, no mais, repete os demais argumentos aduzidos por ocasião da impugnação.

A Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional, em suas contra-razões apresentadas às fls. 70/71, requer seja mantida a decisão recorrida.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11073.000261/93-74
Acórdão : 202-10.593

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Insurge-se a Recorrente contra a Decisão DRF/STM nº SA/01/0059/97, de 09/01/97, proferida pela autoridade singular, no sentido de ser improcedente a alegação de ter ocorrido “renúncia ou desistência da esfera administrativa” pelo fato da impetração da ação judicial, na qual alega, foram depositados os valores integrais, pertinentes ao período de apuração 04/92 a 12/92.

Entendo, assim como a autoridade singular, que mesmo que o auto de infração atacado tivesse sido lavrado após o ingresso em juízo, não poderia, o julgador, manifestar-se acerca da questão, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos.

Da leitura da peça exordial do Mandado de Segurança (fls. 28 a 32), verifica-se que o pretendido pela ora recorrente é, precisamente, o objeto do auto discutido. **No entanto, o crédito tributário constituído pelo lançamento, é que tem sua exigibilidade suspensa até solução do feito judicial.**

Acrescente-se que o não impedimento da realização do lançamento tem sua razão de ser: para que a Fazenda Nacional não fique posteriormente impedida de lançar o imposto, pela superveniência da “decadência”, decorrente da demora prolongada na solução de questão judicial.

No entanto, por outro lado, 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 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).

¹ esse entendimento foi muito bem defendido na Declaração de Voto do Ilustre Conselheiro Marcos Vinícius 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 : 11073.000261/93-74
Acórdão : 202-10.593

E, nesse sentido, o Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, através do Ato Declaratório (normativo) n.º 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”. Ainda, acrescenta, neste caso, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do Código tributário Nacional, procedendo à inscrição em Dívida Ativa, deixando de fazê-lo, tão-somente no caso das hipóteses previstas nos incisos II e IV do artigo 151 do mesmo diploma legal.

Contudo, no presente auto, conforme reconhecido pela autoridade singular, a cobrança deve ser suspensa (fls. 56) tendo em vista o disposto no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, que dispõe: *artigo 151. Suspendem-se a exigibilidade do crédito tributário: II- o depósito do seu montante integral.*”

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 n.º 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 – ementa oficial) (2)

² Não tenho a menor dúvida em acompanhar o Relator, em seu voto, do qual transcrevo o seguinte : “Como ficou visto, os agentes fiscais do Estado efetuaram lançamento fiscal contra a Recorrida, instaurando-se processo contencioso administrativo, o qual já se achava no Conselho de Contribuintes, para julgamento de recurso contra a Fazenda, quando se apercebeu esta de que o contribuinte havia impetrado mandado de segurança visando exonerar-se da obrigação fiscal em tela, razão pela qual o recurso foi considerado prejudicado e o lançamento definitivamente constituído, increvendo-se a dívida ativa e iniciando-se a execução. Na verdade, havia o Recorrido tentado pôr-se a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11073.000261/93-74
Acórdão : 202-10.593

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 em renúncia tácita do direito de ver apreciada, administrativamente, a impugnação do tributo com relação à mesma matéria *sub judice*. Diante destes argumentos, e com fundamento no artigo 38 da Lei n.º 6.830/80, voto no sentido de não conhecer do recurso na matéria objeto da ação judicial, para declarar definitiva a exigência na esfera administrativa, devendo-se, no entanto, aguardar a sentença judicial conclusiva.

No que se refere à matéria, não objeto de discussão na via judicial, é que passo a analisar as questões submetidas a apreciação deste Colegiado. Inicialmente, cabe ressaltar que, na análise do mérito, nas questões pertinentes à inconstitucionalidade, levantadas pela Recorrente, o competente foro para apreciar é o Judiciário, falecendo à autoridade julgadora de instância administrativa discutir e decidir sobre esta matéria. Portanto, afastada, desde já, qualquer ponderação a esse respeito.

Cabe esclarecer que a aplicação da atualização monetária e penalidades no lançamento de ofício não contraria o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional,

salvo da autuação, por meio de mandado de segurança impetrado antes do lançamento, o qual, aliás, foi extinto sem apreciação do mérito. Defendendo-se agora da execução, alega nulidade do título que a embasa ao fundamento de ausência do julgamento de seu recurso. Não tem razão, entretanto. Com efeito, havendo atacado, por mandado de segurança, ainda que preventivo, a legitimidade da exigência fiscal em tela, não havia razão para julgamento de recurso administrativo, do mesmo teor, incidindo a regra do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80, segundo a qual, a impugnação da exigência fiscal em juízo 'importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e em desistência do recurso acaso interposto. Em tais circunstâncias, abrevia-se a ultimação do processo administrativo que mediante a inscrição do debitum, dá ensejo à execução forçada em juízo. Embargada esta, corre o processo em apenso ao da primeira ação, para julgamento simultâneo, em face da conexão, na forma do art. 105 do CPC. Trata-se de medida instituída no prol da celeridade processual, e que, por outro lado, nenhum prejuízo acarreta para o contribuinte devedor. Com efeito, se a decisão judicial lhe for favorável, a execução resultará trancada; e se desfavorável, não terá retardado injustificadamente a realização do crédito fiscal. A circunstância de a exigência fiscal haver sido impugnada antes, ou depois, da autuação, não tem relevância, de vez que, em qualquer hipótese, produzirá a sentença os efeitos descritos. O que não faz sentido é a invalidação do título exequendo pelo único motivo de não haver o contribuinte logrado um pronunciamento sobre o mérito, no julgamento da ação, sabendo-se que poderá obtê-lo por via dos embargos, sem que se possa falar, por isso, em nulidade processual, notadamente cerceamento de defesa. Decidindo em sentido contrário, incidiu o v. acórdão em afronta ao dispositivo legal em referência, razão pela qual, pelo voto deste Relator, dá-se provimento ao recurso.' (Resp 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91). Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – n.º 23/95 – página 422.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 11073.000261/93-74**Acórdão : 202-10.593**

conforme amplamente discutido e pacificado, tanto na esfera administrativa como na judiciária. Portanto, a discriminação dos acréscimos legais, inseridos no Auto de Infração, está em conformidade com a legislação em vigor, já com a alteração da redução da multa de ofício de 100% para 75%, conforme previsão legal do artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96

No que se refere à TRD, por força do disposto no artigo 101 do CTN e no parágrafo 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a mesma só poderia ser cobrada, como juros de mora, a partir do mês de agosto de 1991, quando entrou em vigor a Lei nº 8218/91. Portanto, haveria que ser desconsiderado o uso desta como juros de mora, se tivesse sido exigida no período compreendido entre 04 de fevereiro a 29 de julho de 1991, nos termos da Instrução Normativa SRF nº32, de 09 de abril de 1997. No caso dos autos, o período discutido refere-se tão-somente a abril/92 a dezembro/92 (fls.7) motivo pelo qual, também sob este aspecto, nenhuma razão assiste à Recorrente. Portanto, pelos motivos acima expostos, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 13 de outubro de 1998


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ