



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

205

2.º	PUBLI ADO NO D. O. U.
C	16 / 03 / 19 99
C	Stolentino
	Rubrica

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

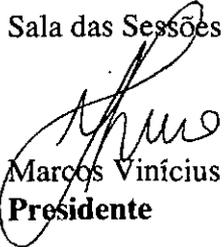
Sessão : 14 de outubro de 1998
Recurso : 107.489
Recorrente : BORTONCELLO INCORPORAÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional - antes ou após o lançamento do crédito tributário - com idêntico objeto, impõe a renúncia, de modo definitivo, às instâncias administrativas de primeiro e segundo graus, determinando o encerramento do processo fiscal na via administrativa, sem apreciação do mérito. **Recurso não conhecido, por opção pela via judicial.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: BORTONCELLO INCORPORAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por ter optado pela via judicial.**

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 1988


Marcos Vinícius Neder de Lima
Presidente


Ricardo Leite Rodrigues
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Oswaldo Tancredo de Oliveira, Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Tarásio Campelo Borges, José de Almeida Coelho, Maria Teresa Martínez López e Helvio Escovedo Barcellos.

cl/mas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

Recurso : 107.489
Recorrente : BORTONCELLO INCORPORAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a epigrafada foi lavrado Auto de Infração, fl.29, e seus anexos, fls. 23/28, por falta de recolhimento da contribuição para financiamento da seguridade social (COFINS).

Por bem descrever os fatos em exame, adoto e transcrevo o relatório da decisão recorrida:

“A interessada acima qualificada impugna (fls.30/45), tempestivamente, o Auto de Infração de fls.28, lavrado em ação fiscal levada a efeito na referida empresa, onde apurou-se, com base em levantamento efetuado na escrita contábil e fiscal da autuada, a falta de recolhimento da COFINS incidente sobre a receita de vendas de mercadorias e serviços, relativamente aos períodos de apuração de março de 1995 a setembro de 1996.

2. A ação fiscal foi decorrente da falta de recolhimentos (DARF's) da Cofins naqueles meses, tendo em vista que a interessada impetrou mandado de segurança, junto à 9ª Vara da Justiça Federal de Porto Alegre, visando eximir-se do pagamento da COFINS. Foi consignada na ação fiscal a circunstância de que houve o depósito no montante integral dos créditos lançamento, estando suspensa a exigibilidade dos mesmos.

3. Em sua impugnação, alega ter o direito de petição e que o órgão administrativo teria obrigação de declarar a inconstitucionalidade das leis e, por estar discutindo judicialmente a legalidade e constitucionalidade da COFINS, tendo efetuado os depósitos judiciais em seu montante integral, sente-se constrangido a tal recolhimento em função da lavratura do referido Auto de Lançamento.”

A Autoridade Monocrática não conheceu da impugnação, e assim ementou sua decisão:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - A liminar em Mandado de Segurança obtida pelo contribuinte ou o depósito judicial em seu montante integral não impede o Fisco de proceder à autuação para a constituição do crédito tributário.

VIA JUDICIAL - A opção pela via judicial importa em renúncia ou desistência da esfera administrativa, naquilo em que o processo no âmbito do judiciário abordar.”

Insurgindo-se contra a decisão de primeira instância, a recorrente apresentou recurso voluntário onde usa dos mesmos argumentos expendidos na petição inicial.

É o relatório.

WA



Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR RICARDO LEITE RODRIGUES

O recurso ora em julgamento aborda matéria idêntica à levada ao Judiciário, segundo a autoridade julgadora de primeira instância, e esta afirmação em momento algum foi contestada pela recorrente.

Por outro lado, no recurso voluntário interposto, usou dos mesmos argumentos apresentados na peça impugnatória

Por concordar com a fundamentação usada pelo juiz singular e como os argumentos usados no recurso voluntários são os mesmos da impugnação, tomo a liberdade de adotar e transcrever a bem elaborada decisão monocrática, *verbis*:

“4. O cerne da peça impugnatória está na pretensão da autuada em entender que sobre as suas receitas operacionais, pela característica da atividade, incorporação imobiliária, não incide a COFINS, **repisando os mesmos argumentos expendidos na ação judicial proposta, Mandado de Segurança nº 95.000187-8.** Em outras palavras, impugna o que já é objeto de ação judicial, tentando trazer para a esfera administrativa tema que já se encontra *sub judice*.

5. O pleito não pode prosperar, pois, nos termos do § 2º do art. 1º do D.L. 1.737/79 e pelo art. 38, § único da Lei nº 6.830/80, a propositura de ação judicial importa em desistência da esfera administrativa, razão pela qual, não é mais possível o julgamento dessas questões no âmbito administrativo.

6. Essa posição, aliás, é pacífica na esfera administrativa, podendo ser evocados os seguintes julgados do Conselho de Contribuintes:

“IPI - O ingresso em juízo, com postulação de cancelamento do crédito tributário objeto do lançamento, importa em renúncia à via administrativa. inexistência de litígio. Recurso não conhecido.” (Ac. 202-01.420, de 09/06/87, 2ª Câmara do 2º CC, DOU 13/11/87)
“AÇÃO JUDICIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - A sua proposição afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa, sobre a matéria objeto da pretensão judicial.” (Ac. 101-74.218, de 12/04/83, 1ª Câmara do 1º CC)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

7. Em parecer, da Procuradoria da Fazenda Nacional, publicado no DOU do 10/07/78, p. 16431, são reproduzidos trechos do entendimento do Procurador-Chefe a época no Distrito Federal, Dr. Virgílio Barros Medeiros Campos, sobre o Ofício antes citado, o qual é bastante elucidativo:

“No meu entender o ilustre Procurador recorrente interpretou mal o conteúdo do Ofício 846, SDF, de 06/11/70, da lavra do culto Subprocurador Geral da Fazenda Nacional CID HERÁCLITO DE QUEIROZ.

Penso que no item 2 do referido expediente ele externou, claramente, a opinião de que a opção pela via judicial implica abandono da via administrativa por parte do contribuinte litigante, salvo quando o recurso judicial visa apenas corrigir procedimentos adjetivos da administração, meramente processuais.

No item 3 diz, tão somente, que a Fazenda não paralisará a sua ação pelo simples ingresso do contribuinte em Juízo para discutir o débito. Ao contrário, deverá levá-la a término, indo até a inscrição e cobrança judicial da dívida. Em momento algum afirma que a administração deve apreciar as razões do contribuinte para, só então, concluir o processo e cobrar a dívida.

Essa conclusão se dará sem apreciação das razões do contribuinte, pelo simples fato do mesmo ter abandonado a via administrativa, conforme está dito no item 2. Nem teria sentido decidir algo que se acha sob tutela do Judiciário, seja pela absoluta ineficácia de tal decisão, seja por simples princípio de economia.

(...)

Constituída a lide perante o Judiciário pela citação válida, torna-se defeso a apreciação da matéria por qualquer outra instância julgadora, por expressa disposição do art. 219 do Código de Processo Civil, de vez que “a coisa se torna litigiosa, induzida a litispendência e prevento o Juízo”. A discussão e a decisão se centralizam no órgão do Poder Judiciário especificamente acionado.” (grifos em negrito meus)

8. O próprio Parecer que contém a citação retrotranscrita, tem conclusões semelhantes, como segue:

“32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias

MN



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

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 renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir da autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo, ou incabível por falta de garantia, ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

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.”

9. Cumpre registrar, ainda, que não se deve fazer distinção, para os efeitos da norma contida no art. 38 § único da Lei nº 6.830/80, se a ação foi proposta, antes ou depois da autuação, assunto aliás que já foi objeto de análise pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão teve a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

RM



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido.” (Recurso Especial nº 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91)

10. Esclarecendo ainda mais a questão, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação editou o Ato Declaratório CST (Normativo) no 3, publicado no D.O.U. de 15 de fevereiro de 1996, a respeito do tratamento a ser dispensado ao processo fiscal que esteja tramitando na fase administrativa quando o contribuinte houver optado também pela via judicial.

11. Em resumo, o referido ato estabelece que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à atuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual interposto. Desta forma, 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, encaminhando o processo para a cobrança do débito e posterior inscrição em dívida ativa, se for o caso, ressalvadas as hipóteses dos incisos II (depósito do montante integral) e IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151 do CTN.

12. E observe-se que, com relação a esta matéria, antes mesmo da edição do referido Ato Declaratório, já era este o entendimento deste órgão julgador e do próprio Conselho de Contribuintes, respaldados que estávamos pelos anteriormente citados § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 1.737/79 e pelo § único do art. 38 da Lei 6.830/80 (execuções fiscais).

13. Quanto ao pseudo constrangimento apregoado, pela lavratura do Auto de Infração, não há o que considerar, pois na “Descrição dos Fatos”, folha de continuação do Auto de Infração (fl.29), o autuante fez constar de forma inequívoca a razão de tal lavratura:

“O contribuinte, neste período, depositou judicialmente os valores devidos em seu montante integral, por esta razão este Auto de Infração tem como objetivo apenas lançar o imposto, para evitar uma possível decadência, devendo sua cobrança ocorrer somente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

quando houver sentença judicial definitiva sobre a matéria em litígio.”

14. Esclareço ao contribuinte que hoje é pacífico o entendimento, tanto a nível de Receita Federal, quanto no âmbito do Judiciário, de que, nos casos em que houver Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do artigo 142 e respectivo parágrafo do CTN, sendo o sujeito passivo regularmente notificado (art. 145 do CTN c/c o art. 7º, inciso I do Decreto 70.235/72), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN).

15. Em linhas gerais, este é o entendimento exposto no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional PGFN/CRJN/1.064/93. De acordo com o referido Parecer, deve ficar bem claro que **“exigibilidade suspensa evidencia cobrança suspensa**, assim entendida a abstenção da atuação da autoridade fiscal no sentido de, observada a legislação aplicável, constranger o contribuinte em débito com o Fisco à ação que vise a elidir a exigência, por meio do pagamento”.

16. Prosseguindo com o entendimento do Parecer acima referido, “sem o lançamento não há crédito tributário. Deflui daí, como o comando objeto do “caput” do art. 151 do CTN é no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário, **resulta que a ação do Fisco é suspensa, ex-vi-legis, após a efetivação do lançamento, que aliás, não pode deixar de ser efetuado, por se tratar de atividade administrativa vinculada e obrigatória** (§ único do art. 142)”.

17. Conforme ensina Alcides Jorge Costa (“Curso de Direito Tributário Brasileiro”, vol. I, 9º tiragem da 4a Ed., fls. 265), após constituído o lançamento, ele somente se modifica ou se extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa nos casos previstos na legislação tributária, fora dos quais não podem ser dispensados a sua efetivação ou as respectivas garantias, sob pena de responsabilidade funcional, na forma da lei.

18. Desta forma, fica evidenciado que o art. 151 do CTN, ao prescrever a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupõe, inequivocamente, prévia verificação do lançamento. Resulta daí, por corolário, que o legislador

PM



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

regulamentar não está ali a impedir que se efetue o lançamento, mesmo porque este, conforme já foi salientado, constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória.

19. Assim sendo, é apenas no concernente ao pagamento do débito apurado que a autoridade fiscal deve abster-se de qualquer exigência em relação ao sujeito passivo.

20. Aliás, a respeito de liminares concedidas no sentido de vedarem à autoridade administrativa efetivar o lançamento do crédito tributário, já decidiu o Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região através do Agravo de Instrumento nº 91.04.03398-1 :

“TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. MEDIDA LIMINAR - No lançamento por homologação, o contribuinte verifica a ocorrência do fato gerador, apura o tributo devido e recolhe o montante correspondente, sem qualquer interferência da Fazenda Pública, cujo prazo para conferir a exatidão desse procedimento inicia na data da antecipação do pagamento (CTN art. 150 § 4º) . A medida liminar que impede o Fisco, ainda no prazo assinado para a constituição do crédito tributário, de revisar essa modalidade de lançamento, desvirtua todo o sistema embutido no Título III do Código Tributário Nacional, que legitima o procedimento fiscal oportunizando ao contribuinte a mais ampla defesa. Agravo provido.”

No voto do Exmo. Sr. Juiz Relator Ari Pargendler, este afirma, “verbis”:

“(…) Na espécie, portanto, a agravada poderia ter corrigido monetariamente as contas de seu balanço pelo índice que lhe aprovesse, independentemente de provimento judicial, desde que se sujeitasse a eventual lançamento “ex officio” por diferenças que o fisco entendesse devidas. Mas ela não quer se ver nessa contingência, e então propôs a presente ação, obtendo liminarmente a sustação do lançamento suplementar. **Até aí não vai o poder cautelar do Juiz.** Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal, subordinado ao contraditório, que não importa dano algum para o contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiam no nosso ordenamento jurídico

PM



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.011820/96-43
Acórdão : 202-10.626

“solve et repete”, depósito da quantia controvertida, etc.). **A imposição nele contida pode ser ilegal, mas a pretexto disso não se deve tolher a constituição do crédito tributário, resultado de um procedimento que a Administração Pública está vinculada por lei (...)**” (grifei)

21. Conforme informação do fiscal autuante, os depósitos judiciais foram efetuados em seu montante integral, estando com sua exigibilidade suspensa.

22. Desta forma, estando o crédito tributário garantido pelo depósito em juízo, forte no disposto no artigo 151, inciso II, do CTN, entendo que não deva ser objeto de cobrança, seja pela hipótese de sentença transitada em julgado desfavorável ao fisco ou, *contrario sensu*, condicionada à efetiva conversão do depósito em renda da União, no caso de sentença favorável ao Fisco, quando então, por decorrência, deverá ser cancelada pela autoridade administrativa, nos termos do artigo 149 do CTN, a correspondente multa de ofício e juros moratórios e extinto o crédito tributário, nos termos do 156, VI, do CTN.”

Pelo acima exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso por ter optado pela via judicial.

Sala das Sessões, em 14 de outubro de 1998


RICARDO LEITE RODRIGUES