



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 12 / 04 / 2004
Rubrica ([assinatura])

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

Recorrente : FIAT AUTOMÓVEIS S/A
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria debatida no âmbito da ação judicial.

LANÇAMENTO DE TRIBUTOS. MEDIDA JUDICIAL. A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

COFINS. DECADÊNCIA. A Lei nº 8.212/91 estabeleceu o prazo de dez anos para a decadência da COFINS. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
FIAT AUTOMÓVEIS S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) pelo voto de qualidade, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, que davam provimento.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa e Luciana Pato Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, Renato Scalco Isquierdo.

Imp/cf



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

Recorrente : FIAT AUTOMÓVEIS S/A

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Lavrou-se contra o contribuinte acima identificado o presente Auto de Infração (fls. 06/11), relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, totalizando um crédito tributário de R\$3.639.723,95, incluindo juros de mora, correspondente ao períodos de 05/1995 e 06/1995 (fl. 07).

A autuação ocorreu para fins de prevenção de decadência, uma vez que os valores apurados - e não recolhidos - não foram declarados em DCTF, mas foram integralmente depositados judicialmente nos autos do processo nº 95.0014791-2, da 1ª Vara da Justiça Federal em Minas Gerais, pelo que a sua exigibilidade encontra-se suspensa, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional – CTN. Consignou-se que o lançamento foi efetuado sem o acréscimo da multa de ofício (fl. 09).

Como enquadramento legal, citaram-se os artigos 1º, 2º, 5º, 7º, 9º, 10 e 13 da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 85, de 1996.

Irresignado, tendo sido cientificado em 05/10/2001 (fl. 06), o autuado apresentou, em 06/11/2001, acompanhadas dos documentos de fls. 66/73, as suas razões de discordância (fls. 47/65), assim resumidas:

Dos fatos

Considerando que a receita correspondente ao ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias não se inclui na base de cálculo da contribuição em foco, por inconstitucional, impetrou, junto à 1ª Vara Federal em Minas Gerais, Mandado de Segurança visando a defender seu direito líquido e certo de pagá-la nesses moldes, feito esse que atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal.

Em junho de 1995, o Juiz Federal autorizou a realização dos depósitos mensais, no valor correspondente às parcelas questionadas. Assim, a quantia incontroversa foi regularmente recolhida aos cofres da União, ao passo que a diferença – objeto da discussão judicial – foi depositada em conta na Caixa Econômica Federal, à disposição do Juízo.



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

Dessa maneira, o valor da contribuição exigida foi inteiramente depositado, conforme se verifica no Auto de Infração e nas guias de depósitos anexas.

Todavia, apesar de reconhecer que sobre os valores depositados não incide a multa de ofício e que o crédito tributário encontra-se com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, II do CTN (depósito do montante integral), a fiscalização exige-lhe os juros de mora.

Do direito

Argúi a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos meses de maio e junho de 1995, citando jurisprudência do Conselho de Contribuintes acerca do assunto, firmando o entendimento de que deve ser observado o prazo quinquenal previsto no § 4º do art. 150 do CTN, uma vez que a contribuição em foco sujeita-se ao regime do lançamento por homologação, razão pela qual operou-se a decadência, devendo, portanto, ser anulado o lançamento.

Observa também que, levando à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o depósito judicial não teria o condão de inibir o Fisco de efetivar em tempo hábil o lançamento, para fins de prevenção de decadência.

Argúi também a impossibilidade de aplicação dos juros de mora, porquanto o crédito tributário encontra-se suspenso, nos termos do inciso II do art. 151 do CTN, que transcreve.

Aduz que não há falar-se em juros moratórios pelo simples fato de não estar em mora. Negar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, in casu, equivale a infirmar não apenas o art. 151 do CTN, mas todo o ordenamento jurídico processual.

Citando doutrina a respeito do disposto no art. 151 do CTN e do conceito de mora, aduz que os encargos moratórios são devidos apenas quando houver atraso ou retardamento da obrigação. Assim, encontrando-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, fica afastada a configuração da mora do devedor da obrigação tributária.

Assim, somente após decisão posterior desfavorável ao contribuinte é que o crédito readquire a condição de exigível e, no caso de depósitos judiciais, a decisão desfavorável ao contribuinte ocasiona a imediata conversão em renda dos valores devidos ao Fisco.

Ressalta que, aparentemente contra a lógica cristalina deste raciocínio, a interpretação do disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, e do art. 161 do CTN, os quais transcreve, capaz de harmonizá-los entre si é aquela que atenta para o fato de que o referido art. 5º diz respeito à existência de débitos já vencidos quando a esses sobrevier a decisão administrativa ou



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

judicial que suspender a sua cobrança, situação que configura a falta do contribuinte, nos termos do citado art. 161.

Transcrevendo as ementas de diversos acórdãos do Conselho de Contribuintes que o amparam em sua pretensão, conduz seu raciocínio no entendimento de que o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, não deve ser interpretado no sentido de que os juros de mora devam ser pagos inclusive em relação ao período de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, porque tal prescrição estaria em desacordo com o citado art. 161 do CTN.

Salienta, por fim, que deve-se observar ainda que os depósitos judiciais efetuados serão convertidos em renda da União Federal, conforme já requerido pela impugnante nos autos do MS nº 95.447003-7, pelo que pleiteia o cancelamento do Auto de Infração, ou, subsidiariamente, a retirada da exigência dos juros de mora.”

A DRJ em Belo Horizonte - MG proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

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

Data do fato gerador: 31/05/1995, 30/06/1995

Ementa: A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social – dentre elas a COFINS – encontra-se fixado em lei.

O depósito do montante integral exige o sujeito passivo, a partir da data em que é efetuado, do ônus da correção monetária e evita a fluência dos juros e multa de mora em que incorreria até a solução do litígio.”

Inconformada, a autuada recorre a este Conselho apenas com relação à arguição de decadência da contribuição, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória.

É o relatório.



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

A peça recursal requer a improcedência do auto de infração, incluindo em suas razões as informações sobre as suas ações judiciais, que, e ainda, alega decadência da COFINS, que, segundo a recorrente, ocorreria com o transcurso do prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador da exação, nos termos do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

DA OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos, que a contribuinte ingressou com ação judicial contra a Fazenda Nacional, ocorrendo idêntico objeto entre a matéria contida no processo judicial e aquela contida nas peças recursais, exceto com referência à decadência da contribuição.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperata, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu *“Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”*, Forense, 1997, ensina:

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário.”



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial.

Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de 1996:

“(…)

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual- antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

(…)

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

(…)

d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

(…)”.

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo. Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:

“(…)

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

juízo de mérito, retornar-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2ª Vol., ed. 1977, nº 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

(...). (grifos do original)

DA DECADÊNCIA.

A este respeito, transcrevo o meu entendimento exarado por ocasião do julgamento do Recurso nº 114.809, de cujo Acórdão retiro excertos, como razões de decidir:

“O instituto da decadência é ligado ao ato administrativo do lançamento e, portanto, faz-se mister tecer alguns comentários sobre esses institutos para, em seguida, concluirmos sobre a questão.

O Código Tributário Nacional - CTN classificou os tipos de lançamento, segundo o grau de participação do contribuinte para a sua realização, nas seguintes modalidades: lançamento por declaração (art.147); lançamento de ofício (art. 149) e lançamento por homologação (art.150).

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o qual é uma modalidade em



Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

que cabe ao contribuinte efetuar os procedimentos de cálculo e de pagamento antecipado do tributo, sem prévia verificação do sujeito ativo. O lançamento se consumará posteriormente através da homologação expressa, pela real confirmação da autoridade lançadora ou pela homologação tácita, quando esta autoridade não se manifestar no prazo de cinco anos contado da ocorrência do fato gerador, conforme previsto no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Embora o Código Tributário Nacional - CTN utilize a expressão "homologação do lançamento", não faz sentido se falar em homologar aquilo que ainda não ocorreu, haja vista que o lançamento só se dará com o ato de homologação. Daí porque, trata-se de homologação da atividade anterior do sujeito passivo, ou seja, trata-se de homologação do pagamento antecipado. Neste sentido é o entendimento de diversos tributaristas do País, entre eles José Souto Maior Borges, em sua obra "Lançamento Tributário, Rio, Forense, 1981, p. 465,466 e 468" e Paulo de Barros Carvalho, em seu trabalho "Lançamento por Homologação - Decadência e Pedido de Restituição, em Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, IOB, n. 3, fev. 1997, p. 72 e 73."

No entanto, o artigo 10 Lei Complementar nº 70, de 31/12/1991, estabelece que o produto da arrecadação da COFINS é componente do Orçamento da Seguridade Social e, por outro lado, a Lei ordinária posterior nº 8.212, de 24.07.91, ao dispor sobre a organização da Seguridade Social, estabeleceu, através do caput do art. 45 e inciso I, um novo prazo de caducidade para o lançamento das respectivas Contribuições Sociais:

"Art. 45 - O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se em 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído."

A Lei nº 8.212/91 entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 25/07/91.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN somente se inicia após transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal, o que resulta no mesmo período de tempo citado."

Acrescente-se, ainda, que, por força da vinculação deste Colegiado às normas legais vigentes, está afastada da sua competência a análise de disposição expressa em Lei, como no caso, *in concreto*.

Rejeito as arguições de decadência suscitadas pela defesa.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13603.001443/2001-60
Recurso nº : 121.124
Acórdão nº : 203-08.879

Diante do exposto, conheço, em parte, do recurso, por opção pela via judicial, e, na parte conhecida, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES