



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 22/03/1999
C	<i>Stolentino</i>
C	Rubrica

Processo : 13656.000230/96-21

Acórdão : 203-03.986

Sessão : 17 de março de 1998

Recurso : 104.570

Recorrente : TOGNI S/A MATERIAIS REFRAATÓRIOS

Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

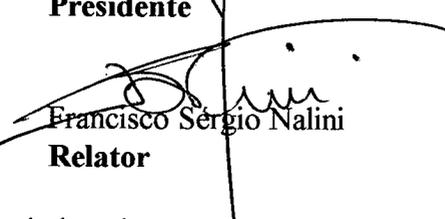
NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional - antes ou após o lançamento do crédito tributário - com idêntico objeto, impõe a renúncia, de modo definitivo, às instâncias administrativas de primeiro e segundo graus, determinando o encerramento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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: TOGNI S/A MATERIAIS REFRAATÓRIOS.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por falta de objeto por opção pela via judicial.**

Sala das Sessões, em 17 de março de 1998


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Francisco Sérgio Nalini
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Francisco Maurício R. de Albuquerque, Daniel Corrêa Homem de Carvalho, Henrique Pinheiro Torres (Suplente), Sebastião Borges Taquary, Mauro Wasilewski e Renato Scalco Isquierdo.

sass/CF



Processo : 13656.000230/96-21
Acórdão : 203-03.986

Recurso : 104.570
Recorrente : TOGNI S/A MATERIAIS REFRAATÓRIOS

RELATÓRIO

Por entender esclarecedor, adoto e transcrevo o relatório contido na Decisão nº 1.748/97 de fls. 57 e seguintes:

“Contra TOGNI S/A MATERIAIS REFRAATÓRIOS, CGC 23.637.093/0004-08, já qualificada nos autos, foi lavrado, em 12/11/96, o Auto de Infração de fls. 01/04, acusando os valores, referentes à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, de **56.898,98 UFIR**, para os fatos geradores ocorridos até 31/12/94, e **R\$ 44.524,98**, para os posteriores a 01/01/95, **acrescidos de Multa de Ofício** de mesmos valores, passíveis de redução, e de **Juros de Mora** equivalentes a **20.390,35 UFIR e R\$ 16.421,42**, respectivamente, calculados até 31/10/96. O crédito tributário total lançado, assim, perfaz as montas de **134.187,11 UFIR e R\$ 105.471,38**.

Conforme descrição dos fatos de fls. 3, é relatado que a empresa calculou e depositou a COFINS sobre uma base de cálculo inferior àquela encontrada nos seus livros fiscais, sendo este fato atribuído, basicamente, à exclusão do ICMS incidente sobre as vendas.

Em face do exposto, os depósitos efetuados na ação de Mandado de Segurança nº 92.7009-4 foram insuficientes para cobrir todo o crédito tributário apurado, de acordo com o demonstrativo de imputação de fls. 14/23.

Viu-se a fiscalização, então, impelida a proceder o desmembramento da base de cálculo da contribuição em duas partes: **a primeira, tratada no presente lançamento e coberta pelos depósitos cuja exigibilidade está vinculada ao precitado processo de Mandado de Segurança;** e, a outra, exigível, já que não amparada por nenhum dos itens previstos no art. 151 do CTN, sendo ambas as parcelas discriminadas no quadro demonstrativo de fls. 09/10.

Vem a autuada, por intermédio de procurador habilitado (documento de fls. 43), apresentar tempestiva peça impugnatória de fls. 39/42,



Processo : 13656.000230/96-21

Acórdão : 203-03.986

consoante o disposto no art. 151, II, do CTN, e havido a contribuinte efetuado regularmente o depósito judicial da Contribuição da COFINS, a lavratura do Auto de Infração é despicienda; e, a cominação de multa, ilegal, já que não ocorreu mora no recolhimento do tributo”.

A autoridade singular não acolheu os argumentos da recorrente com as seguintes razões apresentadas na ementa:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Constituição - É competência privativa da autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, mesmo quando a contribuinte, em face de ação de mandado de segurança, tenha promovido o depósito de seu montante.

**LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA
APLICAÇÃO**

Penalidade - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Lançamento procedente em parte”.

Às fls. 66/69, a Recorrente intenta o Recurso Voluntário onde reedita o contido na impugnação e acrescenta razões sobre a suspensão da exigibilidade do crédito face aos depósitos efetuados e, por consequência, a extinção das penalidades (multa e juros).

É o relatório.



Processo : 13656.000230/96-21
Acórdão : 203-03.986

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR FRANCISCO SÉRGIO NALINI

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Analisando o processo em questão verifica-se que a recorrente, paralelamente à sua defesa administrativa, defende-se também na esfera judicial.

A Lei n.º 6.830/80, em seu artigo 38, § único, estabelece que as ações ordinárias, ao serem propostas pela contribuinte junto ao Poder Judiciário, implicam na renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa, com o objetivo de evitar discussão paralela da mesma matéria nas duas instâncias.

Por entender bastante elucidativo, adoto e transcrevo o voto do Recurso n.º 99.522, Acórdão n.º 203-03.021, do ilustre Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, que também é o Presidente desta Colenda Câmara:

“O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

O presente litígio circunscreve-se ao fato de a recorrente ter sido autuada por falta de recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, relativo aos períodos de apuração compreendidos entre 03.12.94 a 03.09.95, excluído o período de 02.04.95.

Ao impugnar o auto de infração, alega a recorrente que suspendeu o recolhimento do imposto, em função de ter ajuizado, através de seus advogados, perante a 2ª Vara da Justiça Federal em São Paulo - SP, contra a União Federal, Ação Ordinária Condenatória, registrada sob o nº 75.0001744-0, na qual pede que “... seja declarada a inexistência da relação jurídica entre a Autora e a Ré, ... uma vez que a instituição e cobrança do IPI nos termos dos arts. 2º, 3º, 4º, 13, 14 da Lei nº 4.502/64, dos arts. 7º e 15 da Lei nº 7.798/89, assim como dos arts. 52 e 53 da Lei nº 8.383/91 e dos arts. 1º e 2º da Medida Provisória nº 406/93, é inconstitucional”, e pede ainda que “condene a Ré a não autuar a Autora, por esta deixar de recolher o IPI referente aos meses de dezembro/94 a dezembro/95, tendo em vista ser inconstitucional sua exigência”.

O ajuizamento à citada ação data de 17.01.95 (Doc. de fls. 125/145), e o Auto de Infração foi lavrado em 18.10.95 (Doc. de fls. 01/02).



Processo : 13656.000230/96-21
Acórdão : 203-03.986

A decisão de primeiro grau conheceu do recurso, porém, não apreciou o mérito, aduzindo que a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, que tenha o mesmo objeto de processo administrativo, já em curso, importa a renúncia à instância administrativa ou à desistência do recurso interposto, de acordo com o disposto no parágrafo 2º, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.737/79 e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, conforme diretriz estabelecida no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14.12.96.

Por conseguinte, a primeira questão a ser enfrentada, em caráter preliminar, é exatamente esta: a propositura pela contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial - por qualquer mobilidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou à desistência de eventual recurso interposto?

Neste Colegiado, sedimentou-se pacífica e firme jurisprudência no sentido de que a opção pela via judicial, por parte da contribuinte litigante, implica abandono ou desistência da via administrativa em qualquer de suas instâncias, salvo nas hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor integral do débito, nos termos do art. 38 e de seu parágrafo único da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

Para melhor ordenar a análise da matéria, convém, inicialmente, assinalar que o contencioso tributário desenvolve-se em dois planos distintos: na via administrativa e na via judicial.

O contencioso administrativo tem início com a impugnação. A partir dela desenvolve-se o Processo Administrativo Fiscal que culminará com a



Processo : 13656.000230/96-21
Acórdão : 203-03.986

decisão de primeira instância, a qual pode ser objeto de recurso voluntário, que por seu turno se esgota com o julgamento na instância superior. Se, por acaso, o contribuinte, por qualquer motivo, não paga a dívida, esta é enviada à PFN para inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública para execução fiscal.

A execução fiscal, por parte da Fazenda Pública, dá início à via judicial.

O contribuinte, na qualidade de executado, pode discutir judicialmente a dívida através de embargos à execução, após prestar garantia suficiente ao pagamento da dívida.

Normalmente, o contencioso tributário desenvolve-se, em regra geral, na forma seqüencial acima descrita dentro dos limites do ordenamento legal vigente.

Ocorre, entretanto, que, pela sistemática constitucional, o Ato Administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este, em relação ao Poder Administrativo, instância superior e autônoma. Superior significa que o Poder Judiciário pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. E autônoma significa que a parte, no caso, o sujeito passivo, não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas para então ingressar em Juízo, podendo fazê-lo diretamente em qualquer fase processual.

Todavia, o exercício desta faculdade produz um efeito processual capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, “importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto” (parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.630/80).

Destarte, desde que o contribuinte litigante ingresse em Juízo - via judicial - tendo como objeto da ação intentada a mesma matéria contida no Processo Administrativo Fiscal - essa opção pela via superior e autônoma, ou seja, pela via judicial, importa a desistência de a parte continuar a litigar no Processo Administrativo Fiscal ou à desistência de recurso porventura interposto.

A Constituição Federal elegeu o princípio do controle da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em norma constitucional. Este princípio tem como corolário a regra da prevalência que consiste na absoluta



Processo : 13656.000230/96-21
Acórdão : 203-03.986

supremacia das decisões judiciais sobre aquelas prolatadas pelas autoridades administrativas. A regra da prevalência veda o uso simultâneo, pelo sujeito passivo da obrigação, de procedimentos paralelos com objeto e finalidade idênticos, cujos efeitos finais revelar-se-ão inexoravelmente redundantes ou antagônicos. Por isso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o Processo Administrativo Fiscal em definitivo, em qualquer fase.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição legal inscrita no parágrafo único, do art. 38 da Lei nº 6.830/80, que consagrou de forma plena a regra da prevalência derivada do princípio do controle da legalidade.

Não importa que o lançamento ocorra antes ou depois do ajuizamento da ação, porquanto nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência ou eventualmente ordem judicial expedida em mandado de segurança determinando que a autoridade fiscal se abstenha de lançar o crédito. Em contrapartida, a legislação pertinente estabeleceu regras claras sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado. O lançamento do crédito e sua exigibilidade são matérias distintas e inconfundíveis, e receberam o tratamento legal apropriado.

À autoridade de primeira instância diante do efeito da renúncia - por presunção legal -, cabe encerrar o processo fiscal e encaminhá-lo para inscrição na Dívida Ativa.

Por outro lado, se por acaso o processo administrativo encontra-se em grau de recurso, cabe ao julgador de segunda instância não conhecer do recurso por falta de objeto.

Em ambas as hipóteses, o lançamento fica definitivamente constituído na esfera administrativa, e o litígio se transfere por inteiro para a órbita do Poder Judiciário.

Por conseguinte, conclui-se que a opção pela via judicial, por qualquer modalidade processual, ressalvadas as hipóteses legais previstas, encerra o Processo Administrativo Fiscal, ficando o lançamento do crédito definitivamente constituído, devendo ser remetido para inscrição em dívida ativa e emissão do respectivo título executório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13656.000230/96-21
Acórdão : 203-03.986

Diante do exposto, voto no sentido de não tomar conhecimento do presente recurso por falta de objeto.”

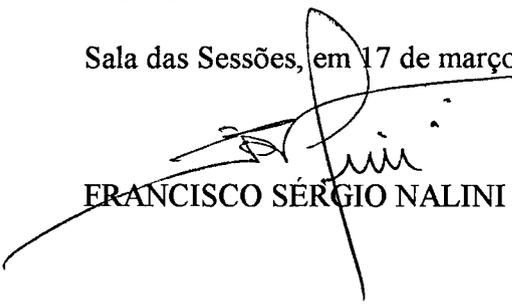
Registro que este Conselho tem também vasta jurisprudência nesse sentido.

Faz-se também necessário observar que a constituição do crédito tributário ocorreu exclusivamente para ajustar a base de cálculo e evitar decadência e que, em caso de transformação em renda, apenas a parte não depositada viria a ser cobrada com os acréscimos legais.

De qualquer forma, tendo em vista que qualquer decisão que viesse a ser tomada por este Colegiado em nada alterará a sentença quando do termo final da ação judicial em curso, entendo não se deva conhecer do presente recurso, por falta de objeto.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 17 de março de 1998


FRANCISCO SÉRGIO NALINI