



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13738.000442/95-27

Acórdão : 202-12.678

Sessão : 23 de janeiro de 2001

Recurso : 109.451

Recorrente : ERTLH IRMÃO CIA. LTDA.

Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

**NORMAS PROCESSUAIS – OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL – NULIDADE**

- Anula-se a decisão que deixou de apreciar o mérito ao argumento de que houve renúncia à esfera administrativa, quando a matéria levada a discussão ante o Poder Judiciário não é a mesma que foi objeto do lançamento em sua totalidade. **Processo que se anula, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: ERTLH IRMÃO CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Sala das Sessões, em 23 de janeiro de 2001

Marcos Vinícius Neder de Lima  
**Presidente**

Adolfo Montelo  
**Relator**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Ana Neyle Olimpio Holanda, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Alexandre Magno Rodrigues Alves, Luiz Roberto Domingo e Maria Teresa Martinez López.

Imp/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 13738.000442/95-27

Acórdão : 202-12.678

Recurso : 109.451

Recorrente : ERTHAL IRMÃO CIA. LTDA.

## RELATÓRIO

Contra a contribuinte nos autos qualificada, cuja atividade principal é o ramo de supermercado, varejista e atacadista, foi lavrado auto de infração, exigindo-lhe o recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de 31/12/92 a 31/12/94, como se verifica de fls. 01/22, no valor de 238.530,28 UFIR, acrescido de 34.062,27 UFIR de juros de mora e 238.530,28 UFIR a título de multa proporcional.

Na descrição dos fatos, o autuante diz que a autuada deixou de recolher ou recolheu com insuficiência a COFINS, em razão de sentença proferida na Justiça Federal através dos Processos nºs 91.014819-0 e 94.004.0113-8, nos quais o Juízo lhe concedeu o direito de compensar valores que afirma ter recolhido a maior, referentes ao FINSOCIAL, PIS e correção monetária. Fica, no entanto, ressalvado o direito de a Fazenda Nacional, na forma do artigo 883 e parágrafo do RIR/94, aprovado pelo Decreto nº 1041/94, reclamar diferenças que venham a ser apuradas. Que fica suspensa a exigibilidade do crédito, na forma do artigo 151 do CTN.

Inconformada a contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 74/97, onde alega, em resumo, o que segue:

- a) nulidade do lançamento, porque o auto de infração não foi lavrado no local de verificação da falta e sim na repartição;
- b) que pagou tempestivamente a exação denominada FINSOCIAL, mas, com a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dos aumentos de alíquotas referentes à Contribuição para o FINSOCIAL, que excederam a 0,5%, houve pagamentos a maior, gerando crédito e o direito inequívoco à devolução do respectivo indébito, que deverá corresponder à diferença entre o que foi pago à época com base em alíquota constitucional;
- c) argumenta sobre a constitucionalidade da exigência da TRD e da UFIR sobre o FINSOCIAL de 1991; ofensa ao direito adquirido; irretroatividade da lei tributária; e



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 13738.000442/95-27

Acórdão : 202-12.678

d) termina pedindo: a) que todas as questões suscitadas sejam decididas; b) que seja julgado insubstancial e cancelado o auto de Infração; c) que seja suspensa a exigibilidade dos créditos tributários descritos nas folhas 16 e 17 do auto de infração, em razão da sentença favorável nos Processos nºs 91.001.4819-0 e 94.004.0113-8 (2ª. Vara Federal - Niterói - RJ), que autorizou a compensação dos valores recolhidos a maior, referentes ao FINSOCIAL, com contribuições da mesma espécie, conforme o previsto no artigo 66 da Lei nº 8.383/91; d) requer a compensação da COFINS, com os créditos recolhidos a maior referentes ao FINSOCIAL; e e) protesta pela apresentação de outras provas, inclusive a pericial.

A autoridade singular, através do Despacho de fls. 135/136, manifestou-se dizendo que:

a) segundo a afirmação da contribuinte sobre a existência das ações judiciais em curso, como comprovado pela cópia da petição inicial da Ação Declaratória de fls. 112/116 e da inicial do Mandado de Segurança de fls. 44/45, verifica-se que o tema das ações judiciais e do procedimento administrativo versa sobre o mesmo objeto;

b) nestas condições, a apreciação da peça impugnatória fica prejudicada, em face do disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79, combinado com o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830/80 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14/02/96. Nos termos da legislação citada, a propositura - por qualquer que seja a modalidade processual - de ação contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, **com o mesmo objeto**, importa, por parte da contribuinte, em renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa;

c) deixou de conhecer da impugnação e declarou definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito tributário lançado;

d) a multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados, se comprovados depósitos de montante integral da contribuição antes do início da ação fiscal; e

e) dá continuidade à cobrança do crédito tributário, nos termos do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96, salvo se sua exigibilidade estiver suspensa, de acordo com o disposto no artigo 15, incisos II ou IV, ou extinta, na forma do artigo 156, todos do Código Tributário Nacional.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13738.000442/95-27

Acórdão : 202-12.678

Inconformada, a autuada apresenta Recurso às fls. 143/154 e junta os Documentos de fls.155/161, sem o depósito recursal, por ter obtido liminar em Ação de Mandado de Segurança (fls. 160/161), argumentado em seu favor, quanto ao mérito, o direito que tem à compensação de seus créditos com os débitos, na forma disciplinada na legislação, em especial a IN SRF nº 32/97; cita, ainda, Acórdão nº 203-03.648 da Terceira Câmara deste Conselho; e termina pedindo que o recurso seja conhecido e provido, com o propósito de se desconsiderar o lançamento.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "André Luiz Góes".

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 13738.000442/95-27

Acórdão : 202-12.678

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ADOLFO MONTELO

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade.

Como relatado, o presente processo trata da exigência de importâncias da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e seus acréscimos legais, que a ora recorrente aduz terem sido compensadas com valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL, calculados em decorrência da inconstitucionalidade das majorações de alíquota, superiores a 0,5%.

Constata-se dos autos, às fls. 02, que o autor do lançamento sobrerestou o feito, afirmando: "Fica cientificado o Contribuinte, neste ato, de que a exigibilidade do crédito tributário, referente às sentenças proferidas, permanece suspensa, lançamento na forma do artigo 151 do CTN e Parecer PGFN/CRJN/1064/93."

Conforme relatado, a autoridade singular, através do DESPACHO DRJ/RJ/SERCO/Nº 13738.000442/95-27, de 08/06/98 (fls. 135/136), deixou de conhecer da Impugnação da contribuinte de fls. 74//98, em razão de renúncia às instâncias administrativas, com a alegação de que fica prejudicada a apreciação da peça impugnatória, com fundamento no disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79, combinado com o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830/80 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14/02/96, pelo fato da impetração, pela ora recorrente, de duas ações judiciais, sendo uma Ação Declaratória sob o nº 94.0030113-8 e um Mandado de Segurança sob o nº 91.01411819-0, e que o tema versa acerca do mesmo objeto.

Em verificação dos autos, não entendo que tenha havido a hipótese de total identidade de objetos.

As ações judiciais noticiadas nos autos por ocasião da fiscalização tratam dos seguintes pedidos:

- a) Ação Cautelar - Processo nº 92.0111965-8 -, da Seção Judiciária em Niterói/RJ (fls. 40/42), trata apenas de liminar concedida para que se efetue depósitos judiciais relativos às diferenças, objeto da controvérsia de exigências da administração tributária; e
- b) Ação de Mandado de Segurança - Processo nº 91.01411819-0 -, Seção Judiciária de Niterói/RJ (fls. 44/47), trata de concessão de liminar e autorização para efetuar depósitos judiciais, relacionados ao FINSOCIAL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13738.000442/95-27

Acórdão : 202-12.678

Às fls. 112/126, é trazida para os autos uma cópia de petição, onde é noticiada a existência de uma Ação Declaratória - Processo nº 94.003.0113-8 -, Segunda Vara Federal de Niterói/RJ, onde pede seja reconhecida a compensação dos créditos do FINSOCIAL, nas parcelas vencidas e vincendas, das contribuições da mesma espécie.

Não consta dos autos informações sobre a situação atual das ações judiciais.

A ora recorrente, em preliminar, argui nulidade do auto infração, porque foi lavrado fora do estabelecimento da autuada, e, no mérito, contesta constitucionalidades da exigência da TRD e da UFIR.

No caso em questão, não há identidade de objeto, visto que, além da compensação pleiteada junto ao Judiciário, existem na exigência fiscal matérias que não foram alvo das ações na justiça, e, quando impugnadas, como é o caso presente, não foram apreciadas.

Em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, não há possibilidade de este Colegiado se pronunciar acerca do mérito em segunda instância, sem que a autoridade que possui a atribuição de julgamento em primeira instância o tenha feito.

Oportuno invocar a lição de LUIZ HENRIQUE BARROS DE ARRUDA, *in Processo Administrativo Fiscal, Manual. Editora Resenha Tributária, 1993, página 94, verbis:*

“... De igual modo, por força do princípio do duplo grau de jurisdição, uma das hipóteses típicas de nulidade das decisões por cerceamento de defesa consiste no não enfrentamento de questões suscitadas pelo defendant, como evidencia o acórdão a seguir:

**NULIDADE** – A falta de apreciação dos argumentos expendidos na impugnação acarreta nulidade da decisão proferida em primeira instância (Acórdão nº 103-102139 de 27.04.92).”

Não há sequer como precisar se foram efetuados depósitos pela contribuinte, tempestivamente, diante do silêncio da autoridade singular.

Ressalte-se que a apreciação pela autoridade *a quo*, ao final de seu despacho decisório, não preenche tal atribuição de julgamento, eis que exonera a contribuinte da exigência da multa e dos juros de mora, sob condição de ulterior verificação do depósito do montante integral do tributo exigido. Providência esta que, aliás, não foi tomada..



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : **13738.000442/95-27**

Acórdão : **202-12.678**

A decisão que **faculta a exoneração da multa e dos juros à autoridade que cumprirá o despacho não é viável, porque não pode haver decisão condicional, devendo ser sempre definitiva.**

Nesta direção, o artigo 459 do Código de Processo Civil assim dispõe: "Quando o autor tiver formulado pedido certo é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".

Assim, se o julgador diz "que o contribuinte tem direito à exclusão da multa de ofício e aos juros de mora se comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido", deverá dizer realmente se o contribuinte fez o depósito tempestivamente, e não deixar o encargo para a autoridade que irá executar a decisão."

Considero, assim, viciada de nulidade absoluta o Despacho de fls. 135/136, na conformidade dos artigos 31 e 59 do Decreto nº 70.235/72, posto que não foram enfrentados argumentos da impugnação, quando lhe era defeso fazê-lo, por força de norma processual.

Assim, **voto para que, de ofício, seja declarada a nulidade do despacho recorrido, a partir dele e alcançando os atos posteriores, por omissão quanto a argumentos expeditidos na impugnação, determinando que outra decisão seja proferida, na douta instância a quo, como de direito.**

Sala das Sessões, em 23 de janeiro de 2001

ADOLFO MONTELO