



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13739.000316/95-81
Acórdão : 201-74.267
Sessão : 20 de março de 2001
Recurso : 111.169
Recorrente : IMPÉRIO DA BANHA AUTO SERVIÇO LTDA.
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

COFINS - SIMULTANEIDADE DAS VIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL - 1) As questões postas ao conhecimento do Judiciário, implica em impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que as decisões daquele Poder têm ínsitas os efeitos da "res judicata". Todavia, nada obsta que se conheça do recurso quanto é legalidade do lançamento em si que não o mérito litigado no Judiciário. O processo administrativo, face a tal, ficará vinculado aos termos da decisão judicial. 2) Tendo em vista o disposto no art. 63, *caput* e seu §, da Lei nº 9.430/96, c/c o art. 106, II, a, do CTN, e art. 63, § 2º, da Lei nº 9.784, de 29/01/99 (DOU 01/02/99), deve, de ofício, ser cancelada a multa punitiva, já que houve ação judicial com depósito do valor integral antes do início do procedimento de ofício a ele relativo. De igual sorte, tendo os depósitos sido efetuados dentro dos prazos de vencimento, não há falar-se em mora, pelo que não, podem ser exigidos os encargos que dela decorram. **Recurso não conhecido, mas, de ofício, cancela-se a multa punitiva e os juros moratórios, ficando a exigibilidade remanescente suspensa com base no art. 265, IV a, do Código de Processo Civil.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: IMPÉRIO DA BANHA AUTO SERVIÇO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Relator, e, de ofício, cancelar a multa punitiva e juros de mora.**

Sala das Sessões, em 20 de março de 2001

Jorge Freire
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sérgio Gomes Velloso, Luiza Helena Galante de Moraes, Serafim Fernandes Corrêa, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Antonio Mário de Abreu Pinto e Rogério Gustavo Dreyer.
cl/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13739.000316/95-81

Acórdão : 201-74.267

Recurso : 111.169

Recorrente : IMPÉRIO DA BANHA AUTO SERVIÇO LTDA.

RELATÓRIO

Versam os autos lançamento da COFINS relativa ao período 01/94 a 04/95, com o fito de resguardar o direito da Fazenda Nacional, mas ficando sua exigibilidade suspensa, haja vista a empresa vir depositando judicialmente o montante do tributo ora litigado.

A autoridade recorrida, saneando o processo, intimou a empresa supraqualificada a apresentar vários documentos, conforme passo a ler em Sessão (fl. 31), os quais foram anexados às fls. 41/143. Compulsando os mesmos constato que a empresa ajuizou ação (Processo nº 92.114418-3, junto à 1ª Vara Federal da circunscrição judiciária de Niterói, seção judiciária Rio de Janeiro) declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária em relação à Contribuição à COFINS (Lei Complementar nº 70/91) precedida de ação cautelar (Processo nº 92.0112883-5) com vistas a efetuar o depósito daquela contribuição à medida de seu vencimento, a qual deferiu o depósito, vindo a cautelar transitar em julgado (fl. 89). Cópia dos comprovantes de depósito às fls. 83 e 91 a 119.

A autoridade julgadora monocrática no despacho decisório de fls. 144/145, não conheceu da impugnação com base na legislação que menciona, mas averbou na parte dispositiva que a *"... multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados se a contribuinte comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido, compreendendo-se, inclusive, a respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, ..."*.

A empresa foi intimada do referido despacho, conforme AR de fl. 195, no dia 13/11/98, tendo apresentado sua peça recursal em 10/12/98 sem comprovar o depósito recursal estabelecido pela MP nº 1.621-30, de 12/12/97, que em seu art. 32 deu nova redação ao art. 33 do Decreto 70.235/72, exigindo, em seu § 2º que "Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente o instruir com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão." Em sua peça recursal averba que não se aplica à hipótese o referido depósito, uma vez que vem depositando mês a mês, não havendo



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13739.000316/95-81**Acórdão : 201-74.267**

por isso que falar-se em débito do principal e muito menos em multa. Averba, no mérito, que há uma prejudicial *que é a existência reconhecida pela Autuante de uma Ação em curso na Justiça Federal, com sentença favorável à Contribuinte, estando, assim, em consequência, suspensa a pretendida exigibilidade, face ao disposto no art. 151, II, do CTN, a que se acresce a do inciso III, com esta Impugnação fiscal.*

De fls. 206/207, contra-razões da Fazenda Nacional pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'J'.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13739.000316/95-81
Acórdão : 201-74.267

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

Primeiro ponto a analisar é a questão do pressuposto recursal, mais especificamente do depósito recursal estatuído originariamente pela MP nº 1621, de 12/12/97. A mim não resta dúvida que tal depósito cerceia o direito de defesa dos contribuintes em geral na forma em que foi veiculado. E o presente processo é a prova mais cabal da injustiça de um depósito recursal linear, sem dar margem a uma análise casuística para que se possa cumprir a missão principal do julgador, qual seja, a de fazer justiça.

Há provas abundantes de que a contribuinte usando seu direito subjetivo de buscar a tutela jurisdicional ajuizou ação neste sentido e vem regularmente depositando os valores da contribuição guerreada à medida de seu vencimento, apesar da autoridade recorrida não encontrar tais provas, já que determinou a exoneração da multa e juros se o contribuinte comprovasse o depósito antes do início da ação fiscal. Também fica evidente a *prima facie* que a matéria objeto do lançamento coincide com a da ação judicial.

Como reiteradamente tenho colocado, no que venho tendo a companhia dos meus pares nesta Câmara, a interpretação ao termo renúncia ou desistência da via administrativa, como posto pela autoridade julgadora monocrática nos termos da legislação que cita, deve ser a de excluir a competência cognitiva da instância administrativa sobre matéria idêntica posta ao conhecimento do Poder Judiciário, quer antes ou após o lançamento. Isso frente aos efeitos da coisa julgada das decisões judiciais, que, ao contrário das administrativas, que não impedem que a controvérsia seja reaberta no Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV).

Porém, pode e deve a autoridade julgadora administrativa, de ofício ou provocadamente, espancar o lançamento de qualquer coima de ilegalidade que não se relacione com o mérito demandado judicialmente, como, p. ex., penalidades moratórias ou qualquer outra que se relacione com o lançamento em si (v.g. falta de motivação, enquadramento legal, etc). E nisto, quero crer, equivocou-se a digna autoridade monocrática, pois as provas são robustas da existência da ação e depósitos anteriores



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13739.000316/95-81

Acórdão : 201-74.267

à ação fiscal. Ou melhor, a própria ação fiscal, pelos termos em que foi motivada, originou-se do fato de a contribuinte ter buscado a tutela jurídica.

Não se discute que o Fisco pode e deve levar a cabo o lançamento de tributos que estejam sendo contestados no Poder Judiciário, mesmo com liminares sustando sua exigibilidade, como forma de precaver-se caso o contribuinte venha a sucumbir naquele Poder. Mas também não pode a Administração ir além disso causando prejuízo aqueles que apenas estão fazendo uso de seu direito constitucional da universalidade da jurisdição, ainda mais, e principalmente, quando o tributo contestado é depositado no seu vencimento.

No entanto, há no ordenamento jurídico-pátrio uma norma vigente, inclusive com indeferimento de liminar para a suspensão cautelar eficácia do § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235, conforme julgamento do Plenário STF, em 06/10/99, decidindo sobre o pedido de liminar na ADIN nº 1976-7.

Face a tal, e considerando que o reveste pressuposto processual, uma vez não comprovado o mesmo nos autos não deve ser conhecido o recurso. No entanto, considerando o disposto no art. 63, § 2º, da Lei nº 9.784, de 29/01/99 (DOU 01/02/99), constato a ilegalidade da exigência da multa, conforme a seguir consignado.

Com fulcro no art. 106, 11, a, do CTN, que entendo como norma de direito público e que deve ser aplicada de ofício, combinado com art. 63, *caput*, e § 1º da Lei nº 9.430/96, e também considerando que entendo como fartamente provado que os depósitos foram efetuados atempadamente e que a propositura da ação judicial foi anterior a qualquer procedimento de ofício a ela relativo, a multa de ofício é de ser cancelada. Do mesmo modo devem ser cancelados os juros moratórios, pois não restou provado pelo Fisco que o depósito judicial foi feito posteriormente às datas de vencimento do tributo, o que só então ensejaria a cobrança de juros moratórios. Assim, não provada a mora, descabido qualquer encargo que dela decorra.

Forte no exposto, não conheço do recurso pela falta de comprovação do pressuposto processual do depósito de parte da exigência fiscal, mas, de ofício, com arrimo no art. 63, § 2º, da Lei nº 9.784/199, cancelo a multa e os juros de mora, face a propositura de ação judicial antes da ação fiscal com a efetivação de depósito judicial.

Contudo, a continuação da cobrança administrativa ficará vinculada aos termos da decisão que transite em julgado na Ação Ordinária nº 92.114418-3, junto à 1ª Vara Federal da circunscrição judiciária de Niterói, seção



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13739.000316/95-81

Acórdão : 201-74.267

judiciária do Rio de Janeiro - RJ, para o que deve ser instada a Procuradoria da Fazenda Nacional a manifestar-se, inclusive anexando cópia desta decisão aos autos daquela ação judicial.

Até lá deve o presente processo ser suspenso com base no art. 265, IV, a, do CPC.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2001

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge Freire', written over a horizontal line.

JORGE FREIRE