MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 23 / 06 / 05
VISTO

Processo nº : 13819.000881/2002-66
Recurso nº : 122.434
Acórdão nº : 203-08.909

Recorrente : KENTINHA EMBALAGENS LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

COFINS - 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 de mérito, 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.
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **KENTINHA EMBALAGENS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.** Vencido o Conselheiro Mauro Wasilewski (Relator). Designado o Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes para redigir o acórdão.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Valmar Fonsêca de Menezes
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins, Antônio Augusto Borges Torres e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Imp/ovrs

CÓPIA - 2.º CC
O ORIGINAL
14 / 12 / 04
VISTO

Processo nº : 13819.000881/2002-66
Recurso nº : 122.434
Acórdão nº : 203-08.909

Recorrente : KENTINHA EMBALAGENS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento da COFINS, mantido pelo Órgão Julgador de primeira instância, que ementou sua decisão da seguinte forma (fl. 159):

> *"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins*
> *Período de apuração: 01/05/1998 a 30/06/1998*
> *Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.*
> *COMPENSAÇÃO. COMPETÊNCIA. Compete às Delegacias, Alfândegas e Inspetorias Classe Especial da Secretaria da Receita Federal, apreciar os processos administrativos relativos a pedidos de compensação.*
> *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.*
> *Lançamento Procedente".*

Em suas razões preliminares a Recorrente diz que o procedimento fiscal é nulo por ofensa ao art. 142 do CTN, que não houve renúncia da esfera administrativa e que a multa é confiscatória.

Quanto ao mérito, afirma que o Salário-Educação é inconstitucional e defende direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

É o relatório.

...A - 2.º CC
... 14 / 12 / 09
VISTO

Processo nº : 13819.000881/2002-66
Recurso nº : 122.434
Acórdão nº : 203-08.909

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
MAURO WASILEWSKI

Quanto ao art. 142 do CTN não se vislumbra nenhuma afronta a tal dispositivo no procedimento fiscal, descabendo, pois, a argüição de nulidade do lançamento.

No que respeita a concomitância da ação administrativa com a judicial, esta, a meu ver não ocorreu, vez que a mesma cuida de valores recolhidos a maior por conta do Salário-Educação. Assim, mesmo tendo compensado os valores que entendeu pagos indevidamente ao Salário-Educação com débitos da COFINS, o lançamento refere-se a esta contribuição não a outra (salário-educação).

A alegação de "multa confiscatória" não é oponível na esfera administrativa, vez que as multas quando previstas em lei devem, por dever de ofício, ser propostas pelas autoridades fazendárias.

Quanto ao Salário-Educação, o controle de constitucionalidade é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Com referência à compensação de indébitos, com tributo devido, esta é uma prerrogativa legal do contribuinte. Todavia, na espécie destes autos, a compensação realizada foi irregular, posto que os pseudos créditos apropriados pela Recorrente são oriundos do Salário-Educação, cujas ações judiciais desta foram julgados improcedentes.

Diante do exposto e, máxime, por entender que não houve opção pela via judicial em relação à COFINS, voto no sentido de anular o processo a partir da decisão recorrida, inclusive, para que seja procedida outra, no sentido de que o Eg. Órgão Julgador da primeira instância aprecie as questões preliminares e de mérito.

Recomendo sejam reabertos os prazos processuais à Contribuinte.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003

MAURO WASILEWSKI

14.12.04
VISTO

Processo nº : 13819.000881/2002-66
Recurso nº : 122.434
Acórdão nº : 203-08.909

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
BRASÍLIA 14 / 12 / 04
VISTO

VOTO DO CONSELHEIRO VALMAR FONSÊCA DE MENEZES
RELATOR-DESIGNADO

Em que pese as brilhantes argumentações do nobre Conselheiro relator, ouso divergir do seu ponto de vista.

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos, que o 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.

Senão, vejamos.

Consta do próprio auto de infração que o lançamento se deu em virtude de ter a Contribuinte declarado em DCTF compensações da COFINS com supostos créditos decorrentes de Mandado de Segurança, cujo número informou naquela declaração, verificando a fiscalização que tal compensação se deu com créditos a título da Contribuição ao Salário Educação.

Tais constatações são confirmadas pela farta documentação presente nos autos, em especial às fls. 28/78, com ressalva para a petição inicial do Mandado de Segurança, onde a contribuinte requer ao Poder Judiciário a compensação de valores indevidamente pagos a título daquela Contribuição com outras contribuições incidentes sobre a folha de salários, além de PIS e de COFINS.

Não me resta dúvida, pois, de que os processos judicial e administrativo estão umbilicalmente ligados.

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 (impera, 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.

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 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 Tributário, 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 julgamento de mérito, retorna-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", 2° 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 CCPC, 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)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria recursal, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003

VALMAR FONSÊCA DE MENEZES