



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	RECEBIDO NO D. O. U.
C	12.07/2000
C	<i>ST</i>
	Rubrica

60

Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

Sessão : 26 de janeiro de 2000
Recurso : 108.141
Recorrente : VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

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 insitas os efeitos da "res judicata". Todavia, nada obsta que se conheça do recurso quanto à 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, da Lei 9.430/96, deve ser cancelada a multa punitiva, já que quando da autuação vigia liminar em ação cautelar que dava efeito suspensivo ao recurso de apelação em mandado de segurança. **Recurso parcialmente provido para o fim de cancelar a multa punitiva.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso interposto por: VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Valdemar Ludvig.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2000


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Jorge Freire
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Ana Neyle Olímpio Holanda, Roberto Velloso (Suplente), Serafim Fernandes Correa, Geber Moreira e Sérgio Gomes Velloso.
Eaal/



Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

Recurso : 108.141
Recorrente: VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

A recorrente impetrou mandado de segurança (96.0035594-0, junto à 19ª Vara Federal, circunscrição judiciária de São Paulo, seção de São Paulo) visando assegurar-lhe o direito de creditar-se com correção monetária, inclusive TRD, do valor de IPI pago sobre os descontos concedidos incondicionalmente às concessionárias da rede Volkswagen no período entre 01/11/91 a 31/12/95 (cópia inicial às fls. 18/28). Creditamento efetuado pela empresa em sua escrita fiscal a partir do primeiro decêndio de novembro/96. Alega que o art. 15 da Lei nº 7.789/89, que alterou o art. 14 da Lei nº 4.502/64, fazendo incluir na base de cálculo do IPI os descontos concedidos incondicionalmente, é ilegal por afrontar o art. 47 do CTN e inconstitucional porque, ao definir base de cálculo diversa, invade campo de competência de lei complementar.

Foi deferida liminar, em 08/11/96, pelo juízo conforme cópia à fl. 17 *"para suspender a exigibilidade do crédito tributário e autorizá-lo ao creditamento do IPI recolhido a maior em consequência das vendas de veículos com descontos incondicionais, das parcelas não prescritas, atualizadas monetariamente pelos mesmos índices aplicáveis pelo Fisco no recolhimento de seus créditos, bem como para que a impetrada não imponha penalidades às impetrantes, ressalvado o regular poder fiscalizatório da Fazenda, inclusive inscrição do débito na dívida ativa"*. Todavia, aquele juízo ao julgar o referido writ (cópia às fls. 37/41), em 19/02/97, entendeu que a montadora não tinha legitimidade para o pedido, uma vez que repassou à terceiros o encargo do tributo incidente sobre o desconto incondicional e quer agora receber o débito repassado. Aponta o juízo monocrático que as impetrantes teriam legitimidade para a ação se trouxessem a juízo autorização dos terceiros, adquirentes finais dos veículos, para recebimento do indébito. Com tal fundamento extingui o processo sem julgamento do mérito e revogou a liminar concedida.

Dessa decisão denegatória de segurança a empresa apelou, sendo recebido o recurso somente em seu efeito devolutivo. Para que fosse dado ao recurso também o efeito suspensivo, foi impetrado junto ao TRF 3ª Região ação cautelar que recebeu o nº 97.03.17566-0. Decidindo o pedido de liminar, o juiz vice-presidente em exercício daquela Corte, em 02/04/97, a concedeu (cópia às fls. 48/49) apenas até a distribuição da apelação no citado TRF.

Em 23/06/97, início do procedimento fiscal (fl. 50). De fls. 92/100, auto de infração, datado de 25/06/97, cujo objeto é o lançamento de IPI tendo em vista a empresa, no



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

entender do Fisco, ter se creditado indevidamente nos decêndios 1, 2 e 3, todos de novembro de 1996 (fl. 93) dos valores relativos aos descontos incondicionais, e assim ter recolhido a menor o imposto mencionado. Na motivação do lançamento (fl. 99/100) averba o agente fiscal que o auto de infração foi lavrado após cessada a eficácia da liminar deferida na medida cautelar, tendo sido a apelação distribuída em 19/06/97, e vez que os efeitos da liminar na cautelar ficou condicionada à distribuição do recurso de apelação no TRF da 3ª Região. Anota o Fisco que o lançamento ateve-se exclusivamente à matéria e fatos apregoados nos Mandado de Segurança nº 96.0035594-0 com o intuito de evitar o advento do prazo decadencial.

Em nova ação cautelar a empresa pede que os efeitos da liminar antes deferida na anterior cautelar seja estendida até o julgamento do recurso. Foi deferido parcialmente o pedido, em 17/07/97, *"mantendo a liminar anteriormente deferida, até a oportuna apreciação desta pelo Sr. Juiz Relator, quando então, verificará Sua Excelência a possibilidade de extendê-la até o julgamento final desta apelação"* (cópia fl. 165 e 192)

De fls. 169/179, decisão administrativa *a quo* que não conheceu da impugnação forte na razão de que a impugnante ao buscar a tutela de seu direito no Poder Judiciário renunciou à via administrativa, respaldando-se no ADN/COSIT nº 03/96.

Irresignada, a empresa recorre a este Colegiado, onde, em síntese, alega que não há que falar-se em renúncia à via administrativa uma vez que os aspectos abrangidos pela impugnação são diversos daqueles objeto da ação judicial em que se discute a exigência do crédito tributário constituído; que a autuação contraria frontalmente a ordem judicial e o artigo 151, IV, do CTN. Aduz que embora o Fisco tenha lavrado o auto de infração alegando que a liminar na cautelar tivesse perdido sua eficácia em 19/06/97, conseqüentemente perdendo a apelação seu efeito suspensivo, tal não ocorreu em seu entender, uma vez que, com fulcro nos arts. 236, § 1º, e 240 do CPC, os efeitos da liminar subsistiriam até que houvesse a efetiva intimação da distribuição do recurso de apelação no mandado de segurança, o que ainda não havia no momento da autuação e que veio a ocorrer em 03/07/97. Por fim, coloca que ao se admitir a autuação, esta não poderia ter sido feita com imposição de multa punitiva ou juros de mora, conforme, averba, dispõe a Lei nº 9.430/96, em seu art. 63.

É o relatório.

J



Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

Remansoso o entendimento que o fisco pode e deve levar a efeito o lançamento do crédito tributário discutido no âmbito judicial para evitar eventuais alegações do contribuinte, caso perdedor naquela esfera, da decadência do mesmo. E não foi outro o entendimento da liminar dada no mandado de segurança, quando o juízo singular deferiu a liminar pleiteada mas na parte dispositiva ressaltou *"o regular poder fiscalizatório da Fazenda, inclusive inscrição do débito na dívida ativa"* (fl. 17). Assim, nada mais correto o procedimento adotado pelos agentes fiscais. Disso não advém nenhum prejuízo ao contribuinte posto que o processo administrativo terá o destino vinculado ao judicial, exceto a questão da penalidade e encargos da mora que adiante se adentrará. Nesse sentido me alonguei no processo que relatei no Recurso nº 106266, votado à unanimidade na Sessão de julho 1999 passado, onde assim averbei:

"Quanto à preliminar apontada, é estreme de dúvidas que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação *ex lege*. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker¹, nasce com a ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo.

Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação, ainda não é poder exigí-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida (inexiste pretensão).

Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal.

¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2a. ed., Ed. Saraiva, p. 311/314.



Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

O pedido da recorrente para que o Fisco não lance acarreta a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

O entendimento do Judiciário através do STJ, conforme Aresto² relatado pelo Ministro Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo, também não coincide com as ponderações da recorrente:

"... O imposto de renda está sujeito ao regime do lançamento por homologação. Nessas condições, a Impetrante pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento 'ex officio'. Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico ('solve et repete', depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174)" - sublinhamos

Dessarte, dúvida não há quanto à legalidade da atividade fiscal que constitui o crédito tributário (o lançamento), podendo, contudo, ser discutida a exigência que dela deflui.

No que tange à 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, por óbvio, frente aos efeitos da coisa julgada das decisões judiciais, ao contrário das

² Rec. em MS 6096 - RN - 95.41601-8, julgado em 06/12/95, publicado no DJU em 26/02/96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

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). Conclui-se, assim, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não prejudica sua constituição. Até porque, sem esta, através do lançamento, inexigível será a obrigação tributária".

Diante de tais argumentações, entendo legítima a autuação. Contudo, questão diversa é quanto à sua exigibilidade e a aplicação da multa punitiva e os juros moratórios. Dúvida não há, com base no art. 63 da Lei 9.430/96, que não caberá multa de ofício em lançamento levado a cabo para prevenir-se a Fazenda da decadência quando a exigibilidade estiver suspensa com base no art. 151, IV, do CTN. E este Conselho entende que este dispositivo abrange as liminares concedidas em ações cautelares uma vez que a figura da cautelar foi posta pelo novo estatuto processual civil, de 1973, enquanto o CTN veio à lume em 1972, quando ainda não existia tal possibilidade.

E esta passa ser a questão a ser deslindada. O Fisco entende que no momento da autuação não estava suspensa a exigibilidade, posto que em sua visão com a simples distribuição do recurso, em 19/06/97, cessariam os efeitos da liminar em cautelar que dava o efeito suspensivo ao recurso de apelação. Discordo dessa análise. E, para tal, nem chego a ponderar as colocações da recorrente quando averba que o recurso só poderia ser considerado efetivamente distribuído com a intimação das partes. Isto porque na mesma ação cautelar (97.03.017566-0), em 17/07/97, foi dado o seguinte despacho, conforme fl. 165 (cópia):

"Adoto as razões de decidir expendidas às fls. 889/890 pelo Sr. Juiz Vice-Presidente e defiro parcialmente o pedido, mantendo a liminar anteriormente deferida, até a oportuna apreciação desta pelo juiz Relator, quando então, verificará Sua Excelência a possibilidade de extendê-la até o julgamento final desta apelação". Assim, no momento da autuação, conforme o teor do despacho transcrito, estava mantido o efeito suspensivo da apelação ao mandado de segurança 96.0035594-0. Portanto, na espécie é de aplicar-se o art. 63 da Lei 9.430/96, devendo, em consequência, ser afastada a multa punitiva.

Nada obstante, quanto aos juros moratórios, entendo que devem os mesmos ser mantidos uma vez que não há depósito do valor litigado, e, se por ventura a recorrente for vencida na esfera judicial, os mesmos passam a ser cobráveis, já que caracterizada estará a mora. Por outro lado, se vencedora na instância judicial, o lançamento perderá seu objeto e não falar-se-á em mora.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13819.001149/97-30
Acórdão : 201-73.515

Forte no exposto, dou provimento parcial ao recurso para cancelar a multa de ofício nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, mantendo integralmente os demais itens da autuação.

Contudo, a continuação da cobrança administrativa ficará vinculada aos termos da decisão que transite em julgado no mandado de segurança 96.0035594-0, tramitando junto à 19ª Vara Federal, circunscrição judiciária de São Paulo, seção judiciária de São Paulo, para o que deve ser instada a Procuradoria da Fazenda Nacional a manifestar-se, inclusive anexando cópia desta decisão aos autos daquela ação judicial.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2000

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

JORGE FREIRE