



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 25 / 04 / 2002
Rubrica

Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

Sessão : 28 de agosto de 2001
Recorrente : OMETTO PAVAN S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS - MEDIDA JUDICIAL - DESISTÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao procedimento fiscal, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito. **Recurso não conhecido nesta parte.** **IAA - MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA ESFERA JUDICIAL - MULTA DE OFÍCIO** - Reduz-se a multa de Ofício de 100% para 75%, em razão do disposto no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, c/c o art. 106, inciso II, alínea "c", da Lei nº 5.172/66 - CTN. **TRD** - Exclui-se a exigência da TRD a título de juros de mora no período de 04.02.91 a 29.08.91, nos termos da IN - SRF nº 32/97. **Recurso parcialmente provido para reduzir a multa de ofício e excluir parte da TRD.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: OMETTO PAVAN S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

I) por maioria de votos, em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto de ação judicial. Vencido o Conselheiro Luiz Roberto Domingo, que apresentou declaração de voto; **e II) por unanimidade de votos, quanto à matéria relacionada aos acréscimos legais, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa a 75% e excluir a TRD no período de 04/02 a 29/08/91.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Alexandre Magno Rodrigues Alves. Esteve presente ao julgamento o Dr. Oscar Sant'Anna de Freitas, patrono da recorrente.

Sala das Sessões, em 28 de agosto de 2001

Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente

Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Ana Paula Tomazzete Urroz (Suplente), Eduardo da Rocha Schmidt e Ana Neyle Olímpio Holanda.

Imp/cf/mdc



Processo : 13851.000383/91-67

Acórdão : 202-13.138

Recurso : 113.873

Recorrente : OMETTO PAVAN S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 204/207:

“OMETTO PAVAN S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL, domiciliada na Fazenda Santa Cruz, zona rural do Município de Américo Brasiliense, Estado de São Paulo, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda sob nº 43.948.488/0001-96, foi autuada em 27/11/91 pela fiscalização, sendo o crédito tributário assim constituído: Cr\$2.947.177.643,15 DE CONTRIBUIÇÃO E ADICIONAL SOBRE O AÇÚCAR E O ÁLCOOL, Cr\$9.471.344.791,80 DE TAXA REFERENCIAL DIÁRIA ACUMULADA, Cr\$489.438.345,03 DE JUROS DE MORA E Cr\$2.571.695.846,87 DE MULTA, perfazendo um total de Cr\$15.479.656.626,85 até 26/11/91.

Durante a ação fiscal, conforme dão conta a descrição dos fatos de fls. 16 e o termo de encerramento de fls. 15, foi detectado o não recolhimento da Contribuição e Adicional Sobre o Açúcar e o Alcool referentes aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 1987 e setembro de 1991.

Foram dados como infringidos o artigo 3º do Decreto-lei nº 308/67, com as novas redações dadas pelos artigos 1º e 2º do Decreto-lei nº 1.712/67 e artigos 1º e 3º do Decreto-lei nº 1.952/82. Multa o artigo 2º do Decreto-lei nº 2.471/88 c/c inciso II do artigo 364 do Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados, aprovado pelo Decreto nº 87.981/82; artigo 6º, § 2º e artigo 11 do Decreto-lei nº 308/67.

Regularmente notificado, insurgiu-se contra a exigência, apresentando a impugnação tempestiva de fls. 19/32 em 12/12/94.

Preliminarmente, alegou a nulidade do A.I., eis que o crédito tributário estaria com a sua exigibilidade suspensa em razão dos depósitos judiciais efetuados nos autos da medida cautelar nº 831-PC/89, protocolada junto à 5ª Vara Federal do Distrito Federal.



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

Ainda em preliminar, aduziu que a parte do crédito tributário que antecedeu a propositura da ação (períodos de apuração 01/87 a 04/89) teria sido normalmente recolhida, conforme comprovantes de fls. 22/26, insurgindo-se também contra a incidência da TRD que 'incluiria duplamente o valor calculado, desvirtuando totalmente o demonstrativo e, com ele, o auto de infração em si'.

No mérito, reportou-se à preclusão da matéria em litígio que, estando 'sub judice', não poderia aqui ser discutida 'et sit in quantum'.

Requeru, ao final, que o A.I. fosse julgado inoperante, ao menos até que a Justiça Federal se manifeste, em definitivo, sobre o tema abordado.

Cumprindo o preceito consubstanciado no artigo 19, do Decreto nº 70.235/72 (vigente à época), manifestou-se o autuante às fls. 51/51v acolhendo os pagamentos efetuados e propondo que se aguardasse a decisão definitiva do Judiciário."

Pela Decisão nº 11.12.64.3/1501/96, de 20 de junho de 1996, a autoridade de primeira instância tomou conhecimento da impugnação, exclusivamente no que tange à matéria de fato, para excluir do lançamento os períodos de apuração compreendidos entre 01/87 e 04/89, cujos valores já foram recolhidos, e declarou definitiva, na esfera administrativa, a exigência do crédito tributário *sub judice*, com a ementa que transcrevo:

"Renúncia às instâncias Administrativas. A propositura de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitiva, nesse âmbito, a exigência do crédito tributário em litígio."

Discordando da decisão de primeiro grau, a recorrente apresentou, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fls. 228/249, com extenso arrazoado, combatendo a declaração definitiva, na esfera administrativa, do lançamento, em razão da propositura de Ação Ordinária contra a União Federal, relacionada à mesma matéria objeto do lançamento.

Termina requerendo seja conhecido e julgado o recurso, dando ao mesmo integral provimento, pelos seguintes motivos:



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

- a) não renunciou ao seu direito de discutir, na esfera administrativa, o mérito da exigência fiscal;
- b) a decisão de primeira instância é nula, por preterição do direito de defesa da recorrente;
- c) o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.712/79, com a redação introduzida pelo Decreto-Lei nº 1.952/82, não foi recepcionado pelo Constituição Federal de 1988;
- d) não houve publicação, no Diário Oficial da União, dos Atos do Conselho Monetário Nacional fixando os percentuais da Contribuição e seu Adicional ao Instituto do Açúcar e do Alcool; e
- e) as alíquotas da Contribuição ao IAA e seu adicional, exigida por meio das Resoluções e Atos dados por infringidos, são superiores às definidas nos votos do CMN e na própria legislação pertinente à matéria.

E, ainda, caso, por um absurdo, não seja esse o entendimento deste Conselho, que seja reduzida a multa de ofício e excluída da exigência a TRD no período de 04.02 a 29.08.91, nos termos da IN SRF nº 32/97.

É o relatório.



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ADOLFO MONTELO

Por tempestivo, tomo conhecimento do recurso, que preenche os requisitos de admissibilidade, visto que é tempestivo e não houve recolhimento do depósito recursal previsto na Medida Provisória n. 1.621-30/97 e suas reedições, em razão de deferimento da Media Liminar e concessão da Segurança, na Ação Judicial noticiada às fls. 370/371 e 377/382.

É de se reconhecer que a recorrente e outros foram buscar guarida no Judiciário, quando impetraram a Ação de Medida Cautelar nº 831-PC/89 e a Ação Ordinária de nº 911-G/89, junto à 5ª Vara da Justiça Federal de Brasília - DF, visando ser declarada a inexistência de relação jurídica que obrigue as suplicantes a recolher a contribuição impugnada de que tratam os Decretos-Leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82.

Não impede a realização do lançamento, para constituição do crédito tributário, a interposição de medida judicial, como no caso de Ação Declaratória, mesmo precedida de deferimento de depósito judicial em medida cautelar e depois substituído por fiança bancária.

A jurisprudência, já firmada neste Colegiado, é de que a medida judicial implica em renúncia do recorrente ao direito de recorrer da exigência na instância administrativa.

Vejamos o disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.737, de 20.12.79, *verbis*:

“A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.”

Entendo que a propositura de ação judicial importa em desistência dos recursos no processo administrativo, pois, ao optar pela discussão da legitimidade da exigência fiscal no âmbito do Poder Judiciário, não vejo razão para a autoridade administrativa manifestar sobre o assunto, uma vez que a decisão judicial prevalecerá em qualquer circunstância. Na verdade, tal renúncia decorre de expressa disposição legal.

Em face do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79, c/c o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, segundo a interpretação sistemática desses dispositivos legais pela Administração Tributária expressa no ADN COSIT nº 01/97, não procede o inconformismo da recorrente com a decisão ora recorrida, em razão de ser do mesmo objeto a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

ação que intentou na esfera judicial, no sentido de ser declarada a inexistência de relação jurídico-tributária descrita no auto de infração.

Este assunto da renúncia administrativa, mesmo que a medida judicial tenha sido intentada antes do Ato Administrativo, já foi tratado na Declaração de Voto do ilustre Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, referente ao Acórdão n. 202.09.261, que transcrevo a maior parte de suas assertivas:

“Não há dúvida que o ordenamento jurídico pátrio filiou o Brasil à jurisdição una, como se depreende do mandamento previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, assim redigido: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Em decorrência, as matérias podem ser argüidas perante o Poder Judiciário a qualquer momento, independentemente da mesma matéria sub judice ser posta ou não à apreciação dos órgãos julgadores administrativos.

De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em Juízo.

Corroborando tal afirmativa, ensina-nos Seabra Fagundes, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário":

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem o controle jurisdicional das atividades administrativas.

.....

55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de



Processo : 13851.000383/91-67
 Acórdão : 202-13.138
 Recurso : 113.873

igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa que é o da execução da sentença pela força.

O Contencioso Administrativo, na verdade, tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nessa situação, a Fazenda possui, ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando basicamente evitar o posterior ingresso em Juízo.

Analisando o campo de atuação das Cortes Administrativas, Themístocles Brandão Cavalcanti, muito bem aborda a questão, a saber:

'Em nosso regime jurídico administrativo existe uma categoria de órgãos de julgamento, de composição coletiva, cuja competência maior é o julgamento dos recursos hierárquicos nas instâncias administrativas.

A peculiaridade de sua constituição está na participação de pessoas estranhas aos quadros administrativos na sua composição sem que isto permita considerar-se como de natureza judicial. É que os elementos que integram estes órgãos coletivos são mais ou menos interessados nas controvérsias - contribuinte e funcionários fiscais.

Incluem-se, portanto, tais tribunais, entre os órgãos da administração, e as suas decisões são administrativas sob o ponto de vista formal. Não constituem, portanto, um sistema jurisdicional, mas são partes integrantes da administração julgando os seus próprios atos com a colaboração de particulares'."

Pacífica também é a jurisprudência nessa matéria na Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 108-02.943, assim ementado:



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento "ex-officio", enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera."

Ainda, temos decisão da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, tratando da mesma matéria, no Recurso RP/201-0.360, proposto pela Fazenda Nacional, julgado em Sessão de 20 de fevereiro de 2001, tendo como Relator o mesmo Conselheiro citado anteriormente, onde resultou no Acórdão nº CSRF/02-01.103, que transcrevo:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - O ajuizamento de ação declaratória anterior ao procedimento fiscal importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Recurso Especial provido."

No mesmo sentido a jurisprudência do STJ, como exemplo o entendimento do ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro no seu voto quando do julgamento do Recurso Especial 24.040-6-RJ, em 27 de setembro de 1995, cuja ementa transcrevo:

"EMENTA: Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.

I - O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 6.830, de 22.09.80.

II - Recurso Especial conhecido e provido."

Como demonstrado, a jurisprudência predominante no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e no nosso Tribunal Superior (STJ) vem corroborar com o entendimento defendido neste voto, de haver renúncia na hipótese dos autos.



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

Assim, não há que ser reformada a decisão de primeira instância, quanto ao mérito da questão relacionada à exigência do principal, portanto, nesta parte, entendo que houve renúncia à esfera administrativa.

Em face de não estar sendo discutida na esfera judicial, acolho o pedido relacionado à exigência dos acréscimos legais para reduzir a multa exigida de 100% para o percentual de 75%, em relação aos períodos de 10/1988 a 09/91 (fls. 12/14), como disposto no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, por ser mais benéfica ao contribuinte, obedecendo o mandamento do artigo 106, II, do Código Tributário Nacional, bem como excluir da exigência, a título de juros de mora, a TRD no período de 04.02 a 29.08.91, nos termos da IN SRF nº 32/97.

Mediante todo o exposto, e o que dos autos consta, **voto no sentido de não se conhecer do recurso, por renúncia à via administrativa, em relação à exigência do principal, e, no mérito, para que seja dado provimento parcial ao recurso, quanto à exigência dos acréscimos legais, para reduzir a multa de ofício nos períodos anteriormente citados e, ainda, excluir a TRD a título de juros de mora, no período compreendido entre 04.02 a 29.07.91.**

Sala das Sessões, em 28 de agosto de 2001

ADOLFO MONTELO



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO LUIZ ROBERTO DOMINGO

Com data máxima vênua, ao entendimento do Conselheiro-Relator, cujo fundamento jurídico foi explanado em seu voto, entendo que há, no caso, questão diferenciada e nova que deve ser apreciada por esta Câmara.

Entendo que o Processo Administrativo Fiscal não é constituído, única e exclusivamente, pelos pressupostos que envolvem o triângulo processual, onde duas partes recorrem ao árbitro para solução da lide, como ocorre no processo judicial. No processo administrativo o órgão judicante da Fazenda, apesar de suas peculiaridades, é parte do sistema, é parte do Poder Executivo, e, portanto, deve exercer a função revisora da aplicação das normas.

Nesse diapasão, alguns dos princípios e institutos jurídicos que regem os processos judiciais tornam-se menos ou mais relevante que outros. O princípio da verdade material, por exemplo, toma importância superior em relação ao princípio da preclusão, pois, ainda que a parte não alegue uma impropriedade material, o julgador pode, em percebendo-a, alegá-la e até anular o lançamento.

De outro lado, o poder de revisão deve imperar com o fim, de melhor saneando o lançamento, diminuir as possibilidades de que a exigibilidade tributária vá ao Judiciário com questões pendentes acerca dos requisitos jurídicos do ato administrativo de lançamento.

Diante disso, entendo que questões que já se tornaram de domínio público e que já foram objeto de manifestação do órgão judicante ou da própria administração devam ser conhecidas independentemente da manifestação da parte, ou, ainda, deve o julgador apreciar as questões prejudiciais do lançamento, quando estas forem levantadas e não forem objeto da ação judicial, como é o caso, ou seja, trata-se de questão trazida para a apreciação do órgão judicante administrativo atinente ao lançamento do tributo.

Ainda que assim não fosse, cabe salientar que o Recurso Voluntário interposto foi apresentado anteriormente à Lei nº 8.748/93, que alterou o Decreto nº 70.235/72, e que instituiu a preclusão do direito de alegar em recurso matéria que não fora ventilada na impugnação.



Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

Primeiramente, no que tange à alíquota aplicada, verifica-se que, a partir de um cálculo matemático simples – regra de três -, esta superou aos limites legais definidos, apoiando-se nas alterações das alíquotas já declaradas inconstitucionais pelo STF.

Ora, se o limite das alíquotas fixadas seria de 15% para a contribuição e de 10% para o adicional, tal porcentagem não poderia ser alterada, ainda mais de forma indireta, como feito pelos Atos nºs 46, 53 e 61, de 1988, 04, 05, 15, 23, 26, 28, 31, 33, 41, 53, 56, 61, 66 de 1989, 01, 4, 18, 19 e 160, de 1990, e 7, 14 e 135, de 1991, todos do Conselho Monetário Nacional.

Não discuto aqui se a contribuição é devida ou não, mas a alíquota aplicada no lançamento em apreço não tem amparo legal para subsistir, sendo fruto do descumprimento direto do Conselho Monetário Nacional à legislação que instituiu a Contribuição do Açúcar e do Alcool.

Há duas questões distintas: a legitimidade da norma e a sua correta aplicação. Ao se discutir se a alíquota foi aplicada corretamente ou não, há um pressuposto que o lançamento poderia ter sido feito, ou seja, há neste caso um reconhecimento da validade da norma de exigibilidade. Discute-se apenas a validade da alíquota. Considerando que as alterações não foram realizadas com regularidade, não poderiam ter sido base para o lançamento.

Na regularidade do lançamento, ainda, cabe ressaltar que o ato administrativo que constituiu o crédito tributário (fls. 02 a 10) não especifica sequer os valores das alíquotas aplicadas, não há a explícita demonstração das alíquotas utilizadas, baseando-se em preços de sacas. Outra impropriedade que merece ser levantada encontra-se no Termo de Encerramento Fiscal de fls. 15, instrumento que deu suporte fático ao lançamento, o qual não é conclusivo a respeito do caso em concreto, tanto que a própria decisão singular reformou parte do lançamento.

Ora, *data venia*, tenho para mim que o ato administrativo em comento contém impropriedades de fato e de direito insuperáveis para sua sustentação como ato válido, vez que deixou de aplicar o direito nos limites determinado pela norma instituidora e, quando o aplicou, o fez de forma não clara e conclusiva, utilizando-se de critérios não eleitos pelas normas legais que regulam a contribuição.

De outro lado, é de se considerar que, quando do lançamento tributário, a exigibilidade do tributo estava suspensa por decisão judicial, devendo ser excluída a penalidade na forma do art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, pois a liminar concedida em medida cautelar tem os mesmos efeitos jurídicos que a liminar concedida em mandado de segurança.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13851.000383/91-67
Acórdão : 202-13.138
Recurso : 113.873

Diante disso, considerando o disposto no art. 108 e seus parágrafos, combinado com o art. 106, ambos do Código Tributário Nacional, é aplicável ao caso a dispensa da constituição da penalidade, na forma do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 28 de agosto de 2001

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luiz Roberto Domingo', written over a horizontal line.

LUIZ ROBERTO DOMINGO