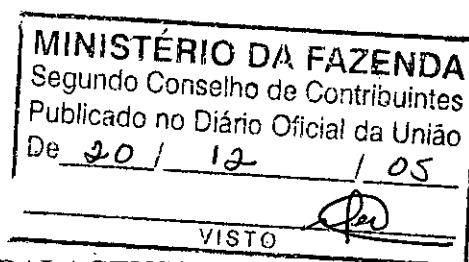




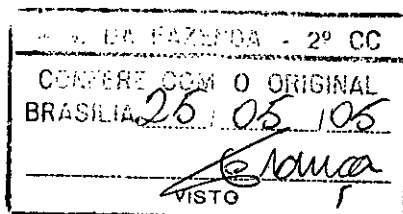
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : LATAPACK-BALL EMBALAGENS LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP



NORMAS PROCESSUAIS. MEDIDA JUDICIAL.

A submissão de determinada matéria à apreciação do Poder Judiciário afasta a competência cognitiva de órgãos julgadores em relação ao mesmo objeto.

INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIAÇÃO.

Refoge competência a órgãos julgadores administrativos para apreciar inconstitucionalidade de normas em plena vigência e eficácia.

Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
LATAPACK-BALL EMBALAGENS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** O Conselheiro Flávio de Sá Munhoz declarou-se impedido de votar.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2005

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Júlio César Alves Ramos
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.
Imp/fclb



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 25/05/05
<i>Branca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063

Recorrente : LATAPACK-BALL EMBALAGENS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 123/126, lavrado em decorrência de diferença apurada entre o valor da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS escriturado e o declarado e pago pela contribuinte. Abrange a autuação o período de fevereiro de 1999 a setembro de 2002, totalizando o crédito constituído de R\$1.745.633,17, incluídos o principal e juros de mora calculados até 31/7/2003.

Informa o autuante, à fl. 124 que a empresa possui ações judiciais impetradas contra os dispositivos da Lei nº 9.718/98 que aumentaram a incidência da COFINS, processos que têm os números 1999.61.03.003533-5 e 1999.61.03.003267-0, em função dos quais o crédito tributário encontrava-se com sua exigibilidade suspensa.

Cientificada do auto de infração, em 1º de setembro de 2003, por intermédio de preposto, procuração juntada à fl. 129, apresentou impugnação – fls. 131/49 – em 30 de setembro de 2003, na qual argumenta:

a- preliminarmente, que, por estar *sub judice* a matéria, é nulo o auto de infração lavrado;

b- no mérito, questiona a ampliação da base de cálculo e alteração de alíquota da COFINS promovidas pela Lei nº 9.718/98, em inegável afronta ao art. 195, *caput* e inciso I da Constituição Federal;

c- que a promulgação da Ementa Constitucional nº 20/98 não convalidou o vício da Lei nº 9.718/98, pois sua edição é posterior à da própria lei; e

d- a compensação com a CSLL do aumento da alíquota da COFINS, estatuída pelo art. 8º, § 2º, inciso I e § 3º da Lei nº 9.718/98, é inconstitucional por afronta aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da livre concorrência.

e- A DRJ em Campinas - SP, por meio da 5ª Turma de Julgamento proferiu o Acórdão nº 5.559, rejeitando a preliminar de nulidade do auto, não conhecendo do mérito por se tratar de questão colocada à decisão da esfera judicial e julgando procedente o lançamento, nos termos da ementa a seguir transcrita.

Assunto: Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

Período de Apuração: 01/02/1999 a 30/09/2002.

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial.

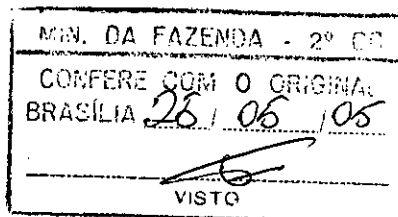
NORMAS PROCESSUAIS – CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A busca da tutela jurisdicional do Poder

M

2



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063

Judiciário, com o mesmo objeto da autuação, importa renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

Lançamento Procedente.

A empresa foi cientificada da decisão em 20/2/2004.

Irresignada, apresentou, em 12/3/2004, o recurso de fls. 236/257, aduzindo basicamente os mesmos argumentos da peça impugnatória.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 25/05/05
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Como relatado, o cerne da questão é a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.718/98 que alargaram a base de cálculo da COFINS e aumentaram a sua alíquota. A decisão de primeira instância deixou de conhecer o mérito das alegações por haver ação judicial versando sobre o mesmo objeto e declarou definitivo o crédito tributário objeto do auto de infração.

Note-se que o auto de infração foi corretamente lavrado para prevenir a decadência do crédito tributário assim constituído cuja exigibilidade encontra-se, no entanto, suspensão, devido à decisão judicial em vigor que amparou a pretensão do contribuinte. Aliás, assim o reconhece a recorrente que não alega nulidade do auto de infração.

Em suas alegações visando à declaração da nulidade da decisão recorrida, afirma que os objetos de pedir num e noutro processos são diversos por se discutir na esfera judicial o direito em tese, enquanto no processo administrativo discute-se um crédito tributário definido, objeto do auto de infração. Ora, tratando-se de ação prévia ao lançamento é óbvio que nela não se poderia atacar um crédito ainda não constituído. O que importa analisar é se a matéria tributável originadora do auto de infração ou, em geral, do processo administrativo, é a mesma que se coloca à decisão do Poder Judiciário.

No Direito brasileiro, o Contencioso Administrativo tem a finalidade primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, por meio de sua revisão. Objetiva, basicamente, evitar um posterior ingresso em Juízo, com o ônus que isso pode acarretar a ambas as partes. Assim, qualquer alegação que diga com a correção do lançamento à luz dos dispositivos inquinados de inconstitucionais, e que não tenha sido levada ao Judiciário, deverá ser objeto de apreciação pela instância revisora. Nessa linha, a inclusão ou exclusão de valores, a classificação fiscal, a penalidade aplicável, entre outros, podem e devem todos ser examinados se impugnados. Garante-se com isso que o crédito constituído esteja plenamente de acordo com a legislação discutida.

Contrariamente, é defeso às instâncias julgadoras administrativas adentrar no mérito de questão idêntica àquela posta ao conhecimento do Poder Judiciário, sob pena de se ter ferido o princípio da unidade da jurisdição, assente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. E assim o é porque ao Poder Judiciário a Carta Política reservou o primado sobre o “dizer o direito”, e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias “julgadoras” administrativas.

A tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos; supremo porque pode revê-los, para cassá-los ou anulá-los; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 26/08/05
VISTO

2º CC-MF
FL.

Reiteradas têm sido as decisões deste Segundo Conselho de Contribuintes no sentido de que, *ex vi* do artigo 1º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79 e do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, o ajuizamento de ação, seja anterior ou posterior à constituição de ofício do crédito tributário, tratando da mesma matéria objeto da ação fiscal, configurar-se-á em inequívoca renúncia da discussão pela via administrativa.

Esse também o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 24.040-6 RJ, datado de 27/09/95, publicado no DJU em 16/10/95, que trata de ação declaratória que antecedeu a autuação fiscal, e no qual o relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, assim se pronunciou:

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 nº 6.830, de 22/09/80.

Não há fundamentação jurídica que sustente entendimento oposto, ao menos até que se reforme a Constituição vigente e nosso ordenamento passe a aceitar a dualidade de jurisdição.

Citando o ilustre conselheiro Jorge Freire: “*querer o contrário é mitigar a igualdade das partes e ferir o princípio da isonomia*”. Porque se o contribuinte for vencedor em âmbito administrativo, a Administração não terá meios próprios para colocar a questão ao conhecimento do Judiciário de modo a anular o ato administrativo decisório, sem mais possibilidade de revê-lo, se o Judiciário, sobre mesma matéria, decidir em sentido oposto. De outra banda, se o sujeito passivo desta relação jurídica obtiver da Administração um entendimento contrário ao seu, poderá ainda, e prontamente, rediscutir o mesmo mérito em ação perante a autoridade judiciária”.

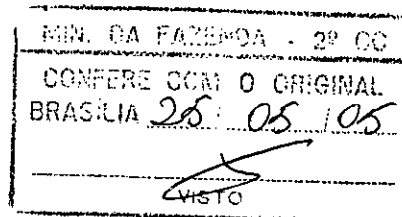
Seria o caso de admitirmos, em argumentação, que se o contribuinte submetesse ao conhecimento do Judiciário determinada matéria, e lhe fosse dada uma decisão contrária a sua pretensão, conseqüentemente favorável à Fazenda Pública, esta decisão judicial seria ineficaz. Isto considerando que a Administração Fazendária, em decisão anterior, esgotando suas instâncias autocontroladoras, contrariasse o entendimento daquele Poder quanto ao mérito. Tratar-se-ia de figura teratológica e com grave repercussão na isonomia das partes como antes dito, e, em grau elevado, na segurança jurídica das relações tuteladas pelo Direito, pois teríamos o mesmo Estado, em suas facetas de Estado-Administração (mesmo que seja na sua atividade judicante) e o Estado-Jurisdição, podendo declarar coisas antinômicas relativamente à mesma matéria.

Igualmente incabível alegação de qualquer eventual dano ao contribuinte decorrente do não conhecimento administrativo do recurso e posterior execução fiscal do débito. De fato, se atingido por uma execução fiscal, poderá o contribuinte embargá-la sob a

¹ A propósito, ensina BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in “*Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*”, 3a. ed., 3a. tiragem, Ed. Malheiros, 1995, p. 21/22.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063

fundamentação de que o direito material constitutivo do título está *sub judice*, e, sabe-se, os embargos à execução, satisfeitos seus requisitos, suspendem o curso do processo de execução.

E este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial nº 7.630, em caso análogo ao presente, julgado unanimemente em 01/04/1991 pela Segunda Turma, o Ministro-Relator Ilmar Galvão, hoje pontificando na Suprema Corte, assim ensinou, a certa altura de seu voto:

Em tais circunstâncias, abrevia-se a ultimação do processo administrativo que, mediante a inscrição do debitum, dá ensejo à execução forçada em juízo. Embargada esta, corre o processo em apenso ao da primeira ação, para julgamento simultâneo, em face da conexão, na forma do art. 105 do CPC.

Trata-se de medida instituída no prol da celeridade processual, e que, por outro lado, nenhum prejuízo acarreta para o contribuinte devedor.

Com efeito, havendo atacado, por mandado de segurança, ainda que preventivo, a legitimidade da exigência fiscal em tela, não havia razão para julgamento do recurso administrativo, do mesmo teor, incidindo a regra do art. 8º, parágrafo único, da Lei 6.830/80, segundo a qual, a impugnação da exigência fiscal em juízo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. (grifei)

E adiante arremata:

Com efeito, se a decisão judicial lhe foi favorável, a execução resultará trancada; e se desfavorável, não terá retardado injustificadamente a realização do crédito fiscal.

A circunstância de a exigência fiscal haver sido impugnada antes, ou depois da autuação, não tem relevância, de vez que, em qualquer hipótese, produzirá a sentença os efeitos descritos. (grifei)

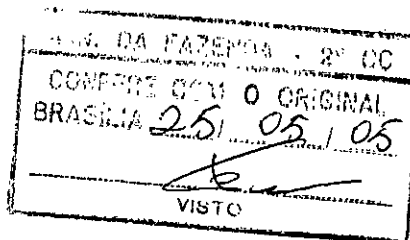
É de salientar que o impedimento acima atinge o julgador administrativo mesmo quando a matéria posta ao exame do Poder Judiciário não lhe é de competência exclusiva. Assim, mesmo quando se trate, por exemplo, de mera interpretação de dispositivo legal, que não implique considerações sobre sua constitucionalidade.

Quando, além disso, porém, a matéria *sub judice* se refere à constitucionalidade de lei ou legalidade de ato normativo, assuntos de exclusiva elucidação pelo Poder Judiciário, e, em última instância pela Corte Suprema, acrescenta-se um segundo impedimento ao julgador na esfera administrativa.

Ora, este é precisamente o caso da recorrente. Com efeito, nos demais itens de seu recurso alonga-se em demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.718/98 que originaram majoração da COFINS. Logo, apreciar a matéria implica declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade desses dispositivos. Não há outro fundamento para retirar eficácia a ato que percorreu todo o processo legislativo determinado pela Carta Política, tendo sido aprovado pelas diversas Comissões do Congresso, em especial a de Constituição, Justiça e Cidadania (a quem compete, segundo o art. 32, IV do Regimento Interno da Câmara, analisar os aspectos constitucional, legal, regimental e de técnica legislativa dos atos submetidos à apreciação daquela Casa). Após, ido a votação e, aprovado, sido sancionado pelo Presidente da República. Isto significa, lembramos, que para dois dos Poderes da República, o Legislativo e o Executivo, não há nele qualquer inconstitucionalidade. E é por isso que só o Poder Judiciário, em respeito



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
FL.

Processo nº : 13884.003419/2003-18
Recurso nº : 126.575
Acórdão nº : 204-00.063

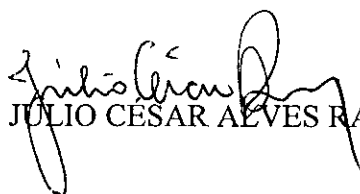
ao princípio da Independência dos Poderes da República (CF, art. 2º), pode, e deve, por ser sua precípua função, reanalisar a matéria e, eventualmente, reformar o entendimento dos outros dois Poderes.

Assim sendo, mesmo que se viesse a admitir o afastamento do primeiro impedimento, ainda restariam obstados os julgadores administrativos, a quem não compete declarar ou reconhecer em casos concretos a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de atos regularmente emanados e em vigor, os quais se reputam plenamente válidos e de cumprimento obrigatório por todos que não detenham provimento jurisdicional em contrário.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2005


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS