



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 28 / 05 / 2004
Ced
visto

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10120.004548/2001-13
Recurso nº : 122.763
Acórdão nº : 203-08.973

Recorrente : MASTER DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

NORMAS PROCESSUAIS – 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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADES
- As hipóteses de nulidade estão previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, quais sejam, os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

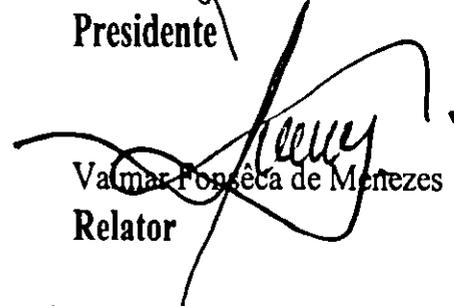
Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
MASTER DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de junho de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Ponsêca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Luciana Pato Peçanha Martins.

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Antônio Augusto Borges Torres e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf



Processo nº : 10120.004548/2001-13

Recurso nº : 122.763

Acórdão nº : 203-08.973

Recorrente : MASTER DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

RELATÓRIO

Adoto, por bem descrever os fatos, o relatório da decisão recorrida:

“MASTER DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., acima identificada, impugna tempestivamente o lançamento constante do Auto de Infração Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, à fl. 38, lavrado em 07/08/2001, que lhe exige o recolhimento de um crédito tributário no valor de R\$3.393.634,76, sendo R\$1.264.602,13 a título de contribuição, R\$1.422.677,31 de multa proporcional e R\$706.355,32 de juros de mora. Os valores citados foram calculados para pagamento em 31/07/2001. Decorre o lançamento de fiscalização efetuada no estabelecimento da contribuinte quando foi apurada falta de recolhimento da citada contribuição referentemente ao faturamento mensal de gasolina, óleo diesel e álcool hidratado e à Cofins-Substituição Tributária incidente sobre as vendas aos comerciantes varejistas, conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, às fls. 39/41.

A autuada apresenta, em 14/09/2001, através da procuradora constituída pelo instrumento à fl. 73, as seguintes razões de defesa, às fls. 69/74: existem diferenças nas quantidades de litragem levantadas pelo fiscal com base no levantamento de vendas emitidas no período de setembro de 1997 a janeiro de 1999, já que esse foi realizado de forma errônea pelo então contador da empresa que considerou notas fiscais de remessa e notas fiscais canceladas; a empresa solicitou oportunamente que tal levantamento fosse desconsiderado porque aquele profissional não submeteu seu trabalho à apreciação de outros funcionários e nem à assinatura do diretor responsável; também não é cabível a multa aplicada já que a contribuinte não se recusou a atender as intimações, mas sim a realizar o trabalho do fiscal, conforme correspondência endereçada ao próprio e ao Delegado da Receita Federal; a empresa não estava apta a proceder ao levantamento/cálculo das quantidades vendidas; o agente administrativo não pode exigir do contribuinte o exercício de funções que são inerentes à sua atividade; o auditor não especificou a disposição legal infringida, conforme exige o artigo 11, III, do Decreto nº 70.235/72. Finaliza sua peça pleiteando que o levantamento utilizado, realizado de forma equivocada pelo ex-contador da empresa e considerado pelo auditor-fiscal, referente ao período de setembro de 1997 a janeiro de 1999, seja revisto, além de destacar a ausência de capitulação legal necessária à imposição da multa.”

A DRJ em Juiz de Fora - MG proferiu decisão, assim ementada:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Exercício: 1997, 1998, 1999



Processo nº : 10120.004548/2001-13
Recurso nº : 122.763
Acórdão nº : 203-08.973

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO. A falta de apuração e do recolhimento da contribuição devida enseja o lançamento de ofício dos valores apurados.

PENALIDADE. A penalidade pelo não-atendimento à intimação expedida pelo Fisco só pode ser aplicada quando estiverem bem caracterizadas as situações descritas na legislação, sendo ainda imprescindível a adequada fundamentação legal.

Lançamento Procedente em Parte”.

Inconformada, a autuada recorre a este Conselho, nos seguintes termos:

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA:

- a decisão recorrida não se manifestou a respeito do exposto pedido da requerente quanto à revisão do lançamento pelo auditor competente, principal escopo da peça impugnatória, havendo violação dos princípios constitucionais da legalidade, da verdade real e da ampla defesa, havendo, pois, cerceamento do direito de defesa, o que a torna nula;

- a recorrente recorreu em duas oportunidades (citando “doc. 2”) ao Delegado da Receita Federal em Goiânia - GO, solicitando revisão e a consideração dos requerimentos, não tendo ocorrido manifestação do mesmo até a presente data;

MÉRITO:

- no mérito, a recorrente aduz a imunidade do artigo 155 da Carta Magna, com relação às operações com derivados do petróleo, para infirmar o lançamento.

Ao final, requer a suspensão do julgamento até que o Delegado da Receita Federal de Goiânia – GO se digne a responder aos requerimentos protocolados pela recorrente quanto a erros nos recolhimentos de PIS e de COFINS.

É o relatório.



Processo nº : 10120.004548/2001-13
Recurso nº : 122.763
Acórdão nº : 203-08.973

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

Preenchidas as condições de admissibilidade, passo à análise da peça recursal apresentada.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR RENÚNCIA

Inicialmente, verifica-se que a alegação feita acerca da imunidade constitucional da Contribuição não foi trazida a exame na fase impugnatória, como também consta de ação judicial interposta pela recorrente, conforme fl. 60.

Constituindo-se em inovação de seus argumentos, não aduzidos no transcurso da fase impugnatória, quando se instaura a fase litigiosa plena do procedimento administrativo, voto pelo não conhecimento das matérias acima especificadas, por estarem atingidas pela preclusão, pelo que nego provimento ao recurso.

Também verifica-se que tal argumentação foi submetida ao Judiciário, conforme consta da fl. 60.

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, nas vias administrativa e 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:



Processo nº : 10120.004548/2001-13
Recurso nº : 122.763
Acórdão nº : 203-08.973

“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 Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:

“(…)”



Processo n^o : 10120.004548/2001-13
Recurso n^o : 122.763
Acórdão n^o : 203-08.973

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”, 2º 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)

Voto no sentido de não conhecer da matéria referente à imunidade constitucional, por opção pela via judicial.

Na parte conhecida, analisemos, por tópicos, as questões aduzidas pela recorrente.

DA NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Reproduzindo o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, temos que:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;



Processo nº : 10120.004548/2001-13
Recurso nº : 122.763
Acórdão nº : 203-08.973

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. "

Logo se vê que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que tratam os itens I e II e não se pode falar em preterição do direito de defesa na fase de lançamento, como bem lembra Antonio da Silva Cabral, em sua obra Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, 1993, página 524.

Não consta da peça impugnatória tal pedido expresso a que se refere a recorrente. Por incompatibilidade com a verdade material, não estando comprovado o cerceamento do direito de defesa, rejeita-se a preliminar.

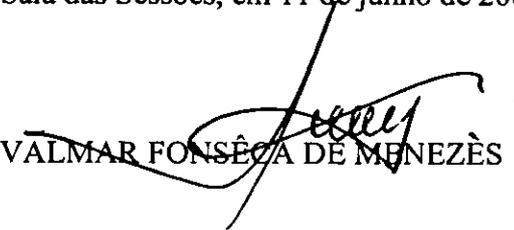
DA SUSPENSÃO DO FEITO PARA AGUARDAR PRONUNCIAMENTO DA DELEGACIA DE ORIGEM

A contribuinte anexa petições dirigidas à autoridade preparadora – às fls. 131/136 – referentes a valores concernentes ao REFIS, com solicitação de revisão de dados inerentes àquele parcelamento, não havendo nenhuma menção ao presente lançamento e não guardando, por conseguinte, nenhuma relação com o presente julgamento.

Não encontra amparado na Legislação o requerimento feito pela recorrente neste sentido, razão por que deve ser desconsiderado.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer, em parte, do recurso, por opção pela via judicial, para, na parte conhecida, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de junho de 2003


VALMAR FONSÊCA DE MENEZÊS