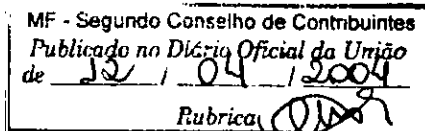




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

Recorrente : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

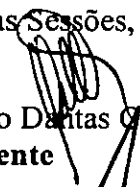
NORMAS PROCESSUAIS - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL
- RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial.

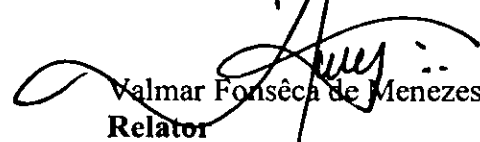
Recurso não conhecido, por opção pela via judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.**

Sala das Sessões, em 15 de maio de 2003


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fossêca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.
Eaal/cf



Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

Recorrente : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 201/203, lavrado contra a contribuinte por falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de janeiro a dezembro de 1999, no total de Crédito Tributário apurado de R\$ 2.423.554,75, com juros de mora calculados até 27/03/2002.

2. Na descrição dos fatos o fiscal autuante informa, in verbis:

Valor apurado conforme auditoria realizada em sua escrita fiscal, face ao processo judicial nº 1999.61.00.009617-6, da 13ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, ficando o contribuinte sujeito ao lançamento de ofício, sem multa e com exigibilidade suspensa, nos períodos e valores abaixo discriminados:

...

3. Regularmente cientificado no próprio Auto de Infração em 10 de abril de 2002, apresentou sua Impugnação, fls. 209/256, em 10 de maio de 2002, por seu advogado, mandato de fls. 259/262, alegando que:

3.1. a impugnante entendeu serem inconstitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/98, razão pela qual impetrou Mandado de Segurança, depositando os valores controversos e recolhendo os incontroversos referente a Cofins do exercício de 1999 até a decisão final da ação judicial, e que a contribuinte nada deve ao fisco. No entanto foi lavrado o auto de infração cobrando estes mesmos valores, o que tornaria nulo o lançamento;

3.2. ao efetuar a autuação, o fiscal não seguiu as formalidades legais impostas pelo art. 142 do CTN, sendo, portanto, nulo, uma vez que o auto de infração carece dos elementos necessários e fundamentais para que a contribuinte possa tomar conhecimento do que exatamente esta sendo glosado sob pena de estar-se ferindo o direito à ampla defesa;

3.3. a Lei 9718/98, não poderia ter ampliado o conceito de faturamento, fazendo a correspondência com a receita bruta, em inegável afronta ao princípio da legalidade consagrado nos incisos II, do artigo 5º e I, do artigo 150, da Constituição Federal;



Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

3.4. até a edição da Emenda Constitucional 20, de 1998, a Cofins tinha por base de cálculo única e exclusivamente, de acordo com o comando constitucional do art. 195, I, o faturamento da empresa, restando vedada a incidência da exação sobre qualquer outra base de cálculo que não a definida no dito artigo;

3.5. deve ser fixado para o 'vacatio legis' a data da publicação da Lei 9.718/98, e não da MP que a originou, pois esta sofreu substanciais alterações normativas, restando violado o princípio da anterioridade nonagesimal, pois entende, ainda, que a norma ao ser publicada em edição extra encartada no DOU de 28 de novembro de 1998, que circulou apenas em 01/12/1998, não poderia ser aplicada já em fevereiro de 1999;

3.6. a Lei nº 9.718/98 desde seu nascedouro já demonstrava contrária com seu fundamento de validade, o que a torna insuscetível de ser sanada ou convalidada, razão pela qual, a referida Lei é inconstitucional, pois restringiu o direito constitucional garantido, ampliando a definição de faturamento, bem como majorou a alíquota da COFINS com desrespeito aos princípios constitucionais da uniformidade da tributação e à vedação ao confisco tributário.

4. Ao final requer seja determinado o imediato cancelamento do auto de infração e seu conseqüente arquivamento. "

A DRJ em Campinas – SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

*"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999*

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

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. É a atividade onde se examina a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco, sem perscrutar da legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos daqueles atos.

Lançamento Procedente".



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

Inconformada, a autuada recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, às fls. 856/914.

É o relatório.



Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

A peça recursal é tempestiva e preenche as demais condições de admissibilidade.

Preliminarmente, compulsando as peças processuais, constata-se que, conforme documentação de fls. 127 a 172 e 189 a 193, a contribuinte submeteu ao Judiciário a suposta inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, questionando a base de cálculo da contribuição e a alíquota estabelecida pelo dispositivo.

O auto de infração, à fl. 201, foi lavrado para prevenir a decadência e em virtude da ação judicial interposta, sem aplicação da multa de ofício.

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 (imperar, 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



Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

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*:

"(...)

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, retornar-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,



Processo nº : 10875.002479/2002-53
Recurso nº : 122.877
Acórdão nº : 203-08.917

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.

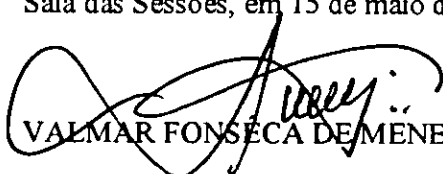
13.1 – *“O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2ª Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme 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 15 de maio de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES