



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.ª	PUBLICADO NO D. O. U.
C	027/11/1999
C	<i>Stoluntius</i>
	Rubrica

Processo : 10980.016181/97-13
Acórdão : 203-05.201

Sessão : 03 de fevereiro de 1999
Recurso : 109.301
Recorrente : FOX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

COFINS - PREEEXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL - RENÚNCIA - Não importa renúncia ao direito de postulação na via administrativa, quando a contribuinte já se encontra na justiça, discutindo a legitimidade do crédito tributário, quando é lavrado o Auto de Infração. Renúncia é ato de vontade; não se impõe. É nula decisão que não conhece da Impugnação, ao argumento de renúncia à via administrativa, mercê da existência de ação judicial e, simultaneamente, cobra o tributo e assinala, à contribuinte, prazo para defesa e recurso. **Recurso provido para anular o processo, a partir da decisão recorrida, inclusive.**

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para anular o processo, a partir da decisão singular, inclusive, para que outra seja proferida, apreciando a matéria de mérito. Vencidos os Conselheiros Francisco Sérgio Nalini, Henrique Pinheiro Torres (Suplente) e Otacílio Dantas Cartaxo. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo e Mauro Wasilewski.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 1999


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Sebastião Borges Taquary
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros João Berjas (suplente), Osvaldo Aparecido Lobato (suplente), Daniel Corrêa Homem de Carvalho e Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva.



Processo : 10980.016181/97-13
Acórdão : 203-05.201

Recurso : 109.301
Recorrente : FOX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

RELATÓRIO

No dia 24.12.97, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 143/145, contra a empresa FOX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., dela exigindo a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, juros de mora, multa e correção monetária, no total de R\$ 6.751.268,77, por ter deixado ela de recolher esta Contribuição, conforme restou apurado nos seus livros fiscais, no período de 31 de julho de 1996 a 31 de agosto de 1997.

Há, integrando a peça básica acima, o TERMO DE VERIFICAÇÃO E ENCERRAMENTO DE FISCALIZAÇÃO (fls. 118/142), no qual está expresso que a autuada, antes da lavratura do Auto de Infração supra, já estava em juízo, postulando a decretação da inelegibilidade da predita Contribuição, inquinando-a de inconstitucional. É o que se pode conferir às fls. 118, *verbis*:

“Neste período o contribuinte não vem recolhendo os valores devidos em decorrência de estar pleiteando em juízo a não incidência conforme processos número 95.0010248-0 Mandado de Segurança e 95.0011420-8 Ação Ordinária Declaratória Cumulada com Pedido de Repetição de Indébito perante a Justiça Federal, estando aguardando julgamento no Tribunal Regional em Porto Alegre.”

(grifou-se)

Defendendo-se, a autuada apresentou a Impugnação de fls. 147/154, sustentando a inconstitucionalidade da exigência, bem como invocando, em seu prol, a imunidade prevista no art. 155, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e discutindo a diferença entre operação e faturamento, para os efeitos de incidência da contribuição da COFINS.

A autoridade julgadora em 1º grau, mediante a Decisão de fls. 204/206, com base no Ato Declaratório Normativo nº 3/96-COSIT, não conheceu da Impugnação, ao argumento de que a autuada estava discutindo a matéria na via judicial. Esse entendimento esposado pelo ilustre julgador monocrático está, assim, ementado:

“COFINS – Período de apuração: 07/96 a 09/97.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016181/97-13
Acórdão : 203-05.201

ACÇÃO JUDICIAL – A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas (Ato Declaratório Normativo nº 3/96-COSIT)”

Destaco, aqui, que, não obstante à preexistência daquelas ações judiciais, a contribuinte foi intimada, a mando da ilustrada autoridade julgadora de primeiro grau (fls. 206) e do prosseguimento da cobrança, observada a decisão judicial definitiva.

Com guarda do prazo legal (fls.214), veio o Recurso Voluntário de fls. 222/249, aviado mercê de decisão liminar, em Mandado de Segurança, que impôs ao Fisco Federal a abstenção da exigência do depósito prévio, previsto na Medida Provisória nº 1.621/98 (art. 32), por ofender a garantia inserta, no inc. VI do art. 5º, da CF/88 (fls. 212/213).

A peça recursal postula o decreto de nulidade da Decisão Recorrida e a inexigibilidade da Contribuição, aos argumentos de que:

- a) já se encontrava em juízo, quando fora autuada, fato que viola a regra do inc. LV do art. 5º, da Carta Política;
- b) a exigência é inconstitucional; e
- c) por fim, a recorrente goza da imunidade inserta no art. 155, § 3º, da atual Constituição Federal.

A douta Procuradoria da Fazenda Nacional manifestou-se às fls. 274/275.

É o relatório.



Processo : 10980.016181/97-13
Acórdão : 203-05.201

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR SEBASTIÃO BORGES TAQUARY

Por tempestivo e presentes nele os demais requisitos de seu desenvolvimento válido, conheço do recurso.

Preliminarmente, verifico que a Decisão Recorrida está eivada de nulidade absoluta, eis que não conheceu da Impugnação, ao fundamento, equivocadamente aliás, que a autuada, ora recorrente, estando, como estava, discutindo a exigência no Poder Judiciário, teria renunciado ao seu direito de estar na via administrativa, discutindo a mesma matéria.

Ora, por reiteradas vezes, já me manifestei sobre a questão, sempre externando meu entendimento de que a regra do art. 62 e seu parágrafo, do Decreto nº 70.235/72, continua em vigor e, por consequência, quem devia abster-se de praticar qualquer ato, tendente a cobrar tributo, era o Fisco, mercê desse preedito comando legal.

Por outro lado, não se alegue que a Fiscalização, no caso, esteja apenas constituindo o crédito tributário, prevenindo-o da decadência. Aliás, a Fiscalização, pela douta autoridade julgadora em Primeira Instância, determinou, e se fez, a cobrança do crédito tributário constante do Auto de Infração, contra a recorrente, por duas vezes: quando da Intimação daquela peça básica e quando proferida a decisão singular e, em ambas as oportunidades, fez expressa e muito clara essa cobrança, a par de oportunizar a impugnação e o recurso.

Em nenhum momento dos autos, quer na fase de apuração do crédito, quer na fase de julgamento singular, fez-se qualquer ressalva, suspendendo a exigibilidade desse crédito, como se era de esperar, na hipótese.

Assim, não se pode pretender, como quer o Fisco, que a contribuinte tenha renunciado ao seu direito de postular, na presente hipótese, perante a via administrativa, eis que ela se encontrava no Poder Judiciário, discutindo a legitimidade da exigência, quando aqui foi autuada.

Entendo que, no caso, não houve renúncia. Aliás, como já disse, por reiteradas vezes, em votos anteriores, renúncia é ato de vontade; não se impõe. A Fiscalização há de encontrar um caminho processual compatível entre seu direito de constituir o crédito tributário, evitando a decadência, e o comando do art. 62 e seu parágrafo, do Decreto nº 70.235/72.

Considero que a ressalva, na própria peça básica, no sentido de que fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, por força da existência de litígio judicial a respeito,



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10980.016181/97-13
Acórdão : 203-05.201

ao invés de determinar a intimação da contribuinte, para pagar ou impugnar e recorrer, poderá conciliar as conveniências das partes (Fisco e contribuinte).

Não resta dúvida, a Decisão Recorrida, ao não conhecer da Impugnação e, por isso, deixado de examinar o mérito da lide, negou vigência ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (inc. LV do art. 5º), ao art. 62, do Decreto nº 70.235/72, e art. 151, inc. III, do CTN, além de dissentir-se da melhor doutrina, como esta lição de **JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO**, citado por **ALBERTO XAVIER**, in **TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO FORENSE**, página 76, *verbis*:

“... De qualquer modo, os dois processos (administrativo e judicial) devem ter pleno, integral e regular andamento, porque, embora a decisão judicial venha a ter o efeito de coisa julgada, irradiando seus efeitos no âmbito administrativo, a decisão administrativa se torna indispensável para que seja devidamente caracterizada e especificada a dívida ativa, com a natureza de título executivo (líquido e certo) apto a possibilitar o ajustamento do executivo fiscal.”

A propósito, invoco, aqui, lição de **LUIZ HENRIQUE BARROS DE ARRUDA**, in **Processo Administrativo Fiscal**, Manual, Editora Resenha Tributária, 1993, página 94, *verbis*:

“... De igual modo, por força do princípio do duplo grau de jurisdição, uma das hipóteses típicas de nulidade das decisões por cerceamento do direito de defesa, consiste no não enfrentamento de questões suscitadas pelo defendente, como evidencia o Acórdão a seguir:

“NULIDADE – A falta de apreciação dos argumentos expendidos na Impugnação acarreta nulidade da decisão proferida em Primeira Instância (Ac. 103-102.139, de 27.04.92).”

Isto posto e por tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, para anular o processo, a partir da Decisão Recorrida, inclusive, para que outra seja proferida, como de direito.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 1999


SEBASTIÃO BORGES TAQUARY