



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBL. ADO NO D. O. U.
C	Da. 30 / 09 / 19 99
C	Rubrica

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404


Sessão : 27 de abril de 1999
Recurso : 108.213
Recorrente : FOX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

NORMAS PROCESSUAIS - PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL - DESISTÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - Ao teor do que dispõe o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, a propositura de ação judicial, por parte do contribuinte, importa em renúncia do poder de recorrer na esfera administrativa. Para os efeitos dessa norma jurídica, pouco importa se a ação judicial foi proposta antes ou depois da formalização do lançamento. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. **Recurso não conhecido.**

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 não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.** Vencidos os Conselheiros Sebastião Borges Taquary (Relator), José de Almeida Coelho (Suplente) e Mauro Wasilewski. Designado para redigir o Acórdão o Conselheiro Francisco Sérgio Nalini. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 1999


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Francisco Sérgio Nalini
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Daniel Corrêa Homem de Carvalho e Lina Maria Vieira.
LDSS/CF



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016184/97-10

Acórdão : 203-05.404

Recurso : 108.213

Recorrente : FOX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

RELATÓRIO

No dia 24.10.97, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 36/38, contra a empresa FOX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., dela exigindo a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, juros de mora, multa e correção monetária, no total de R\$ 147.843,62, por ter deixado ela de recolher esta contribuição, conforme restou apurado nos seus livros fiscais, no período de 30 de junho a 31 de julho de 1996.

Há, integrando a peça básica acima, o TERMO DE VERIFICAÇÃO E ENCERRAMENTO DE FISCALIZAÇÃO (fls. 16), no qual está expresso que a autuada, antes da lavratura do auto de infração supra, já estava em juízo, postulando a decretação da inegibilidade da predita contribuição, inquinando-a de inconstitucional. É o que se pode conferir às fls. 16, ***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 Declaratória Cumulada com Pedido de Repetição de Indébito perante a Justiça Federal, estando aguardando julgamento no Tribunal Regional em Porto Alegre.*”(negritou-se)

Defendendo-se, a autuada apresentou a Impugnação de fls. 40/47, sustentando a inconstitucionalidade da exigência, bem como invocando, em seu pro, 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 ao PIS.

A autoridade julgadora em primeiro grau, mediante a Decisão de fls. 97/99, com base no Ato Declaratório Normativo nº 03/96-COSIT, não conheceu da impugnação, ao argumento de que a autuada estava discutindo a matéria na via judicial. Esse entendimento, esopado pelo ilustre julgador monocrático, está assim ementado:

“PIS – Período de Apuração: 06 a 07/96.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

Destaco, aqui, que, não obstante a preexistência daquelas ações judiciais, a contribuinte foi intimada, a mando da ilustrada autoridade julgadora de primeiro grau (fls. 99), do prosseguimento da cobrança, observada a decisão judicial definitiva.

Com guarda do prazo legal (fls.106), veio o Recurso Voluntário de fls. 109/131, aviado mercê de decisão liminar em mandado de segurança, que impôs ao Fisco Federal a abstenção da exigência do depósito prévio previsto na MP nº 1.621/98 (art. 32), por ofender a garantia inserta no inc. VI do art. 5º da CF/88 (fls. 109/131).

A peça recursal postula o decreto de nulidade da decisão recorrida e a inexigibilidade da contribuição, aos argumentos de que já se encontrava em juízo quando fora atuada, fato que viola a regra do inc. LV do art. 5º da Carta Política; que a exigência é inconstitucional e, por fim, que a recorrente goza da imunidade inserta no art. 155, § 3º, da atual Constituição Federal.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

VOTO VENCIDO 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 precepto 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

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, 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 constitucinal da ampla defesa e do contraditório (inc. LV do art. 5º), ao art. 62 do Decreto nº 70.235/72, e ao 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 ajuizamento 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).”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

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 aproférída, como de direito.

É como voto.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 1999

Sebastião Borges Taquary
SEBASTIÃO BORGES TAQUARY



Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

**VOTO DO CONSELHEIRO FRANCISCO SÉRGIO NALINI
RELATOR-DESIGNADO**

O recurso voluntário foi manifestado dentro do prazo legal. Dele tomo conhecimento.

Como se verifica em diversos documentos juntados aos autos, o assunto do presente recurso encontra-se ainda em discussão na esfera do Poder Judiciário.

A Lei nº 6.830/80, em seu artigo 38, parágrafo único, estabelece que as ações ordinárias, ao serem propostas pelo contribuinte junto ao Poder Judiciário, implicam na renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa, com o objetivo de evitar discussão paralela da mesma matéria nas duas instâncias.

A primeira questão a ser enfrentada é, exatamente, a propositura pela contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial.

Neste Colegiado, sedimentou-se pacífica e firme jurisprudência no sentido de que a opção pela via judicial, por parte do contribuinte litigante, implica abandono ou desistência da via administrativa, em qualquer de suas instâncias, salvo nas hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor integral do débito, nos termos do art. 38 e de seu parágrafo único da Lei n.º 6.830/80, *in verbis*:

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

Para melhor ordenar a análise da matéria, convém, inicialmente, assinalar que o contencioso tributário desenvolve-se em dois planos distintos: na via administrativa e na via judicial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

O contencioso administrativo tem início com a impugnação. A partir dela desenvolve-se o Processo Administrativo Fiscal que culminará com a decisão de primeira instância, a qual pode ser objeto de recurso voluntário, que, por seu turno, se esgota com o julgamento na instância superior. Se, por acaso, o contribuinte, por qualquer motivo, não paga a dívida, esta é enviada à PFN para inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública para execução fiscal.

A execução fiscal, por parte da Fazenda Pública, dá início à via judicial.

O contribuinte, na qualidade de executado, pode discutir judicialmente a dívida através de embargos à execução, após prestar garantia suficiente ao pagamento da dívida.

Normalmente, o contencioso tributário desenvolve-se, em regra geral, na forma seqüencial acima descrita, dentro dos limites do ordenamento legal vigente.

Ocorre, entretanto, que, pela sistemática constitucional, o Ato Administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este, em relação ao Poder Administrativo, instância superior e autônoma. Superior significa que o Poder Judiciário pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. E autônoma significa que a parte, no caso, o sujeito passivo, não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas para então ingressar em Juízo, podendo fazê-lo diretamente em qualquer fase processual.

Todavia, o exercício desta faculdade produz um efeito processual capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, “importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto” (parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 8.630/80).

Destarte, desde que o contribuinte litigante ingresse em Juízo - via judicial - tendo como objeto da ação intentada a mesma matéria contida no Processo Administrativo Fiscal - essa opção pela via superior e autônoma, ou seja, pela via judicial, importa a desistência de a parte continuar a litigar no Processo Administrativo Fiscal ou à desistência de recurso porventura interposto.

A Constituição Federal elegeu o princípio do controle da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em norma constitucional. Este princípio tem como corolário a regra da prevalência que consiste na absoluta supremacia das decisões judiciais sobre aquelas prolatadas pelas autoridades administrativas. A regra da prevalência veda o uso simultâneo, pelo sujeito passivo da obrigação, de procedimentos paralelos com objeto e finalidade idênticos, cujos efeitos finais revelar-se-ão inexoravelmente redundantes ou antagônicos. Por isso, a opção do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10980.016184/97-10
Acórdão : 203-05.404

contribuinte pela via judicial encerra o Processo Administrativo Fiscal em definitivo, em qualquer fase.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição legal inscrita no parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 6.830/80, que consagrou, de forma plena, a regra da prevalência derivada do princípio do controle da legalidade.

Nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência ou, eventualmente, ordem judicial expedida em mandado de segurança, determinando que a autoridade fiscal se abstenha de lançar o crédito. Em contrapartida, a legislação pertinente estabeleceu regras claras sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado. O lançamento do crédito e sua exigibilidade são matérias distintas e inconfundíveis, e receberam o tratamento legal apropriado.

À autoridade de primeira instância, diante do efeito da renúncia - por presunção legal -, cabe encerrar o processo fiscal e encaminhá-lo para inscrição na Dívida Ativa.

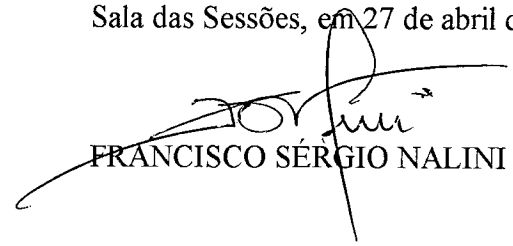
Por outro lado, se, por acaso, o processo administrativo encontra-se em grau de recurso, cabe ao julgador de segunda instância não conhecer do recurso, por falta de objeto.

Em ambas as hipóteses, o lançamento fica definitivamente constituído na esfera administrativa, e o litígio se transfere por inteiro para a órbita do Poder Judiciário, por conseguinte, conclui-se que a opção pela via judicial, ressalvadas as hipóteses legais previstas, encerra o Processo Administrativo Fiscal.

Nestes termos, voto no sentido **não se conhecer do presente recurso, por opção pela via judicial.**

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 1999


FRANCISCO SÉRGIO NALINI