



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

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

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.013631/2002-32

Recurso nº : 123.158

Acórdão nº : 203-09.054

Recorrente : MOTTER ENGENHARIA LTDA.

Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

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 – NORMAS GERAIS – PRECLUSÃO – Questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, e somente vem a ser demandada na petição de recurso, constitui matéria preclusa, da qual não se toma conhecimento.

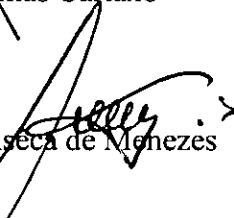
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MOTTER ENGENHARIA 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 e preclusão das demais matérias recursais.**

Sala das Sessões, em 02 de julho de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca 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.

Imp/cf



Processo nº : 11080.013631/2002-32
Recurso nº : 123.158
Acórdão nº : 203-09.054

Recorrente : MOTTER ENGENHARIA LTDA.

RELATÓRIO

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

“O contribuinte supracitado foi lançado de ofício devido a constatação de falta/insuficiência de recolhimento da contribuição para a Cofins no período de janeiro de 1997 a dezembro de 2001. Resultou num crédito tributário de R\$661.984,70, conforme Auto de Infração, de fl. 39, cientificado em 01/10/2002.

2. A legislação infringida consta de fl .44, compondo o Auto de Infração.
3. Inconformado, o contribuinte apresenta impugnação parcial, de fls.79 a 106. Não contesta o mérito da tributação, mas somente a multa e os juros de mora.
4. Insurge-se contra a multa de ofício, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), pois teria caráter confiscatório e seria desproporcional, nos termos do art.150, inciso IV, da Constituição, afetando o princípio da capacidade contributiva. A multa somente pode alcançar o percentual de 20% (vinte por cento). Traz doutrina e jurisprudência para fundamentar sua defesa.
5. Igualmente, afirma que a taxa de juros atualizadas pela chamada taxa SELIC é ilegal e inconstitucional, juntando doutrina e jurisprudência que dariam guarida aos seus argumentos de defesa.
6. Por fim, alega que houve aplicação de multa moratória e de juros de mora, acarretando um “bis in idem”, já que incidem sobre o mesmo fato gerador, havendo dupla penalização pela mora. Logo, deve se afastar o gravame de maior onerosidade para o contribuinte. Além disso, não pode haver capitalização mensal de juros, pois contraria a Lei da Usura.”

A DRJ em Porto Alegre – RS proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2001

Ementa: COFINS – FALTA DE RECOLHIMENTO - EXIGÊNCIA - Comprovada a falta de recolhimento da COFINS, esta deve ser exigida de acordo com a legislação de regência.



Processo nº : 11080.013631/2002-32
Recurso nº : 123.158
Acórdão nº : 203-09.054

INCONSTITUCIONALIDADE - INAPRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - A arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a autuada recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória e, adicionalmente, questionando a inclusão no CADIN e o não fornecimento de Certidão Negativa de Débitos, como sanções políticas.

É o relatório.



Processo n^o : 11080.013631/2002-32
Recurso n^o : 123.158
Acórdão n^o : 203-09.054

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, passo à sua apreciação.

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos, que a contribuinte ingressou com ação judicial contra a Fazenda Nacional, ocorrendo idêntico objeto entre a matéria contida no processo judicial e aquela contida nas peças recursais.

Tal se conclui pela documentação aposta às fls. 181, 192, 194, 211, 216, 219, 227, 229 a 230, 234, 236, 238, 243, 252, 254, 256, 262, 264, 266, 276 e 277, onde se questiona judicialmente a inconstitucionalidade da multa e juros e a Lei n^o 9.718/98.

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 (imperata, 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.”

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 : 11080.013631/2002-32
Recurso nº : 123.158
Acórdão nº : 203-09.054

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, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma



Processo nº : 11080.013631/2002-32
Recurso nº : 123.158
Acórdão nº : 203-09.054

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 CPC, 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)

Por outro lado, a matéria acerca da inscrição no CADIN e das DCTF apresentadas não foi apresentada na fase impugnatória.

Entendo inovadoras, em relação às iniciais, as razões citadas, por ser questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, portanto, entendendo-as preclusas, por força da determinação contida no inciso III do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93, *verbis*:

“Art. 16 – A impugnação mencionará:

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;”.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria recursal, por opção pela via judicial e por preclusão.

Sala das Sessões, em 02 de julho de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES