



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicação no Diário Oficial da União
de 12 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

Recorrente : TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S.A.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS PROCESSUAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE.
Não constitui cerceamento ao direito de defesa os atos praticados ao amparo da Legislação pertinente. **Preliminar rejeitada.**

AÇÃO JUDICIAL. Comprovado nos autos a propositura de ação judicial contra a Fazenda - 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, a teor do disposto no § 2º, art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96.

COFINS. COMPENSAÇÃO. Restando infundada a alegação de compensação antes do lançamento de ofício, não se altera o valor da exigência.

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: **TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S.A.**

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; II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003

Otacilio 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 e Luciana Pato Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Iao/cf/mdc



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

Recorrente : TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S.A.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório da decisão primeira instância, do qual transcrevo os excertos a seguir:

“Trata-se de Auto de Infração (fls. 77/80) lavrado contra a contribuinte em epígrafe, ciência em 07/08/1997, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, no período de abril/97 a junho/97, no montante de R\$927.854,41.

2. No Termo de Constatação (fls. 71/73), o autuante informa que a contribuinte possui ação ordinária nº 94.2004156-5, cujo teor da sentença de primeira instância foi: 'julgo procedente em parte a ação para declarar o direito da autora compensar os valores recolhidos a maior a título de contribuição ao Finsocial, face à indevida observância das normas inconstitucionais, com valores vencidos da Cofins, ressalvado o direito da União de verificar a regularidade do procedimento, de acordo com a presente decisão. O crédito da autora deverá ser corrigido desde a data dos pagamentos indevidos, segundo os índices da OTN/BTN/INPC (fevereiro a dezembro de 1991)/Ufir, aplicando-se, para março e abril de 1990, o percentual de IPC (84,32% e 44,80%)'.

3. O auditor fiscal informa ainda que a fiscalização se ateve à verificação da regularidade dos cálculos dos valores apenas da filial de Artur Nogueira, uma vez que a empresa não centralizou os recolhimentos do Finsocial e tampouco da Cofins. Quanto à correção monetária, o autuante afirma que foi considerado como indexador, nos períodos de março e abril de 1990, o BTN, ao invés do IPC concedido na sentença de primeira instância acima citada, pois ela encontra-se pendente de apreciação pela instância superior. Outrossim, com relação à taxa Selic, o demonstrativo apresentado pela contribuinte aplicou-a desde 01/01/95 e não a partir de 01/01/96, como estabelece o art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, c/c art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Por essas razões, apurada insuficiência de recolhimento para os meses de abril a junho de 1997, foram constituídos os respectivos créditos tributários.

4. Inconformada com o procedimento fiscal, a interessada, por intermédio de seu representante legal, protocolizou impugnação de fls. 82/86, em 08/09/97, onde alega, em síntese e fundamentalmente, que:



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

4.1. a ação judicial não foi movida por nenhuma das filiais, mas sim pela pessoa jurídica, que é a titular do direito de compensação. O crédito da pessoa jurídica – e não apenas o da filial, soma 3.768.557,8249 Ufir em janeiro/92, quantia mais que suficiente para cobrir as compensações efetuadas junto à filial de Artur Nogueira. No caso de dúvida sobre o montante do crédito, uma perícia nos documentos da empresa poderá comprovar os valores indevidamente recolhidos, o que desde já se requer, se for o caso;

4.2. mesmo considerando apenas o crédito da filial, as compensações realizadas não excederam o valor de seu crédito, pelas seguintes razões:

4.2.1. possui um processo de parcelamento que se iniciou com a denúncia espontânea da empresa e, mesmo assim, foi incluída indevidamente parcela relativa à multa de mora, contrariando o disposto no art. 138 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN);

4.2.2. aplicou a taxa Selic desde janeiro/95, pois adotou o mesmo critério utilizado pelo Fisco para acréscimo do valor devido, ou seja, nada mais fez do que aplicar o princípio da isonomia;

4.2.3. não podem ser desconsiderados os valores relativos ao IPC nos meses de março e abril de 1990 no cálculo do crédito a compensar. Trata-se de direito líquido e certo, reiteradamente confirmado pelos Tribunais Regionais e Superiores. Cita jurisprudência. Ademais, a sentença na ação ordinária nº 94.2004156-5 já foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal e nenhum recurso da Fazenda será aceito versando sobre a matéria, uma vez que os Tribunais Superiores já fixaram entendimento sobre o assunto, impedindo a subida de eventuais recursos para o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

5. Ao final, a impugnante registra que, mesmo considerando apenas o crédito da filial com a Selic calculada somente a partir de janeiro/96 e desprezando o crédito relativo à multa indevidamente paga no parcelamento, os valores supostamente devidos seriam R\$480.764,30, sendo que a diferença a menor assim apurada se referiria exatamente ao IPC dos meses de março e abril de 1990."

A Delegacia de Julgamento de origem considerou o lançamento procedente, nos termos da ementa a seguir transcrita:

"Ementa: COMPENSAÇÃO. ESTABELECIMENTOS. A compensação de um estabelecimento com outro da mesma empresa, que não recolhe



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

centralizadamente a contribuição social, deve seguir os procedimentos prescritos para a compensação de crédito de um contribuinte com débito de outro.

COMPENSAÇÃO. COMPETÊNCIA. Compete às Delegacias, Alfândegas e Inspetorias Classe Especial da Secretaria da Receita Federal apreciar os processos administrativos relativos a pedidos de compensação.

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. A constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, ainda que o contribuinte tenha proposto ação judicial.

MULTA DE OFÍCIO. Ação ORDINÁRIA. É incabível a exigência de multa de ofício na constituição, destinada a prevenir a decadência de crédito tributário cuja exigibilidade tenha sido suspensa em razão de sentença favorável à contribuinte em ação ordinária.

Lançamento Procedente em Parte".

Inconformada, a recorrente apresenta recurso a este Colegiado, alegando que:

- a decisão é nula porque houve cerceamento do direito de defesa, visto que a autoridade julgadora não analisou questões concernentes à inconstitucionalidade ou legalidade da compensação da multa exigida em parcelamento com outros débitos da pessoa jurídica, por restar violado o artigo 138 do CTN;

- a correção dos seus créditos pela Taxa SELIC deve ser a partir de 1995, para que não se atinja o princípio da isonomia;

- dentre os créditos glosados pela fiscalização existe valores relativos à multa irregularmente incluídos em parcelamento anterior e quitados pela recorrente; no seu entendimento, essas parcelas eram indevidas tendo em vista que houve denúncia espontânea e o procedimento adotado contraria o artigo 138 do CTN, bem como o princípio da legalidade; e

- a decisão recorrida não seguiu a decisão do TRF da 4ª Região quanto à correção dos créditos da empresa, relativamente ao INPC e ao IPC, devendo ser reformada para atender ao Acórdão do TRF que cita, sem qualquer discussão.

Finalmente, solicita:

- nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa;
- sejam acatados os créditos decorrentes da Ação Judicial de nº 94.2004156-5, em sua totalidade, ou quando menos no valor relativo a uma de suas filiais, corrigindo-os pelo INPC ou IPC, conforme Acórdão Judicial citado;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

seja aplicada, a partir de janeiro de 1995, a Taxa SELIC para correção dos seus créditos;

- sejam considerados, na compensação, os créditos oriundos da multa paga em parcelamento decorrente de denúncia espontânea; e
- seja cancelado o auto de infração.

É o relatório.



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Preliminarmente, rejeito a nulidade argüida, visto que a autoridade de primeira instância não se pronunciou sobre a compensação requerida e sobre inconstitucionalidades de dispositivos legais, por força de dispositivos legais que dispõem sobre competência administrativa para tal. Desta forma, não se pode pretender que o impedimento legal imposto a determinada autoridade por limitações de competência possa ser entendido como limitação ao pleno direito de defesa.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

Conforme consta da documentação judicial (fl. 14) e das próprias afirmações da recorrente – na própria peça recursal ela exige o cumprimento de Acórdão Judicial –, a contribuinte submeteu ao Poder Judiciário a correção dos seus créditos, o que implica que tal matéria não pode ser objeto de processo administrativo.

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.”

E Alberto Xavier, no seu “Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Forense, 1997, ensina:



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

"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.

Ademais, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 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, o fato de a autuada ter requerido a suspensão do feito junto ao Poder Judiciário.



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Sr. 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 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)

Desta forma, deixo de apreciar a matéria concernente à correção do supostos créditos alegados.

Quanto à solicitação de consideração da compensação com supostos créditos decorrentes de multa de mora paga em parcelamento, não consta dos autos que, anteriormente à lavratura do auto de infração, houvesse a empresa se utilizado de tal expediente, o qual, quando



Processo : 10830.005691/97-42
Acórdão : 203-08.719
Recurso : 120.359

devidamente intimado – fl. 01 – a prestar esclarecimento sobre possíveis compensações, apenas mencionou – fl. 02 - a compensação dos créditos de FINSOCIAL.

É direito da recorrente solicitar compensação de créditos que julga possuir. No entanto, para fins de alterar um lançamento efetuado, somente se pode considerar as compensações realizadas antes que tenha sido lavrado o correspondente auto de infração. Compulsando as peças processuais, não se encontram provas de que tal tenha sido o caso em análise. Desta forma, restando infundadas as alegações feitas a este respeito, entendo devam ser rejeitadas de pronto.

Desse modo, voto no sentido de não conhecer da matéria submetida ao crivo do Judiciário, e, na parte diferenciada, de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES