



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

Recorrente : CONSTRUTORA VIEIRA LTDA.
Recorrida : DRJ em Santa Maria - 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.

LANÇAMENTO DE TRIBUTOS - MEDIDA JUDICIAL - A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
CONSTRUTORA VIEIRA 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 20 de março de 2003.


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Cristina Roza da Costa, Luciana Pato Peçanha Martins, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Eaal/cf/ja/mdc



Processo nº : 11030.000829/99-01

Recurso nº : 113.195

Acórdão nº : 203-08.796

Recorrente : CONSTRUTORA VIEIRA LTDA.

RELATÓRIO

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

"Trata o presente do Auto de Infração às fls. 03 a 05 e 47 a 51, de interesse da empresa acima identificada, lavrado em ação fiscal, em que foi(foram) apurada(s) infração(infrações) ao art. 3º, alínea 'b' da Lei Complementar nº 7/1970, art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/1973, Título 5, Capítulo 1, alínea 'b', itens I e II do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142/1982, e Ato Declaratório (Normativo) nº 03, de 14/02/1996.

A interessada ingressou com 'Ação Ordinária (compensação) com pedido de Antecipação de Tutela' contra a União Federal, protocolada sob nº 97.1203576-0, pedindo: a) declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 2.445 e 2.449/88; b) declaração de que no período anterior à edição da Medida Provisória nº 1.212/95, o PIS só poderia ser exigido com base de cálculo, alíquota e fato gerador da Lei Complementar nº 7/70; c) reconhecimento do direito da Autora para compensar o que pagou a mais e indevidamente a título de PIS, no período que consta dos cálculos anexos (ver fls. 12 a 24).

A antecipação da tutela foi indeferida conforme despacho à folha 11.

Também constam nos autos cópia de 'Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar', protocolado sob nº 96.1201401-9, contra o Delegado da DRF de Passo Fundo, cujo pedido, em resumo, foi: a) liminarmente, fosse determinada a ordem para que a Autoridade Coatora expedisse a Certidão Negativa; b) no mérito: reconhecida a inconstitucionalidade das majorações de alíquotas do FINSOCIAL e o direito à Certidão Negativa (ver fls. 31 a 37).

A liminar não foi concedida (ver decisão à folha 30). No mérito a inconstitucionalidade (majoração das alíquotas do FINSOCIAL) não foi reconhecida e foi concedida segurança para o fim de ser concedida Certidão Negativa de Débito à Impetrante (ver fls. 38 a 41).



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

Houve Apelação da União para não conceder a Certidão Negativa de Débito e remessa de ofício para reexame necessário. No Tribunal Regional Federal foi negado provimento ao apelo e à remessa oficial conforme sentença prolatada em 09/06/1998, no AMS nº 96.04.67360-2, com a seguinte Ementa (folhas 42 a 44) :

TRIBUTAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO.

No caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, omissa o sujeito passivo, o fisco deve proceder ao lançamento de ofício, à míngua de lançamento definitivo na esfera administrativa, não há óbice para o atendimento do pedido na esfera judicial.

A interessada tomou ciência do Auto de infração em 11/05/1999 (ver fl. 03). Apresentou sua impugnação em 24/05/1999 (ver fls. 53 a 58), instruindo-a com documentos que constam às folhas 59 a 68 (Sentença dada na Ação Ordinária nº 97.1203576-0).

As alegações da impugnante são, em resumo, as seguintes:

- a) inicialmente faz uma análise da legislação que criou o PIS e posteriores alterações dessa legislação;*
- b) a seguir traz argumentos sobre a inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 2.445/88 e 2.449/88;*
- c) por ser a autuada prestadora de serviços, só lhe poderia ser exigido o PIS-Repique, até a edição da MP nº 1.212/95;*
- d) o PIS-Repique deve ser calculado a alíquota de 5%, tendo por base de cálculo o IRPJ, a ser recolhido nos mesmos prazos deste, conforme disposições da Lei Complementar nº 7/70;*

Requer seja julgada improcedente a ação fiscal.

A impugnação não foi conhecida, sob o argumento de que a interessada havia proposto ação judicial, com o mesmo objeto, conforme decisão do Delegado da DRF de Passo Fundo - RS (ver fls. 71 e 72).

Dessa decisão a autuada teve ciência em 21/07/1999, conforme 'AR' (ver fl. 75).

Inconformada com essa decisão apresenta recurso (ver fls. 76 a 81) em que repisa os argumentos apresentados na impugnação, requerendo



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

fosse reconhecida a improcedência da ação ou a suspensão da exigência até transitar em julgado a decisão judicial no processo nº 97.1203576-0.

Foi negado seguimento ao recurso, conforme despacho do Sr. Delegado da DRF de Passo Fundo – RS (fl. 83).

Para dar ciência desse despacho foi encaminhada a Intimação nº 123/99 (ver fl. 85), da qual a interessada tomou ciência em 18/08/1999, conforme 'AR' à folha 87.

Em 16/08/1999 foi lavrado Termo de Revelia (ver fl. 86).

Em 25/08/1999 a empresa apresentou 'Recurso Voluntário' (ver fls. 88 a 90) contra o despacho (fl. 83) que negou seguimento ao seu recurso. Argumentou, em resumo, o seguinte:

- a) o recurso administrativo tem por objeto o julgamento dos litígios incluindo na competência definida em seu regimento interno e, principalmente, a aplicação da legislação ou de sua ilegalidade;*
- b) a autoridade fiscal, por entender que o objeto do processo administrativo é o mesmo que aquele discutido no judiciário, não deu seguimento ao recurso;*
- c) o objeto do recurso administrativo visa compelir a aplicação de legislação suspensa;*
- d) no processo judicial o objeto é a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 2445/88 e 2.449/88;*
- e) são, portanto, diferentes os objetos;*
- f) no processo administrativo visa-se a aplicação da Lei Complementar nº 7/70, para efeito de confirmação de valores já recolhidos, superiores ao legalmente devido, quanto a fato gerador, base de cálculo e alíquota;*
- g) no processo judicial visa-se a inconstitucionalidade, que é a não aplicação de lei, ou dispositivo dessa lei à recorrente;*
- h) refere-se à alínea 'b' do ADN nº 3, de 14/02/1996, que trata de objetos diferentes nos processos administrativo e judiciário;*
- i) refere-se, também, ao art. 35 do Decreto nº 70.235/1972, que trata do seguimento do recurso em casos de perempção;*
- j) sustenta ter sido incorreto o procedimento da DRF de Passo Fundo.*



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

Requer o seguimento do recurso à instância superior.

Essa petição da interessada foi analisada e novamente indeferida conforme despacho do Sr. Delegado da DRF em Passo Fundo – RS (ver fls. 93 a 95).

Foi dado ciência desse despacho à interessada por meio da Intimação nº 139-99 (fl. 97), conforme 'R' que consta à folha 98, em 05/10/1999.

A seguir, em 11/10/1999 a interessada informa que ingressou com Mandado de Segurança, contra ato do Sr. Delegado da DRF em Passo Fundo, para que fosse dado seguimento a seus recursos ao Conselho de Contribuintes e expedida a Certidão Negativa de Débito (ver fl. 99).

Cópia da inicial, Mandado de Segurança com Pedido de Liminar (nº 1999.71.04.004387-3) consta nos autos às folhas 100 a 109.

Por meio do Ofício nº 730/99, da Justiça Federal – 1ª Vara Federal de Passo Fundo, foi encaminhada cópia da Decisão Liminar, proferida nos Autos do Mandado de Segurança nº 1999.71.04.004387-3 (ver fl. 116). Foi deferida liminar favorável à interessada para o fim de determinar à autoridade coatora que dê seguimento ao procedimento / recurso administrativo e para o fornecimento de Certidão Positiva com efeitos de Negativa (ver fl. 118)."

A DRJ em Santa Maria – RS, analisando as razões apresentadas e as ações judiciais referidas, decidiu por declarar a renúncia da impugnante à esfera administrativa, por opção pela via judicial, não conhecendo da impugnação, ementando a sua decisão da seguinte forma:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 30/09/1994, 31/10/1994, 30/11/1994

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS

A propositura pela contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas."

Inconformada, a empresa apresentou, tempestivamente, recurso a este Colegiado, onde repisa os argumentos expendidos na impugnação, em especial o fato de que a discussão estabelecida concerne ao ramo de atividade da empresa, passando a discorrer sobre os



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449 de 1988, bem como sobre as Leis Complementares nºs 7/70 e 17/73, alegando que todas as alterações na Lei Complementar nº 7/70 são inconstitucionais, ressaltando, ao final, que o tributo não pode ser exigido, pois a recorrente apenas recolheu valores em cumprimento à decisão judicial.

Apreciada por esta Câmara, a peça recursal propiciou a determinação de diligência (fl. 140), nos termos do voto do relator, com o objetivo de que se verificasse as referências feitas acerca da modalidade de recolhimento a que estaria submetida a recorrente, cuja conclusão – à fl. 422 – aponta para o fato de que a recorrente, à época, estaria sujeita ao PIS/FATURAMENTO. Apresenta, também, a diligência documentação judicial, alertando para o fato de que o resultado da mesma poderá alterar o valor lançado no auto de infração, pois haveria mudança nos cálculos, inclusive nos índices de correção aplicados (fl. 422).

É o relatório.



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSECA DE MENEZES

O recurso é tempestivo e, estando presentes os pressupostos de admissibilidade, passo a apreciá-lo.

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos – veja-se as observações no próprio auto de infração –, que a recorrente ingressou com ações no Poder Judiciário, as quais se referem à compensação de créditos do PIS, inclusive com questionamentos acerca da aplicação de juros mensais a 1% mais correção monetária.

Esta ação versa sobre compensação de valores decorrentes de recolhimentos feitos a maior, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, com valores do próprio PIS, inclusive havendo implicações nos índices de correção destes valores, havendo discordância entre as partes em relação aos mesmos.

Por outro lado, os documentos referentes à ação judicial (fls. 10/46/393/418) confirmam que a questão da foi submetida também à apreciação do Poder Judiciário. Observe-se que, como alegou a decisão recorrida, aquele Poder considerou que o crédito tributário exigido no presente processo está suspenso (arts. 151, III, e 206, ambos do CTN), a se concluir do despacho de concessão de liminar no Mandado de Segurança que originou o Processo Judicial nº 1999.71.04.007387-3 (fl. 118).

No entanto, há que se observar que o valor final devido da contribuição guarda estreita dependência com o resultado da compensação judicial - com especial atenção aos índices de correção e juros –, o que implica em que há uma dependência estreita entre as ações judiciais e o presente processo.

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 (imperava, 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,



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

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 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 nº 03, de 14 de fevereiro de 1996:

"(...)

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.

(...)

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;

(...)

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.



Processo nº : 11030.000829/99-01
Recurso nº : 113.195
Acórdão nº : 203-08.796

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 Tributário, 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, retorna-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'.

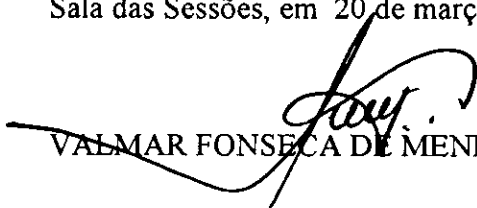
13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 ('Na decisão 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 20 de março de 2003.


VALMAR FONSECA DE MENEZES