



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13555.000009/93-03
SESSÃO DE : 13 de agosto de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416
RECURSO Nº : 126.180
RECORRENTE : TENENGE TÉCNICA NACIONAL DE ENGENHARIA
S.A.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

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.

MULTA DE OFÍCIO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

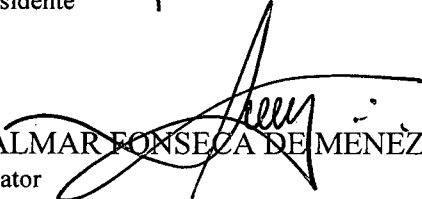
Recurso conhecido em parte, por opção pela via judicial. Na parte conhecida, dado provimento para excluir a multa de ofício no lançamento destinado a prevenir a decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, tomar conhecimento em parte do recurso por opção pela via judicial, e na parte conhecida, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 13 de agosto de 2004


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LENCE CARLUCI e JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI. Ausentes os Conselheiros CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO e LUIZ ROBERTO DOMINGO.

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416
RECORRENTE : TENENGE TÉCNICA NACIONAL DE ENGENHARIA
S.A.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : VALMAR FONSECA DE MENEZES

RELATÓRIO

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

“A empresa acima identificada foi autuada e notificada em ação direta, a recolher o crédito tributário no valor de 507.752,85 UFIR (quinhentas e sete mil, setecentas e cinquenta e duas UFIR e oitenta e cinco centésimos), referente ao Finsocial, multa e acréscimos legais, consignado em Auto de Infração (fls. 05 e 06) lavrado em 23/11/1992, cujo enquadramento legal é o art. 1º, § 1º do Decreto-lei 1.940 de 25/05/1982 e arts. 2º, 16, 80 e 83 do Regulamento do Finsocial, aprovado pelo Decreto 92.698 de 21/05/1986 c/c Lei 8.147 de 28/12/1990 e Medida Provisória 279 de 13/12/1990.

Tempestivamente, em 10/12/1992, a empresa apresentou, por seu procurador (procuração à fl. 32), impugnação (fls. 21 a 31), alegando basicamente o seguinte:

Preliminarmente:

- O Auto de Infração é nulo por ter sido lavrado sem que fosse considerado o domicílio fiscal da impugnante, que no caso não está jurisdicionado à Delegacia da Receita Federal de São Paulo;

- O Auto foi lavrado por agentes fiscais que nada tem a ver com a jurisdição do estabelecimento autuado, o que acarreta cerceamento de defesa à suplicante;

- Alega, haver sobre a matéria mandado de segurança impetrado na 16ª Vara da Justiça Federal em São Paulo.

No mérito:

- Clama pela inconstitucionalidade dos atos legais sob os quais se apoiou a exigibilidade da contribuição.

- Informação Fiscal (fls. 77 a 80) se reporta às alegações preliminares e de mérito feitas na impugnação. Em síntese:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

- É infundada a tentativa de provocar a nulidade do processo, por ter sido lavrado fora da jurisdição do contribuinte, pois o ato administrativo em pauta tem eficácia garantida na letra do art. 10 do Decreto 70.235 de 06/03/1972;

- Detectada a infração à legislação tributária, conhecidos os valores tributáveis pelo exame à sua contabilidade, presente seu representante, não há motivo para justificar a nulidade;

- O cerceamento de defesa igualmente não procede, pois intimada a autuada, seguiu o processo para o órgão preparador de sua jurisdição. A fim de aguardar prazo para pagamento ou impugnação, como convinha;

- O presente processo tem a finalidade de promover o necessário lançamento do crédito tributário para prevenir a ocorrência da decadência;

- As demais razões de defesa se referem ao aspecto da inconstitucionalidade dos atos legais, no entanto, nem este processo e nem esta instância se constituem em foro apropriado para essa discussão."

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

"Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/12/1991 a 31/03/1992

Ementa: DECISÃO JUDICIAL PARCIALMENTE FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE – O trânsito em julgado de decisão judicial parcialmente favorável ao contribuinte, implica na exoneração da contribuição no que exceder à alíquota de 0,5% (meio por cento), pois a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

MULTA PROPORCIONAL - Reduz-se, de ofício, a 75% (setenta e cinco por cento), uma vez que a lei que comine penalidade menos severa aplica-se a atos ou fatos pretéritos não definitivamente julgados.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE"

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, alegando que:

- Ingressou no Poder Judiciário pleiteando a compensação dos valores recolhidos com alíquota superior a 0,5% a título de Finsocial, com parcelas vincendas da contribuição, após ter obtido decisão transitada em julgado que reconheceu a inconstitucionalidade de tal majoração, tendo obtido autorização judicial para tanto (6º parágrafo da fl. 135);

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

Finsocial, com parcelas vincendas da contribuição, após ter obtido decisão transitada em julgado que reconheceu a inconstitucionalidade de tal majoração, tendo obtido autorização judicial para tanto (6º parágrafo da fl. 135);

- Esta compensação, autorizada pela Justiça, nos termos do artigo 156 do Código Tributário Nacional, leva à conclusão de que o crédito tributário apurado no auto de infração está extinto;
- Ainda que não existisse a autorização judicial supra, a compensação de ofício pela recorrente também está convalidada em face do que dispõe a Instrução Normativa nº 32/97;
- O auto de infração, conforme afirma a própria decisão recorrida, foi lavrado com o objetivo de tão-somente evitar a decadência, por entender que aquele crédito tributário era inexigível, ainda que provisoriamente;
- Sendo assim, não pode ser o contribuinte penalizado pela imposição de multa sobre valores que a própria fiscalização federal reconhece como não passíveis de cobrança, por estarem com a sua exigibilidade suspensa;
- Mesmo que desta forma não fosse, ou seja, ainda que aquela penalidade pudesse ser aplicada, constituindo mais uma parcela do crédito tributário supostamente detido pela União Federal, esta parcela também já estaria extinta em função de sua compensação com os valores de Finsocial indevidamente recolhidos anteriormente;
- Requer, finalmente, o cancelamento do auto de infração, bem como das penalidades dele decorrentes.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

VOTO

O recurso preenche as condições de admissibilidade, em razão do que passo à sua apreciação.

Inicialmente, verifica-se que a peça recursal trata apenas da arguição de que o crédito tributário exigido estaria já extinto pela instituto da compensação, previsto no Código Tributário Nacional, no seu caso autorizada por decisão judicial e ,mesmo que assim não fosse, convalidada pela Instrução Normativa nº 32/97 e da não pertinência da multa aplicada por ter supostamente sido o auto de infração lavrado para prevenir a decadência.

Restam configuradas, nos autos, plenamente, duas situações.

A primeira, o fato de que a argumentação de compensação de créditos a título de Finsocial foi submetida ao Poder Judiciário, conforme atesta a própria recorrente.

A segunda, o fato de que a autuação, conforme citado pela decisão recorrida, foi procedida com o fito de prevenir a decadência, o que consta da informação fiscal de fls. 77 a 80.

Diante de tais constatações, analisemos, por partes, as argumentações recursais.

Com relação à alegada compensação, razão maior nos impede da sua apreciação.

De fato, 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

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

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, 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 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 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressaltada 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 sr. Coordenador Geral do Sistema de Tributário, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *in 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).

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

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)

Com referência à multa de ofício aplicada, ressalte-se que o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, o que implica, obviamente, em que antes do procedimento de ofício, o crédito já estava com a exigibilidade suspensa, conforme já exposto.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 106, assim dispõe:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.180
ACÓRDÃO Nº : 301-31.416

Em outra vertente, a Lei 9 430, de 27 de dezembro de 1996, contempla a situação constante dos autos, tal como se depreende da leitura do seu artigo 63, transcrito, a seguir, *in verbis*:

"ART.63 - Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

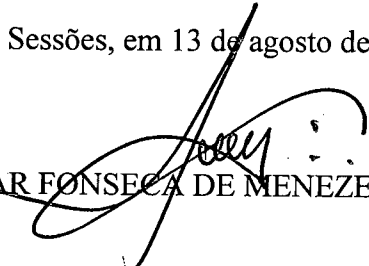
§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo

(...)"

No caso em análise, verifica-se que a Legislação superveniente ao lançamento excluiu a possibilidade de aplicação da multa de ofício, o que nos obriga, pelo Princípio da Retroatividade Benigna, expressamente contido no Código Tributário Nacional, como se transcreveu, a determinar, do presente lançamento, a supressão da penalidade aplicada.

Diante do exposto, voto no sentido de não se conhecer do recurso em parte, por opção pela via judicial, para, na parte conhecida, dar provimento para excluir a multa de ofício no lançamento efetuado para prevenir a decadência.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator