



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 31 / 08 / 2004
[Assinatura]
VISTO

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

Recorrente : BONETTO & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

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.

COFINS. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração, 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 e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e provido na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **BONETTO & CIA. LTDA.**

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; e II) na parte conhecida, em dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

[Assinatura]
Valmar Fonseca de Menezes
Relator

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

Eaal/cf/ovrs

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Cópia Original
Bresília, 02 / 10 / 04



Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

Recorrente : BONETTO & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

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

“Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 158/159, lavrado contra a contribuinte pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de maio de 1998 a março de 1999, no total de Crédito Tributário apurado de R\$ 587.062,10, com juros de mora até 31/10/2000.

2. No Termo Conclusivo da Ação Fiscal de fls. 146/155 o fiscal esclarece, que:

2.1. a contribuinte interpôs a ação ordinária de nº 97.0617345-5, na 4ª Vara da Justiça Federal em Campinas/SP, em data de 19/12/1997, pretendendo ter reconhecido o direito à compensação dos indébitos fiscais oriundos dos recolhimentos feitos ao FINSOCIAL por alíquotas superiores a 0,5%;

2.2. a sentença de 1ª instância reconheceu o direito, julgando procedente o pedido quanto ao prazo prescricional de 10 anos; determinando quanto à atualização monetária a observação do Provimento 24 da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, aí incluídos os índices de 10,14% (fevereiro de 1989), de 44,80% (abril de 1990), 7,87% (maio de 1990) e de 21,87% (fevereiro de 1991) e autorizando a fiscalização a verificar as possíveis distorções entre os critérios e delimitações estipulados na decisão e os utilizados pela contribuinte;

2.3. obedecendo rigorosamente os critérios determinados pela sentença judicial quanto à sua atualização, e para a determinação do valor do indébito fiscal, confrontou a partir de janeiro de 1988, as bases de cálculo, as alíquotas devidas e os Darfs recolhidos, obtendo para o período de janeiro/88 a março/92 um valor favorável à contribuinte de 205.158,12 Ufirs;

2.4. tal crédito foi utilizado na compensação da Cofins até maio de 1998, ocorrendo falta de pagamento para o período posterior, motivo pelo qual faz-se o lançamento de ofício referente a este processo.

3. Intimada no próprio Auto de Infração, em 31/10/2000, a contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 163/172, em 29/11/2000, por intermédio de seu advogado, procuração fl. 173, que após fazer um resumo dos fatos, conclui:



Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

“Em apertada síntese, o presente Termo de verificação e Constatação Fiscal não pode ser conhecido e provido, pelo fato que fere:

I – o princípio da ampla defesa, insculpido na Constituição Federal/88, no art. 5º, LV, pela não demonstração da composição dos índices utilizados para atualização monetária dos créditos tributários da empresa-contribuinte;

II – a sentença prolatada na ação ordinária, cujo processo foi autuado sob nº 97.0617345-5, em curso perante a 4ª Vara da Justiça Federal em Campinas – SP, pela na utilização do Provimento 24/97 da Corregedoria Geral do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

III – o princípio da segurança jurídica, visto estar a empresa sob amparo de uma decisão judicial, sendo, portanto, ilegal que o fisco venha a constituir-la em mora face à não ocorrência do trânsito em julgado do processo.”

4. Ao final requer seja declarada a nulidade do Termo lavrado em 30.10.2000 às 17h30 – MF nº 2000-00.226-0, bem como do respectivo processo.”

adiante: A DRJ em Campinas - SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/03/1999

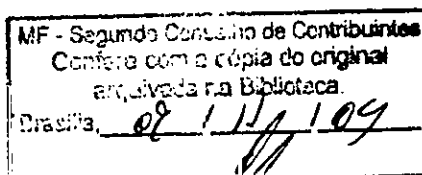
Ementa: COMPENSAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL EXCESSO. É correto o lançamento da diferença apurada decorrente de compensação que excedeu ao determinado em decisão judicial.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, resumidos a seguir:

- o fiscal autuante não seguiu, em sua apuração, a decisão judicial;
- o crédito estaria com exigibilidade suspensa, por força da tutela antecipada, implicando na dispensa da multa de ofício cobrada; e
- não pode a Fazenda Nacional cobrar o crédito tributário até o julgamento final da lide administrativa, com base no artigo 151 do CTN.

É o relatório.





Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

1. DA OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

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, qual seja, a compensação de créditos do FINSOCIAL com COFINS, conforme relatado.

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:

“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.”



Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

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, 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



Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

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, em parte, da matéria recursal – compensação - , por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

2. DA PARTE CONHECIDA:

2.1. DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA.

As disposições do Código Tributário Nacional, vigentes à época da autuação, não contemplavam a hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito, nos casos de concessão de tutela antecipada, tendo o lançamento procedido com absoluta observância das normas legais e dentro da estrita observância da vinculação legal a que está subordinada a atividade administrativa de lançamento, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

A disposição legal citada pela recorrente somente passou a figurar no mundo jurídico a partir da Lei Complementar nº 104/2002, no entanto, o próprio Código Tributário Nacional admite a retroatividade da Lei quando tratar de penalidades e quando em benefício do apenado.

Tal é a disposição contida seu artigo 106, *verbis*:

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

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Confere com a cópia do original
arquivada na Biblioteca.
Brasília, 07/10/104



Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

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.”

O art. 151 do CTN, com a alteração feita pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe em seu inciso V:

“Art. 151. (...)

“V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;”.

Por sua vez, determina o art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de Julho de 2001, *verbis*:

“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.”

Desta forma, restando comprovado que, à época da autuação, a recorrente detinha a tutela antecipada, nos termos relatados, e que, por legislação posterior, em específico a Lei Complementar nº 104/2002, tal ocorrência implicaria na suspensão da exigibilidade do crédito e, por força da Lei nº 9.430/96, em seu artigo 63, em caso de lavratura de auto de infração para prevenir a decadência, a não exigência da multa de ofício, há que se exonerar a recorrente – por aplicação retroatividade da Lei – da multa de ofício aplicada.

2.2. DA SUSPENSÃO DA COBRANÇA ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA LIDE NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

O Decreto nº 70.235/72, que regula todo o Processo Administrativo Fiscal, contempla o requerimento da recorrente, já estando, inclusive, o presente crédito com exigibilidade suspensa até a definição da lide, no âmbito administrativo. Sem maiores delongas, pois, conclui-se pela irrelevância do argumento suscitado.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer, em parte, do recurso, por opção pela via judicial, para, no mérito, dar provimento ao recurso para excluir a multa de ofício,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13839.002345/00-89
Recurso nº : 123.483
Acórdão nº : 203-09.368

em atendimento ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

Sala das Sessões, em 04 de dezembro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES

