



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº : 13864.000125/2008-87
Recurso nº : 159.619 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº : 3401-00.166 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de : 14 de agosto de 2009
Matéria : Auto de Infração de Pasep
Recorrente : MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
Recorrida : DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/12/2002 a 30/04/2003

RECURSO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO NA DECISÃO. CONHECIMENTO SEM NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À DRJ.

Ainda que não mencionado na decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, o recurso de ofício ou remessa necessária, previsto no art. 34 do Decreto nº 70.235/72, deve ser conhecido sempre que presentes os seus pressupostos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/12/2002 a 30/04/2003

AUTO DE INFRAÇÃO. TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR.

Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, é inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários dos tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação é a do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar da data do fato gerador.

Recurso de Ofício Provido em Parte.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/12/2002 a 31/12/2006

PASEP. MUNICÍPIO. BASE DE CÁLCULO. DESTINAÇÕES AO FUNDEF/FUNDEB, FNAS, FNS E FNDE. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

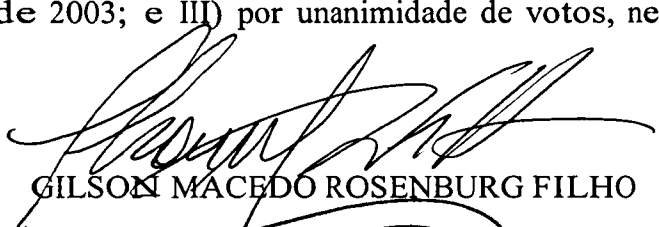
P. 1

Os valores destinados pelo Município ao Fundef/Fundeb, FNAS, FNS e FNDE não podem ser excluídos da base de cálculo do Pasep, primeiro, porque originários de receitas arrecadadas por outras entidades da administração pública, e, segundo, por falta de previsão legal, já que as exclusões permitidas contemplam as transferências efetuadas a outras entidades públicas, o que não é o caso desses fundos, que se constituem em um mero fundo de natureza contábil, não possuindo personalidade jurídica. Aplicação do disposto no inciso III do artigo 2º e no *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998.

Recurso Provido em parte.

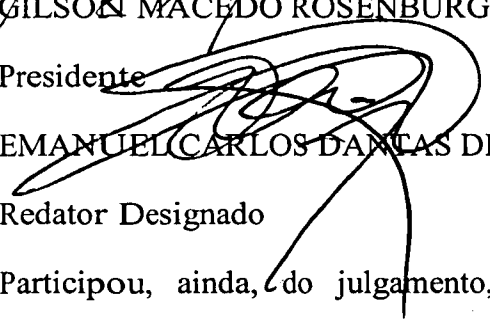
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, em dar provimento parcial ao recurso nos seguintes termos: I) pelo voto de qualidade, em suprir, de ofício, a falta da formalidade prevista no artigo 34, I, § 1º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Ofício. Vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho (Relator), Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda. Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor; II) por unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao recurso de ofício para reconhecer a decadência também dos períodos de apuração de dezembro de 2002 e de janeiro a abril de 2003; e III) por unanimidade de votos, negou-se provimento ao Recurso Voluntário.



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente



EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

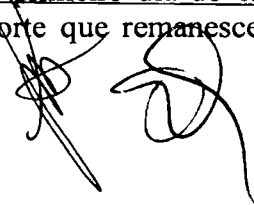
Redator Designado

Participou, ainda, do julgamento, o Conselheiro Jean Cleuter Simões

Mendonça.

Relatório

O presente julgamento versa sobre Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 3ª Turma da DRJ em Campinas/SP proferida por meio do Acórdão nº 05-22.468, de 28/07/2008, que manteve parcialmente o crédito tributário constituído no Auto de Infração relativo ao PIS/Pasep dos períodos de apuração de janeiro de 1998 a dezembro de 2006. A instância de piso, levando em conta o entendimento do STF quanto à inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, considerou atingidos pela **decadência** os lançamentos relativos aos períodos de apuração de janeiro de 1998 a novembro de 2002, pois, tendo o auto de infração sido **cientificado em 20/05/2008**, valeu-se do disposto no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, ou seja, tomou como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, de sorte que remanesceram ao



lançamento apenas os períodos de apuração de dezembro de 2002 a dezembro de 2006. O auto de infração montou a R\$ 22.811.476,74 e as exclusões feitas pela DRJ por conta da **decadência parcial** superaram o valor do limite de alçada estabelecido pela Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, de R\$ 1.000.000,00, para a interposição do Recurso de Ofício, sem, porém, que tal providência tivesse sido adotada pela instância de piso.

Em relação ao crédito tributário mantido pela DRJ, esta considerou que os repasses feitos à Câmara Municipal não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição por falta de amparo legal, visto que as casas legislativas não compõem o universo das entidades da Administração Pública mencionadas no artigo 7º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, que trata das exclusões possíveis.

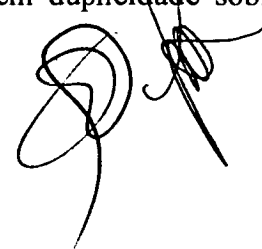
A instância de piso deu o mesmo tratamento aos repasses recebidos pelo Município e destinados a fundos de diversas naturezas, ou seja, considerou que os mesmos não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição, por não existir a sua transferência a outra entidade da Administração Pública. Especificamente em relação ao Fundef/Fundeb, entendeu a DRJ que o mesmo não constitui entidade pública, mas, sim, um fundo de natureza contábil, o que não permite que os recursos a ele destinados possam ser excluídos da base de cálculo da contribuição. Assim, não haveria que se falar na incidência de mais de uma contribuição sobre as transferências ao referido programa, não ocorrendo, pois, a vedação veiculada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº 8, de 1970.

No que se refere à alíquota incidente, a decisão recorrida se posicionou no sentido de que deve prevalecer aquela definida em lei, ou seja, sem se considerar os seus aspectos econômicos/financeiros eventualmente relacionados.

Por fim, aduziu a DRJ que o produto da alienação de bens, mesmo tendo destinação específica, não foi contemplado como valor a ser excluído da base de cálculo das contribuições.

No entendimento da Recorrente, todavia, os valores referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – **Fundef**, bem como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização de Profissionais da Educação – **Fundeb**, seu substituto; ao Fundo Nacional de Saúde – **FNS**; ao Fundo Nacional de Assistência Social – **FNASS**; ao Fundo Nacional de Assistência Social – **FNDE**, e os valores que ingressam no município em decorrência de convênios, bem como aqueles que resultam de alienações de bens e os repassados à Câmara Municipal não constituem receita e não podem integrar a base de cálculo da contribuição, sob pena de violação do artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, e, ainda, em infringência ao princípio da legalidade.

Para a Recorrente, no caso do Fundef/Fundeb, que é formado com o repasse dos Estados de 15% da parcela que lhes cabe do IPI, do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e dos Municípios – FPM, bem como do ICMS, e considerando que esses mesmos 15% não devem ser excluídos da base de cálculo do **PIS/Pasep** devido pelos Estados, implica em que, mantido o entendimento do Fisco em relação à incidência da contribuição dos Municípios, implicaria numa incidência em duplicidade sobre os mesmos



3

recursos, constituindo em violação ao disposto no artigo 2º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998¹.

Aduz ainda a Recorrente que com a inclusão na base de cálculo do PIS/Pasep da receita corrente líquida, alcançando as transferências federais tais como o Fundef, o FNAS, o FNS, o FNDE e os convênios diversos, os repasses para o custeio da saúde e as vinculações constitucionais com saúde e educação, há um reflexo imediato na alíquota efetiva do tributo, já que esta não estaria incidindo, como, entende, deveria, apenas sobre os recursos livres.

Concorda a Recorrente que os *fundos especiais* não possuem personalidade jurídica, porém, os seus recursos, segundo ela, corresponderiam a um tipo de gestão financeira de recursos vinculados ou alocados a uma área de responsabilidade para cumprimento de objetivos específicos, vinculação esta prescrita em lei.

Quanto ao produto da alienação de bens, diz a Recorrente que a lei de Responsabilidade Fiscal encontra limite legal na vinculação do produto dela resultante, que deve ser revertido na compra de outro bem.

Por fim, quanto aos repasses efetuados às Câmaras Municipais, concorda a Recorrente que as mesmas são entes despersonalizados, dotados unicamente de capacidade judiciária, porém, em conformidade com o princípio republicano da repartição de poderes, o Legislativo local é ente autônomo, e a receita a ele repassada também não pode integrar a base de cálculo do PIS/Pasep.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 08/08/2008, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 16/08/2008. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Recurso de Ofício – omissão da decisão recorrida

Conforme ressaltado acima, a decisão recorrida não se referiu à remessa de ofício determinada pelo art. 34, I, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 9.532/97, não obstante a soma do tributo e encargos de multa por ela exonerados em função da decadência parcial, tivesse sido bem superior a R\$ 1.0000.000,00 (um milhão de reais), valor este correspondente ao limite de alçada estabelecido pela Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008.

Para casos como este, em que, mesmo sendo necessário, a autoridade julgadora tenha se omitido em relação ao recurso de ofício, dispõe o § 2º do referido art. 34, que “Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade

¹ Na verdade, a recorrente quis se referir ao parágrafo único do referido artigo, que dispõe: "Não recairá, em nenhuma hipótese, sobre as transferências de que trata este artigo, mais de uma contribuição."

julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.” (grifos meus), sendo que, entretanto, tampouco essa providência foi adotada.

Não obstante tenha votado de forma diferente quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 136.159, que resultou no Acórdão nº 203-12.015, ocasião em que, por unanimidade de votos esta Câmara superou a omissão da instância de piso em recorrer de ofício e julgou o "Recurso de Ofício" com base na presunção de que o § 2º do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, acima reproduzido, tivesse sido atendido, hoje, revendo melhor a matéria, posiciono-me no sentido de que somente com uma representação formalizada junto à autoridade julgadora de primeira instância é que a omissão poderá ser sanada e o recurso de ofício poderá aqui ser apreciado; antes disso, não, sob pena de a decisão não transitar em julgado, conforme, aliás, nos ensina Marcos Vinícius Neder e Maria Tereza Martinez Lopez na sua obra *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*, 2ª Edição, Dialética, São Paulo, 2004, à p. 386.

: Em Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Moacyr Amaral Santos² ensina que:

"Visando, porém, ao resguardo de certos interesses de ordem pública (interesses de família, da União, do Estado, ou do Município e da Fazenda Pública), a lei, no art. 475 do Código de Processo Civil, prescreve a exigibilidade do cumprimento do princípio do duplo grau de jurisdição, sempre que aqueles interesses não tenham prevalecido na sentença. Isso se dá apenas relativamente à sentença. É o que determina imperativamente, repetindo disposição do Código Tributário Nacional de Processo Civil de 1939, art. 822, o Código Vigente, art. 475, nestes termos: 'Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – que anular o casamento; II – proferida contra a União, o Estado e o Município; III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública.'"

Caso semelhante, porém, com um detalhe a diferenciá-lo do presente– houve a tentativa de sanar a omissão por meio de despacho interlocutório elaborado, ao que tudo indica, por pessoa não autorizada a fazê-lo - recebeu o seguinte tratamento da então denominada Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 105-16.577, de 04/04/2007, de relatoria do Cons. José Carlos Passuello: votação unânime pelo não conhecimento do recurso de ofício.

Em face do exposto, voto por converter o presente julgamento em diligência para que a formalidade prevista no artigo 34, I, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, seja cumprida pela autoridade competente, ficando, no momento, prejudicada a análise do Recurso Voluntário.

Recurso de Ofício - decadência parcial

Tendo sido vencido pelos meus pares quanto à proposição acima, passo a tratar, primeiramente, da exoneração feita pela instância de piso por conta da decadência de parte do lançamento e, em seguida, dos termos do Recurso Voluntário.

² 3º Volume, 19ª Ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos, Saraiva, São Paulo, 2000, p.99.

O auto de infração foi cientificado ao sujeito passivo em 20/05/2008 e se referiu aos períodos de apuração de janeiro de 1998 a dezembro de 2006. A DRJ, entretanto, escorada em entendimentos manifestados pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o dispositivo legal que deve ser tomado para a contagem do prazo inicial da decadência é o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, em detrimento do § 4º do artigo 150 do mesmo Código, exonerou os valores relativos aos fatos geradores de janeiro de 1998 a novembro de 2002.

Com a devida vênia, entendo que, no presente caso, em que ocorreram pagamentos, ou seja, o PIS/Pasep, embora a menor em desfavor do Fisco, foi efetivamente recolhido na época de seu vencimento, deve ser aplicada a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, qual seja, a de considerar homologados os pagamentos realizados e definitivamente extinto o crédito tributário correspondente, caso a Fazenda Pública sobre eles não tenha se pronunciado no prazo de cinco anos, contado da ocorrência do respectivo fato gerador.

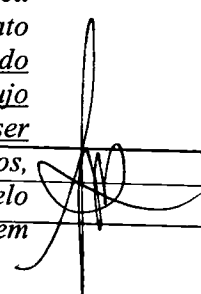
Na doutrina, invoco Luciano Amaro, que, *in* Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 2005, 11ª ed., p. 409, ensina que, *verbis*, "(...), quando não se efetua o pagamento 'antecipado' exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, pois simplesmente não há o que homologar; a homologação não pode operar no vazio. Tendo em vista que o artigo 150 não regulou a hipótese, e o art. 149 diz apenas que cabe lançamento de ofício (item V), enquanto, obviamente, não extinto o direito do Fisco, o prazo a ser aplicado para a hipótese deve seguir a regra geral do art. 173, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que (à vista da omissão do sujeito passivo) o lançamento de ofício poderia ser feito".

Nessa mesma linha se posiciona Carlos Mário da Silva Velloso, *in* Decadência e prescrição do crédito tributário..., Revista de Direito Tributário, n. 9/10, p. 184-5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, ao afirmar que a homologação não tem lugar quando inexistente pagamento antecipado, pois o artigo 150, § 4º, só trata da hipótese de ter havido pagamento.

A jurisprudência do STJ é farta nesse mesmo sentido, a exemplo do julgado no REsp 678454/SC, Recurso Especial 2004/0088634-5, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 17/09/2007, p. 211, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. RECURSO DESPROVIDO.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira: (a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"; (b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. 2. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN. 3. No caso dos autos, não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, motivo pelo qual a Fazenda Pública estadual lavrou Notificação Fiscal em



2

25 de janeiro de 1988, pugnando por débitos de ICMS referentes ao período de janeiro de 1982. Assim, o prazo que o Fisco estadual possuía para efetuar o lançamento era até 1º de janeiro de 1988, tendo em vista que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, do CTN). Portanto, efetivamente se implementou a decadência, não havendo o que ser reformado no acórdão recorrido. 4. Recurso especial desprovido.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. (grifos meus)

Assim, o reexame necessário à decisão da instância de piso deve se dar no sentido de que sejam considerados atingidos pela decadência também os períodos de apuração de dezembro de 2002 e de janeiro a abril de 2003, ou seja, ao "recurso de ofício" aqui posto em julgamento deve ser dado provimento parcial.

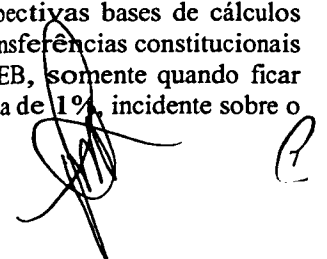
Recurso Voluntário

Em relação aos repasses efetuados pelo Município de São José dos Campos aos fundos especiais (Fundef/Fundeb, FNAS, FNS e FNDE), voto pela manutenção do lançamento, na linha, inclusive, do que esta Câmara já decidira quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 148.677, da Prefeitura Municipal de Quissamã, em 06 de maio de 2009, ou seja, de considerar que os mesmos são meros fundos contábeis, não podendo ser considerados como aquelas *entidades públicas* constantes da parte final do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, de sorte que tais transferências não podem ser excluídas da base de cálculo da contribuição ao PIS/Pasep.

O mesmo se diga em relação aos repasses efetuados às Câmaras Municipais pois, conforme bem demonstrou a instância de piso, também não se enquadram no conceito de *entidades públicas*, visto, diferentemente disso, serem consideradas como *órgãos independentes*, que não possuem personalidade jurídica própria, já que integram a estrutura da Administração Direta, ao contrário de uma *entidade pública*, que constitui em uma unidade de atuação dotada de personalidade jurídica, como, por exemplo, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Quanto à alegada duplicidade de incidência da contribuição sobre os valores repassados ao Fundef/Fundeb, que estaria caracterizada pelo fato de que a Unidade Federativa não pode excluir da base de cálculo do PIS/Pasep os valores do FPM, do IPI e do ICMS que repassa aos municípios, teria razão a Recorrente se, nos termos do entendimento a própria Cosit em sua Solução de Divergência nº 2, de 10 de fevereiro de 2009, item 16.2.1³, tivesse comprovado

³ 16.2.1. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão excluir de suas respectivas bases de cálculos mensais da Contribuição para o PIS/Pasep, os valores recebidos da União a título de transferências constitucionais relativas ao FPE e ao FPM, inclusive os valores destacados para o FUNDEF/FUNDEB, somente quando ficar comprovado que houve a retenção da Contribuição para o PIS/Pasep, na fonte, à alíquota de 1%, incidente sobre o



que houvera a retenção de 1%, incidente sobre o total dos valores transferidos pela União, por meio da STN, na forma disposta no § 6º do art. 2º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998.

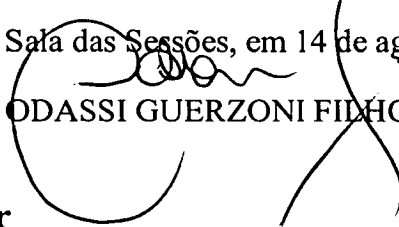
Também não pode prosperar o argumento da Recorrente de que, ao se fazer incidir a contribuição sobre os valores destinados pelo município ao Fundef/Fundeb, estar-se-ia incorrendo em duplicidade de tributação por conta de os valores que o formam estarem sujeitos também à incidência da contribuição na Unidade Federativa que os repassou ao município, duplicidade essa vedada pelo artigo 2º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998. Essa alegada duplicidade

De se afastar ainda o argumento da Recorrente de que a incidência do PIS/Pasep sobre a receita corrente líquida provocaria reflexo imediato na alíquota efetiva do tributo, pois, conforme bem o ressaltou a instância de piso, a alíquota a ser adotada é a constante do dispositivo legal específico, pouco ou nenhuma influência exercendo sobre isso os efeitos econômicos de sua aplicação.

Por fim, também não merece provimento o argumento da Recorrente no sentido de que seja excluída da base de cálculo da contribuição o produto da alienação de bens pelo fato de que o mesmo deve ser revertido na compra de outro bem. Ora, a lei que trata da incidência do PIS/Pasep não contempla dentre as exclusões da base de cálculo esse tipo de transação, de sorte que, em sendo considerado referido valor como integrante das chamadas *receitas correntes próprias* a que se refere a alínea *a* do inciso II do art. 2º da Lei Complementar nº 8, de 03/12/1970, c/c o disposto no inciso III do art. 8º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, não pode ser excluída da base de cálculo da contribuição.

Em face de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2009.


ODASSI GUERZONI FILHO

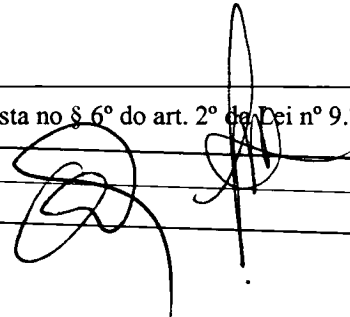
Voto Vencedor

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Redator Designado quanto à conhecimento da remessa de ofício.

Peço vênia ao ilustre relator e aos demais conselheiros que o acompanham, para divergir em relação à proposta de diligência que visava, tão-somente, suprir formalidade ausente na decisão recorrida. Como informado no novo vencido apenas no tocante a essa proposta, não foi interposto o “Recurso de Ofício” na decisão de piso, embora o limite do crédito tributário exonerado seja superior ao limite de alçada.

Mantenho o entendimento adotado no julgamento do Recurso nº 136.159, Acórdão nº 203-12.015, no sentido de que o conhecimento da **remessa de ofício** – esta a melhor expressão, pois de recurso não se trata, apesar do nome – independe da interposição expressa, por parte da instância a *quo*.

total dos valores transferidos pela União, por meio da STN, na forma disposta no § 6º do art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998.



Como se sabe, a remessa de ofício está prevista no art. 34 do Decreto nº 70.235/72, que dispõe, *verbis* (**negrito acrescentado**):

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997).

II - deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

§ 2º Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.

O instituto tem origem no nosso processo civil, sendo em tudo semelhante ao art. 475 do CPC, que estabelece (**negritos acrescentados**):

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

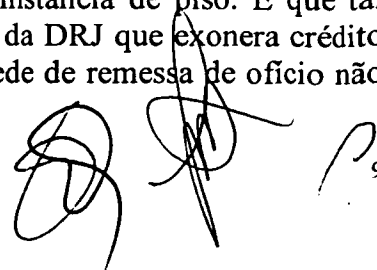
(...)

~~*Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.*~~

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

Diferença importante entre a redação original do parágrafo único do art. 475 do CPC e o atual § 1º consiste na troca do termo “poderá” por “deverá”, referindo-se ao dever do tribunal *ad quem* analisar a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, ainda que a instância inferior não providencie a remessa de ofício. Embora considere que não houve mudança substancial na norma – mesmo antes, quando o texto legal dizia “poderá”, cabia ler “deverá”, pois já se tratava de remessa necessária, independente da vontade do juízo inferior -, a alteração deixa mais nítido que o tribunal reapreciará o feito, haja ou não a remessa, por parte da instância *α. quo*.

Assim como no processo civil, também neste processo administrativo o conhecimento da remessa de ofício independe da iniciativa da instância de piso. É que tal remessa, mais do que recurso, é condição de eficácia da decisão da DRJ que exonera crédito tributário acima do limite de alçada. Antes da nova análise em sede de remessa de ofício não



tem fim o processo administrativo fiscal (assim como não transita em julgado a sentença submetida ao duplo grau de jurisdição no Judiciário).

Na lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, São Paulo, Revista dos Tribunais, 7ª edição atualizada até 07/07/2003, nos comentários ao art. 475 do CPC e tratando da natureza jurídica da remessa de ofício, tem-se o seguinte:

Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não examinada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz."

(...)

Verificando ser caso de remessa obrigatória, o juiz, na sentença, determinará o envio dos autos ao tribunal ad quem, que procederá ao reexame integral da sentença. Caso a sentença seja omissa, o tribunal deverá, ex officio ou a requerimento do interessado, avocar os autos. Na redação anterior, o revogado par. Único falava que o tribunal 'poderia' avocar os autos. Corretamente, o atual § 1º (...) impõe ao tribunal o dever de avocar os autos."

O § 2º do art. 34 do Decreto nº 70.235/72, ao prever que o servidor que verificar a não interposição do "recurso de ofício" representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, visando seja observada aquela formalidade, pretende cumprir o que, inicialmente, fica a cargo da instância a *quo*. Não há, no citado parágrafo, norma a estabelecer competência privativa – muito menos exclusiva – do órgão julgador inferior, para "recorrer de ofício". Tenho para mim que a norma a ser extraída do parágrafo em comento é no sentido de que qualquer servidor, ao constatar os pressupostos da remessa necessária, deve diligenciar junto à sua chefia para que seja providenciada a anotação respectiva nos autos, suprimindo a ausência na decisão a ser reapreciada. Tanto assim que o § 2º do art. 34 não determina a devolução dos autos à DRJ.

Por fim, observo que o conhecimento da remessa de ofício, independentemente do pronunciamento expresso neste sentido na decisão da DRJ, sem que os autos sejam devolvidos àquela instância, vão de encontro a dois princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal: o da verdade material e o da informalidade moderada.

Pelo exposto, rejeito a diligência proposta e conheço da remessa de ofício, sem necessidade de retorno dos autos à DRJ.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2009.

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS