



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10305.002157/94-16
Recurso n.º : 118.666
Matéria: : IRPJ E OUTROS – EX: DE 1991
Embargante : SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.
Embargada : PRIMEIRA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : FAZENDA NACIONAL
Sessão de : 23 de janeiro de 2002
Acórdão n.º : 101-93.723

Embargos de Declaração – Recebido para aclarar decisão no sentido de que não fica o Fisco impossibilitado de lançar quando ausente determinação específica em Mandado de Segurança, no qual, ainda foi negada liminar e segurança.

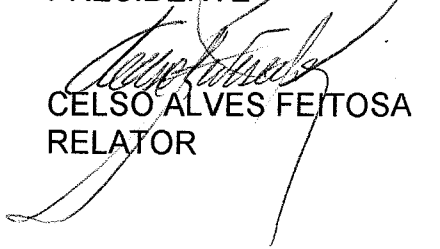
Via Judicial – A concomitância de ação judicial e defesa administrativa, leva ao não conhecimento desta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SOCIEDADE COMÉRCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, RECEBER os embargos e no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE



CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 FEV 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, RAUL PIMENTEL, FERNANDO AMÉRICO WALTHER (Suplente Convocado) e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL

A handwritten signature in black ink, located in the lower right quadrant of the page. The signature is stylized and appears to be a single name.

Recurso nr. : 118.666
Recorrente: SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.

RELATÓRIO

Despacho de fls. 249/251 requer esclarecimentos acerca de Embargos Declaratórios de fls. 238/239, apresentado pela contribuinte acima identificada com vistas a sanear contradição/omissão contida no Acórdão nº 101-92.674 (fls. 228/233), pelas razões que seguem transcritas:

“Em certo ponto da fundamentação da decisão ora embargada, declara o voto vencedor do Conselheiro Celso Alves Feitosa, Relator do processo:

‘A segurança foi negada, enquanto é sabido que o efeito da apelação não é suspensivo mas tão somente devolutivo.

Daí fica afastado o argumento de que enquanto estiver a matéria ‘sub judice’ impedido estaria o Fisco de autuar ou reclamar o imposto entendido devido.’

Ocorre que, conforme explicitado no recurso voluntário e não conhecido, o Processo Judicial nr. 91.0049817-3 aguarda julgamento no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo sido o recurso de apelação interposto pela ora Embargante no efeito suspensivo, por despacho cuja cópia encontra-se anexa a estes embargos de declaração.

Repare-se que o despacho que deferiu a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação da ora Embargante foi exarado em 18.08.94, enquanto o auto de infração que deu origem ao presente processo administrativo foi lavrado em 25.10.94, quando já estava suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

Deste modo, não fica afastada a impossibilidade de que o Fisco autue e reclame o tributo que entende devido pela ora Embargante. Pelo contrário, ao tempo em que foi autuada, a Embargante já encontrava-se protegida pelo efeito suspensivo que foi atribuído ao seu recurso de apelação.

Neste contexto, considerando-se que o auto de infração lavrado contra a ora Embargante incluiu como crédito tributário da Fazenda Nacional os juros de mora que seriam devidos, vale ainda citar o entendimento da doutrina a respeito: [transcreve doutrina].

.....

Como fica claro, não só o crédito tributário em discussão estava com sua exigibilidade suspensa na época em que foi lavrado o auto de infração, como a Embargante, naquela ocasião, sofreu penalização pela incidência de juros de mora como se exigível o crédito fosse, muito embora já tivesse sido atribuído efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto no processo judicial que discute o crédito objeto deste processo administrativo. “

Preliminarmente ao encaminhamento dos autos a este relator, mencionam-se os seguintes pontos no Despacho retrocitado:

- 1) a contribuinte, além do já mencionado processo judicial (nº 91.0049817-3) em fase de apelação, impetrou, também, o Mandado de Segurança, processo nº 98.0009595-0, cuja liminar havia sido deferida (fl. 2 do Processo 10768.009870/98-77, apenso);
- 2) “A liminar concedida neste processo nº 98.0009595-0 que autoriza o julgamento do Recurso Voluntário sem o depósito compulsório de 30% foi, posteriormente, cassada” (fls. 136/141/143 – processo apenso);
- 3) quanto à apelação referida no item 1 supra, relativa ao processo judicial nº 91.0049817-3, a contribuinte interpôs “Agravo de Instrumento” (fls. 110 do processo apenso), nada mais constando dos autos.

É o relatório



VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator.

Recebo os embargos de declaração ante a afirmação de interpretação contraditória do julgado atacado. No caso ficou decidido que não devia ser conhecido o recurso voluntário interposto pela Recorrente, diante da opção feita pelo contribuinte, pela via judicial.

A decisão, como constou a fls. 232, se deu em razão do disposto na Lei 6.830/80, art. 38, transcrita no voto.

Antes, ficou consignado, que não estaria impedido o Fisco de lançar porque a apelação em mandado de segurança não tinha efeito suspensivo, mas tão só devolutivo.

Como a fls. 246, antes já constante dos autos, se vê decisão recebendo Agravo de Instrumento, para declarar, em reconsideração, o recebimento da apelação também no efeito suspensivo, entende a Recorrente, então, deva ser desfeita ou melhor explicada a contradição reclamada.

O julgado talvez mereça melhor esclarecimento, razão pela qual então são recebidos os embargos.

Como se vê nos autos (fls. 153), a sentença, **que não concedeu a segurança**, antes **já havia negado a liminar pleiteada** pela Recorrente. Assim, cabe a indagação: se jamais qualquer direito foi reconhecido à Recorrente, como conciliar a

efeito suspensivo? Suspende o que? Se a interposição de mandado de segurança, **sem liminar** nada acrescenta ao Impetrante, nada acrescentando ainda a **não concessão da segurança**, como conciliar tal ato judicial ao recebimento da apelação com efeito suspensivo?

Kazuo Watanabe, citado por Eduardo Arruda Alvim, in "Mandado de Segurança em Direito Tributário" pág. 255, ao cuidar da natureza da sentença em mandado de segurança, assevera:

"Ela ordena, manda, não se limitando a condenar".

Desde logo (continua), saliente-se que estamos cogitando da sentença concessiva da segurança, pois que a sentença denegatória terá cunho declaratório negativo (afirmação esta atribuída a Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, v.I, p. 582).

Ora, se a sentença denegatória em MS tem cunho declaratório negativo, o recebimento da apelação não pode ter efeito suspensivo, ainda que assim conste do despacho, pois suspender o que é negado não conduz a uma concessão. Se não tinha direito ao seu pleito a Recorrente, assim decidido através de sentença proferida em mandado de segurança, ainda que dito recebida a apelação com efeito suspensivo, resta evidente, não está a reconhecer o que foi negado. O efeito é nenhum.

Exemplificando: numa ação de indenização, uma vez negado o direito, isto é julgado improcedente o pedido, resta evidente que mesmo apelando o autor, o efeito de seu pedido não pode ser suspensivo, pois nada lhe foi reconhecido. Por outro lado, se vencedor, ao réu sim cabe apelação com efeito suspensivo da ordem positiva. Isto é, fica suspenso o ato de condenação. O que fica suspenso é o direito reconhecido na ação, em razão do duplo grau de jurisdição. Ou seja, só se suspende um ato positivo, nunca um ato de jurisdição negativa.

Por outro lado, diante do reclamo da Recorrente, cabe mais acrescentar, para a devida justificativa, quanto ao seu entendimento de que o Fisco não poderia ter lançado em razão da impetração da segurança, em sentido oposto, ainda segundo Eduardo de Arruda Alvim, in "Mandado de Segurança no Direito Tributário":

"De outro lado, ocorrido o fato imponível, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento. Nem pelo fato de antes de se proceder ao lançamento, vir a obter o contribuinte do Judiciário

proteção liminar em mandado de segurança, ou mesmo suspender por outro fundamento a exigibilidade do crédito tributário, isto inibe a autoridade administrativa de proceder o lançamento.

Muito ao contrário. Deve a autoridade administrativa proceder ao lançamento, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN), mesmo porque o prazo decadencial de 5 (cinco) anos a que alude o art. 173 do CTN já se terá iniciado (pois que principia, como regra, com a ocorrência do fato imponible), e, em se tratando de prazo decadencial, não se interrompe, nem se suspende. Deste modo, se, porventura, o processo durar mais do que 5 (cinco) anos, sem que se proceda ao lançamento, mesmo que o contribuinte perca a ação, não mais poderá a Fazenda executar-lhe, daí o porque a necessidade de que se proceda ao lançamento, mesmo estando suspensa a exigibilidade”.

Por fim, entendo que a norma do artigo 38 da Lei 6.830/80 tem embasamento jurídico no que segue, por isso adotada.

O professor Alberto Xavier, in “Do lançamento”, a fls. 282, assim se expressa com relação à questão discussão administrativa e perante o Poder Judiciário, a um só tempo:

“No sistema atualmente vigente, ao abrigo da Constituição de 1988, não se exige o prévio esgotamento das vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, pelo que vigora um **princípio optativo**, segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e a impugnação judicial do lançamento tributário.

Esta opção pode ser **originária** ou **superveniente**, em consequência de desistência da via originariamente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação contenciosa, na pendência de uma impugnação administrativa, esta considera-se extinta. É o que resulta do § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1737, de 20 de dezembro de 1979, segundo o qual “a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso

interposto". E regra idêntica deflui do artigo 38 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, segundo o qual "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto".

Sobre a classificação dos recursos em: necessários, facultativos, alternativos e exclusivos, assim continua para concluir o referido professor:

" A figura do recurso exclusivo não é tolerada no direito brasileiro face ao princípio da universalidade da jurisdição.

O recurso necessário corresponde ao sistema previsto na Emenda Constitucional nº 7/1977, a que já nos referimos.

O conceito de recurso alternativo também não se ajusta ao nosso direito positivo, que não concebe a opção entre a impugnação administrativa e a jurisdicional como definitivamente excludentes entre si, pois nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário

O que o direito brasileiro veda é o exercício **cumulativo** dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser **prévia** ou **posterior** ao processo judicial, mas não pode ser **simultânea** .

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina "ex lege" a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura de impugnação administrativa na pendência de processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular.

Na tipologia de Freitas do Amaral, a impugnação administrativa insere-se na categoria dos "recursos facultativos", com a ressalva de a relação de facultatividade não poder conduzir à simultaneidade.

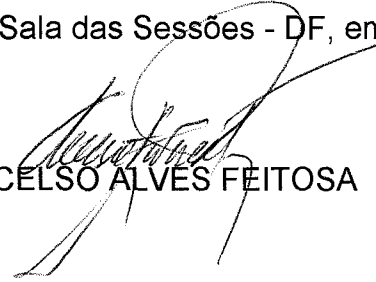
Temos, pois o **princípio optativo**, mitigado por um **princípio de não cumulação**."

Tudo leva-nos: **i)** à conclusão de opção pelo Poder Judiciário ainda em andamento, o qual prevalece sobre a administrativa; bem como: **ii)** à concomitância; e **iii)** não pode o Fisco ficar impedido de lançar.

Pelo exposto, recebo os embargos de declaração para afastar qualquer entendimento de contradição, mantida a conclusão do julgado atacado sem qualquer alteração.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 23 de janeiro de 2002



CELSON ALVES FEITOSA