

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

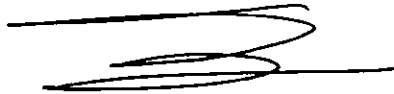
PROCESSO Nº : 10314.005724/95-12
SESSÃO DE : 18 de maio de 1999
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988
RECURSO Nº : 119.168
RECORRENTE : LUIZ FERNANDO NAZARIAN
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

Ação judicial anterior ao auto de infração. Impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa. Autoridade julgadora deve apreciar todos os elementos dos autos no processo administrativo notadamente se impugnados pelo autuado sob pena de supressão de uma instância. Ação Judicial não é ato de renúncia.
NULO A PARTIR DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

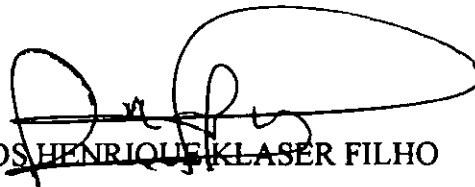
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em anular a decisão de Primeira Instância, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 18 de maio de 1999



MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente



CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO
Relator

15 MAR 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LEDA RUIZ DAMASCENO, PAULO LUCENA DE MENEZES, ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ e LUIZ SÉRGIO FONSECA SOARES. Ausente o Conselheiro FAUSTO DE FREITAS E CASTRO NETO.

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988
RECORRENTE : LUIZ FERNANDO NAZARIAN
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO

RELATÓRIO

O Contribuinte ingressou em juízo (31/05/95) para proceder ao desembaraço de veículo com redução da alíquota de imposto de importação.

Como consequência teve contra si lavrado o auto de infração de fls. 02 a 05, em 24/11/95, onde lhe é exigida a diferença do imposto de importação e de IPI, acrescidos de juros moratórios e de multa, tudo com fundamento nos Art. 4º Da Lei nº 8.218/91, Art. 364, inciso II do RIPI/82 e Lei nº 8.981/95.

Apresentou impugnação tempestivamente onde contesta os tributos e seus acréscimos, bem como a multa de lançamento de ofício

Com exceção da penalidade, o restante é objeto do processo judicial.

O processo foi julgado sem que a autoridade tomasse conhecimento da impugnação no que respeita ao crédito tributário objeto da ação judicial, e, declarando em contrapartida definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito relativo ao II e ao IPI com seus acréscimos legais, exceto a multa de ofício, sobrestando este até o julgamento final do processo judicial.

Devidamente cientificado o Contribuinte recorre tempestivamente à este Conselho enfatizando que “não foi apreciado o mérito da impugnação em tela” e não se conformando com a posição do fisco de que houve uma renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa a teor de pendência de ação judicial.

Neste sentido refere jurisprudência administrativa do Segundo Conselho de Contribuintes que prolata ser “inadmissível a instauração de procedimento fiscal no curso da vigência de medida judicial”.

Propugna ainda pela nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado na vigência de medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

É o relatório.

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

VOTO

O cerne da questão em exame reside em identificar se a lavratura de auto de infração ocorrida após o contribuinte haver ingressado em juízo para questionar o pagamento do tributo importaria na renúncia deste em ver julgado o feito na esfera administrativa.

A decisão recorrida não tomou conhecimento da impugnação, no que diz respeito ao mérito da questão, por assim entender, ou seja, que a propositura de ação judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Quanto à multa de ofício aplicada, a r. decisão decidiu “*sobrestar o julgamento da impugnação relativamente à multa de ofício, até decisão terminativa do processo judicial, devendo este processo fiscal retornar para julgamento apenas se a decisão judicial transitada em julgado for desfavorável ao contribuinte.*”

Após análise da questão, discordo parcialmente das conclusões alcançadas.

Com a devida vênia daqueles que possam ter entendimento diverso, não vejo como se considerar renunciado um direito do qual o contribuinte não dispunha, isto é, usurpar do sujeito passivo da obrigação tributária uma faculdade que a lei lhe confere sem as restrições que se pretende imputar.

Isto porque, ao meu ver, renúncia é um ato de vontade expressamente manifestada; não se pode, à toda evidência, renunciar aquilo que não se possui, ou, como bem salienta Pedro Nunes, em seu “Dicionário de Tecnologia Jurídica, vol. II, p. 346):

“Renúncia é o abandono voluntário e sem transferência, pelo seu titular, de um direito já adquirido...”

Ora, no caso em exame, o autuado ingressou na justiça questionando o pagamento do tributo, ou pelo menos parte dele, sem que o fisco houvesse tomado qualquer iniciativa objetivando a cobrança deste.

Com a decisão liminar do Poder Judiciário que suspendeu a exigibilidade do tributo, o fisco tomou conhecimento do não pagamento da exação e lavrou auto de infração constituindo, então, o crédito tributário.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

Em outras palavras, ao ingressar em juízo nada havia sido exigido do contribuinte pela fiscalização federal. E, portanto, como não havia qualquer exigência, por consequência, ao contribuinte não era facultada a apresentação de recursos na esfera administrativa.

Ora, parece-me evidente que na inexistência de direito de recorrer o mesmo não pode ser objeto de renúncia, pelo simples fato de que não se renuncia ao que não se tem.

A decisão de primeira instância invoca o parágrafo único do Art. 38 da Lei nº 6.830/80 e o §2º, do Art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/79 como base legal para sustentar a sua decisão de não conhecer da impugnação apresentada.

Entretanto, uma leitura com ligeireza destes dispositivos legais já permite a conclusão segundo a qual os mesmos não se aplicam ao caso em comento.

Diz o parágrafo único do Art. 38 da Lei nº 6.830/80 que a *“propositura pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência acaso interposto.”*

O dispositivo invocado do DL 1.737/79 praticamente comporta a mesma redação.

Está dito, então, com todas as letras, que a propositura pelo contribuinte de uma das ações previstas naquela lei, importará em renúncia do direito de recorrer. É claro que somente no caso de o contribuinte estar discutindo a questão na esfera administrativa e, no curso desta discussão, ajuíza ação, estará ele renunciando ao direito de permanecer discutindo na esfera administrativa.

Não há qualquer comando legal determinando que a propositura de ação antes da lavratura de auto de infração significa que o contribuinte está de antemão renunciando o seu direito de se contrapor ao ato executivo posterior.

Foi a fiscalização quem houve por bem constituir o crédito tributário pelo lançamento. Somente após a autuação é que o contribuinte adquiriu o direito de recorrer na esfera administrativa não podendo, portanto, haver renunciado preteritamente a este sagrado direito.

Pesquisando o posicionamento dos Conselhos de Contribuintes sobre a matéria, identifiquei o Acórdão nº 203-02.758 que, além de outros, como o Acórdão CSRF/02.676, bem expressa o meu entendimento.

Assim, peço licença para transcrever alguns trechos do voto exarado pelo ilustre Conselheiro Sebastião Borges Taquary que, inclusive, aborda a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

inaplicabilidade do Ato Declaratório COSIT nº 03/96 também invocado pela decisão recorrida:

“Considero que o ajuizamento das ações, perante a Justiça Federal, no caso, não inibe o desenvolvimento válido do presente processo administrativo fiscal, porque: a uma, o comando do parágrafo único do Art. 62 do Decreto nº 70.235/72 assegura esse desenvolvimento processual, exceto quanto aos atos executórios, como verbis:

“Se a medida referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.”

E, na hipótese vertente, a oportunidade dos atos executórios ainda está distante e, se por uma lado o Fisco não quer correr o risco da decadência, por outro lado não pode o contribuinte se calar, para não se tornar devedor confesso à Fazenda Nacional.

Por isso, o processo administrativo fiscal, uma vez iniciado, há de ter desenvolvimento e conclusão, sob pena de incorrer-se em cerceamento do direito à ampla defesa e negar-se o contraditório.

E, duas, tenho que, no caso, também, não se há falar em renúncia ao direito de postulação na esfera administrativa, ou de renúncia à defesa, a propósito do recente Ato Declaratório Normativo nº 03, de 14/02/96, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, eis que verifico dos autos, ter a autuação ocorrido em data posterior (13/06/91) ao ajuizamento das demandas perante a Justiça Federal em Brasília-DF, o que se deu em 1989.

Então, é certo que, já estando, como estava, a Recorrente postulando em juízo, não se pode dela esperar renúncia ao seu direito de defesa, contra o auto de infração inserto no presente feito fiscal administrativo. Renúncia é ato de vontade, não se impõe. Assim, também aqui não vislumbro qualquer ato capaz de motivar a suspensão, senão quanto aos atos executórios, nem encontro a presunção de renúncia, nem mesmo pelo prérito Ato Declaratório, o qual não se aplica à presente hipótese, já que ao fato gerador do tributo aplicam-se as normas vigentes à época de sua ocorrência, segundo é o entendimento assento nos iterativos julgados das três Câmaras do Segundo Conselho de Contribuintes.”

2

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

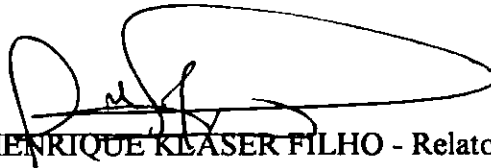
RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

Por estas razões, entendo não se verificar a alegada renúncia ao direito de o contribuinte recorrer na esfera administrativa, sendo a autuação posterior ao ingresso em juízo, razão pela qual voto neste sentido, para anular o feito a partir da decisão singular, retornando os autos à autoridade de primeira instância para exame da questão de mérito.

Pelo exposto, voto no sentido de quanto ao mérito, anular o processo, a partir da decisão singular, para que outra seja proferida.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 1999



CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO - Relator

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

DECLARAÇÃO DE VOTO

Como relatado pelo insigne Conselheiro Carlos Henrique Klaser Filho, a decisão ora atacada não conheceu da impugnação apresentada pelo Recorrente, com fulcro no Art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80, embora tenha sobrestado as multas de ofício, até que definitivamente julgada a questão no plano judicial.

Sob um primeiro enfoque, o Recorrente, por intermédio de seu renomado procurador, entende que a decisão é insubsistente, pois não há como se falar em renúncia à esfera administrativa, visto que a lavratura do auto de infração é posterior à impetração do *writ*.

Com relação a esse particular, embora a terminologia do parágrafo único do Art. 38 não seja, de fato, a mais adequada, na medida em que dispõe sobre a propositura de medida judicial *no curso do processo administrativo*, tal qual o faz, igualmente, o Art. 16, § 2º do Regimento Interno deste Colegiado, entendo que, até mesmo pela referência às demais normas legais mencionadas na decisão (fl. 66), buscou-se evitar o pronunciamento da Administração sobre matéria que está *sub judice*, o que é admissível, até mesmo em razão da separação de Poderes, constitucionalmente assegurada.

O insigne Ministro Marco Aurélio, aliás, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 211.251-3, referindo-se ao mencionado preceito legal, destacou: “O Estado não pode dar com uma das mãos e retirar com a outra, e disso exsurge a pertinência da previsão legal que veda o acesso, por estar-se discutindo o tema na via jurisdicional, ao campo administrativo.”

Isto não significa, contudo, que a Administração deve-se manter inerte em face da lavratura de auto de infração posteriormente à ação judicial.

Como bem decidiu a Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, “as questões postas ao conhecimento do Judiciário implicam em impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que as decisões daquele Poder têm insistas a si os efeitos da *res judicata*. Todavia, sendo a autuação posterior à demanda judicial, nada obsta que se reconheça do recurso quanto à legalidade no lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário” (Acórdão nº 201-71124, DOU I de 12/05/98, p. 6).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

Dessa forma, em virtude da lavratura de **auto de infração**, isto é, da exigência de determinados encargos e penalidades (juros moratórios e multas de ofício), além dos impostos supostamente devidos, deveria a autoridade monocrática ter apreciado, necessariamente, os seguintes tópicos: a) a possibilidade de lavratura do aludido auto de infração, ante a suspensão da execução da medida liminar inicialmente concedida; b) superada esta premissa, analisar os critérios adotados por ocasião do lançamento, frente às previsões legais existentes (v.g. Lei nº 9.430/96, Art. 63).

Todos esses aspectos, releva destacar, foram suscitados na impugnação apresentada.

A decisão recorrida, no entanto, preferiu não tomar conhecimento do recurso, na parte relativa aos impostos e aos juros moratórios, consignando, ainda, que “como este ato revela mera declaração formal da definitividade da exigência tributária na esfera administrativa, sem julgamento do mérito, não é cabível a apresentação de recurso à 2ª instância julgadora” (fl. 66).

No tocante aos juros de mora, *data venia*, há um evidente contrasenso, posto que a referida decisão está reconhecendo, ainda que implicitamente, a possibilidade de ser lavrado auto de infração – não está em questão um mero ato de lançamento, sem a imposição de penalidades - em uma situação em que ocorreu a suspensão da execução de medida liminar inicialmente concedida. Trata-se, na verdade, de uma decisão de mérito, que, por si só, já ensejaria a manifestação deste Colegiado.

Por outro lado, não é admissível o sobrestamento do feito até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, até porque, diante do cenário traçado, este não deverá se manifestar sobre as multas.

Na verdade, as multas de ofício são devidas ou indevidas, considerando-se o momento em que efetuado o lançamento e a legislação de regência.

Uma vez que o próprio Erário optou pela lavratura do auto, incluindo as referidas multas, não pode a autoridade julgadora se furtar de julgar a questão, notadamente se impugnada pelo Autuado.

Esta Câmara, por sua vez, não pode se pronunciar a respeito, por ora, sob pena de supressão de uma instância.

Pelo exposto, entendo que a referida decisão deve ser anulada, por ter preterido o direito de defesa do Recorrente (Decreto nº 70.235/72, Art. 59, II), na medida em que deixou de se pronunciar sobre aspecto objetivamente impugnado, bem como evitou o acesso à segunda instância. Por decorrência, devem os autos retornar à

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.168
ACÓRDÃO Nº : 301-28.988

primeira instância, para que a autoridade julgadora aprecie todos os elementos supra citados, abrindo-se nova oportunidade de manifestação para o ora Recorrente (Decreto nº 70.235/72, Art. 59, § 2º).

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 1999



PAULO LUCENA DE MENEZES - Conselheiro