



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA TURMA

Processo nº : 10.768.027.454/95-71
Recurso nº : 103-117.919
Matéria : IRPJ
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessado : BANCO CINDAM S.A – (atual BANCO FONTE CINDAM S/A)
Recorrida : 3ª CÂMARA DO 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Sessão de : 16 de abril de 2002
Acórdão nº : CSRF/01-03.872

Concomitância vias Judicial e Administrativa – IPC/BTNF – Havendo concomitância, só a matéria discutida judicialmente fica prejudicada. No mais tem o julgador singular que se manifestar sob pena de supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, para ANULAR as decisões de 1º grau e 2º, para que o julgador de 1º grau aprecie as matérias relativas à multa proporcional, multa por atraso na entrega da Declaração, juros de mora como a TRD, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

CELSO ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANTONIO DE FREITAS DUTRA, MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO, VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE, LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO; VERINALDO HENRIQUE DA SILVA, JOSÉ CARLOS PASSUELLO, IACY NOGUEIRA MARTINS MORAIS, WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, JOSÉ CLÓVIS ALVES; CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR e MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS (Suplente Convocado). Ausentes justificadamente os Conselheiros REMIS ALMEIDA ESTOL e CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER.

Processo nº : 10.768.027.454/95-71
Acórdão nº : CSRF/01-03.872

Recurso nº : 103-117.919
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessado : BANCO CINDAM S.A – (atual BANCO FONTE CINDAM S/A)

RELATÓRIO

A fls. 303 se encontra Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com fundamento no inciso I do art. 32 do RI dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55/98.

Afirma que a maioria dos membros da 3^a. Câmara decidiu que a renúncia à via administrativa só acontece quando a ação judicial combate a exigência decorrente de auto de infração. Quando assim não for, nada obsta, antes mesmo impõe, que os recursos administrativos sejam julgados consoante as normas do Processo Administrativo Fiscal.

Afirma mais, que a divergência manifestada no processo deu-se quanto à preliminar suscitada pela Sr. Relator.

Disse que a decisão do julgador monocrático não havia apreciado o mérito da imputação, vez que constante dos autos estar a matéria sendo analisada pelo Poder Judiciário (IPC/BNF e CMB).

Citou ter assim fixado o julgador singular:

“ Nos termos da legislação citada, a propositura – por qualquer que seja a modalidade processual – de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, importa, por parte da contribuinte, em renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se por conseguinte, o efeito da constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa.”

Consigna que o Banco recorrido interpôs então recurso voluntário contra a decisão que não conheceu a impugnação tempestivamente apresentada, de modo expresso, não tendo havido, por conseguinte apelo contra o mérito.

Contudo, reclama o Recorrente, estranhamente, mesmo com todas as constatações, decidiu o voto vencedor rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, dar provimento integral ao recurso voluntário.

A apreciação “de ofício” pelo Conselho de Contribuintes sobre matérias não objeto de recurso, posicionava-se contrária aos dispositivos regentes do processo administrativo fiscal, citando artigos.

Entende ter havido supressão de instância, em prevalecendo o julgado, com violação, inclusive, ao disposto no art. 515 do CPC, com indicação de jurisprudência do Poder Judiciário.

Reclama, em prevalecendo a decisão, violação ao princípio do contraditório, porque vencedora a Fazenda Nacional segundo julgado primeiro, dela não recorreu.

Finaliza dizendo que a propositura de ação judicial com o mesmo objeto, contra a Fazenda Nacional, seja anteriormente ou no andamento do procedimento fiscal, importa desistência do recurso, nos termos da lei 6.830/80.

A fls. 310 encontra-se despacho da Presidência da Câmara recorrida, negando seguimento ao recurso especial, referindo-se à matéria identidade de objeto entre os processos judicial e administrativo:

“Esta matéria foi analisada como preliminar interposta pelo sujeito passivo no recurso voluntário, a qual foi rejeitada, por maioria de votos. Portanto, trata-se de apreciação de matéria de fato cuja decisão foi favorável à Fazenda Nacional, não cabendo o recurso previsto no artigo 32, inciso I, do Regimento Interno.”

Do exposto, verifica-se que: a) é incabível o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, na parte referente à identidade de objeto dos processos administrativo e judicial, posto que a decisão lhe foi favorável, logo, não atende aos pressupostos para a sua admissibilidade; b) no tocante ao mérito a decisão atacada foi unânime, logo, não se sujeita ao referido recurso especial.”

Apresentou então a Fazenda Nacional agravo contra o não recebimento do recurso especial, que o entendimento que haver a Câmara, quanto a questão identidade de objeto, decidido de maneira unânime a favor daquela, não se sustentava.

Se era incontestável que a decisão primeira não havia conhecido da impugnação, com a manutenção do lançamento, dizer que o conhecimento e provimento pela Câmara do recurso voluntário equivalia a decisão favorável à Recorrente, não passava de equívoco.

Distribuído o processo para julgamento do agravo, à fls. 322 se encontra despacho do Presidente da 5ª. Câmara, no sentido de que cometeu equívoco o senhor Presidente da Câmara recorrida, porque:

“Ademais, é indubitável que a premissa pela qual se negou seguimento ao RP (acórdão favorável à União) não é verdadeira, haja vista que o i. Relator do acórdão recorrido, ao suscitar a preliminar de conhecimento do recurso voluntário, e dar-lhe integral provimento superando a preliminar arguida pela contribuinte (de nulidade da decisão “a quo”), decidiu contrariamente aos interesses da Fazenda Nacional.”

Por isso se manifestou pelo deferimento do agravo e como consequência, pelo acolhimento do RP.

Processo nº : 10.768.027.454/95-71
Acórdão nº : CSRF/01-03.872

A seguir, submetido o processo à Presidência do Primeiro Conselho de Contribuintes, afirmando adotar o entendimento de deferimento do agravo, concluiu pelo recebimento do recurso especial.

Em razão disso, a fls. 342, encontra-se peça de contra-razões da Recorrida, reclamando pelo princípio da economia processual, chamando de inoportuna a pretensão de socorro ao artigo 515 do CPC, diante da lei especial do processo administrativo.

Afirma que sob a ótica da FN havia identidade de objeto entre as ações judiciais propostas e o processo administrativo em julgamento, decorrendo daí a correção da decisão monocrática.

Registrhou que a seu entender a decisão monocrática brilhantemente tinha enfrentamento a questão, traduzido no voto vencedor do senhor relator, decidindo pela aplicação do disposto no § 3º do artigo 59 do D. 70.235/72.

Afirmou que o entendimento de que havia identidade de objeto, sem uma apreciação completa e detalhada dos processos, era um verdadeiro absurdo. **Concluiu dizendo não haver identidade de objeto.**

Apontou mais um erro consistente no fato de que o lançamento não ficou aguardando a decisão judicial.

Alegou afronta aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Terminou afirmando ser de rigor a negativa de provimento.

É o relatório.



VOTO.

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

Constato que efetivamente tem razão a FN ao afirmar que a decisão não unânime como posta, abria acesso à via recursal especial.

A questão sobre o tema principal identidade de objeto entre a impugnação administrativa e a discussão perante o Poder Judiciário não é nova, sendo certo que prevalece o entendimento, inclusive nesta Câmara Superior de Recursos Fiscais, de que não pode haver concomitância entre as esferas sobre um mesmo assunto, sob pena de prevalecer o reclamado judicialmente.

O brilhante voto atacado, a fls. 294, assim se expressa:

“ Embora estejamos diante de identidade de objeto, estou convencido que o processo judicial tal como se apresenta não tem o condão de desnaturar o curso e o desfecho da ação fiscal consubstanciado no presente processo administrativo. Por outro lado, é certo que se deva evitar o constrangimento de a contribuinte ser compelida a liquidar a exação, enquanto não tiver sido definitivamente encerrado o ciclo processual em que se discute o mérito da ação, mormente pela prevalência da decisão judicial sobre a administrativa. Entretanto, nada que o remédio do indébito fiscal constante do artigo 162 do CTN não possa prevalecer.

A matéria, consoante extraio do relatório, não tem comportado, no âmbito deste Colegiado, divergência, mercê de sua interpretação disseminada e uníssona defluente de suas diversas Câmaras, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais . (ao que se entende referindo-se à possibilidade de aplicação do disposto no § 3.º do art. 59 do D. 70.235/72)

Em face do exposto passo a analisar o mérito da exação”. (grifamos e comentamos sob parágrafo)

É de se conhecer do recurso.

Como se vê, por duas vezes foi dito, uma pelo relator do recurso voluntário e outra pela Presidência da Câmara que:

“ Embora estejamos diante de identidade de objeto...

e

Do exposto, verifica-se que: a) é incabível o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, na parte referente à identidade de objeto dos processos administrativo e judicial, posto que a decisão lhe foi favorável, estão a afirmar que haveria identidade de objeto entre o reclamado no lançamento e o discutido junto ao Poder Judiciário.

Se assim for, resta evidente, a uma, que o julgamento da Câmara julgou em sentido contrário ao decidido pelo julgador de primeira instância, que pelo mesmo motivo – identidade de objeto – deixou de conhecer a impugnação, em razão da concomitância e prevalência do Poder Judiciário, e a duas, estar em sentido contrário ao pensamento da Recorrida em contra-razões, quando afirmou: **Frise-se, mais uma vez, que não pode haver identidade de objeto nessas condições.** (fls. 348)

Ou seja, para a Câmara Julgadora, por sua maioria, havia identidade de objeto, para a Recorrida não. A preliminar tomada quanto a possibilidade de exame concomitante nas esferas administrativa e judicial, não mereceu unanimidade.

Com respeito ao mérito, assim considerado O IPC/BTNF, o exame mereceu da acusação restou favorável ao contribuinte.

O recurso diz respeito ao tema sobre não possibilidade de concomitância, tão só, pois ele é prejudicial de mérito.

Se não houve decisão sobre a IPC/BTNF pelo julgador singular, resta evidente que o tema só foi enfocado pela instância de julgamento segunda do Conselho de Contribuintes, sem que o vencedor tenha recorrido, pois quem ganha, se sabe, não recorre. Assim, no caso não que se entender ser possível aplicar o disposto no § 3º do artigo 59 do D. 70.235/72.

Neste ponto volto a trazer voto pela não possibilidade de concomitância, que seria tema da preliminar afastada sem unanimidade, segundo o que tenho registrado, verbis:

“O professor Alberto Xavier, in “Do lançamento”, a fls. 282, assim se expressa com relação à questão discussão administrativa e perante o poder judiciário:

“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

Processo nº : 10.768.027.454/95-71
Acórdão nº : CSRF/01-03.872

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, ou que, na pendência de 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**.

Processo nº : 10.768.027.454/95-71
Acórdão nº : CSRF/01-03.872

Finalmente, a título de esclarecimento, registro que, em sessão anterior desta CSRF, envolvendo processo em muito parecido a este que ora se analisa, podendo mesmo se dizer "irmão", de nº 10768-027457/95-60, objeto do Ac. 01-03.800, entre as mesmas partes, a divergência quanto à conclusão, deve-se ao fato de que nele não havia identidade de objeto, como constou expressamente consignado em peça da Divisão de Tributação, nestes termos: "... não havendo desta forma, identidade de objeto entre o auto de infração e os processos judiciais" (fls.293), enquanto no ora em julgamento a identidade de fundo (IPC) é inquestionável (IPC/BTNF).

Assim, é de se dar provimento ao apelo da FN, com a declaração de nulidade das decisões proferidas – do julgador singular e da Câmara – para que a mesma decida diretamente sobre os temas : i) multa proporcional – fls. 173 –; ii) multa por atraso na entrega da declaração – fls. 174; iii) juros de mora – TRD – fls. 175, objeto, inclusive, do pedido constante do recurso que ora se julga (fls. 309), matérias que dizem respeito, exclusivamente ao lançamento e não quanto à tese, já presentes na impugnação primeira apresentada.

É como voto.

Sala das sessões / DF, 16 de abril de 2002

CELSO ALVES FEITOSA