



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Recurso nº. : 118.506
Matéria : IRF – Ano: 1992
Recorrente : BOAVISTA S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS.
Recorrida : DRJ NO RIO DE JANEIRO - RJ
Sessão de : 13 de abril de 1999
Acórdão nº. : 103-19.948

AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA – LANÇAMENTO – POSSIBILIDADE. A busca da tutela do Poder Judiciário não impede a formalização do crédito tributário, por meio do lançamento, objetivando prevenir a decadência.

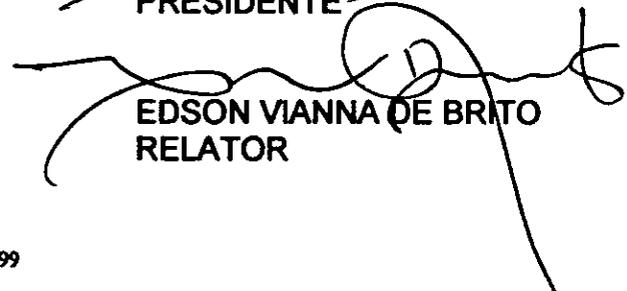
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE – A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito de incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – ART. 35 DA LEI Nº 7.713/88 – Descabe a exigência do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713/88, em relação às sociedades por ações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BOAVISTA S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A recorrente foi defendida pelo Dr. Luiz Felipe Gonçalves de Carvalho, inscrição OAB/RJ nº 36.785.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


EDSON VIANNA DE BRITO
RELATOR



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

FORMALIZADO EM: 14 MAI 1999

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, EUGÊNIO CELSO GONÇALVES (Suplente Convocado), SANDRA MARIA DIAS NUNES, SILVIO GOMES CARDOZO E VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47

Acórdão nº. : 103-19.948

Recurso nº. : 118.506

Recorrente : BOAVISTA S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS

RELATÓRIO

BOAVISTA S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS, pessoa jurídica já qualificada na peça vestibular destes autos, recorre a este Conselho do Despacho nº DRJ/RJ/SERCO 59/97 proferido pela Delegada da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ (fls. 80/81), pelo qual aquela autoridade não conheceu das razões contidas na peça impugnatória, declarando, definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito tributário lançado - Auto de Infração de fls. 1/5.

2. A exigência fiscal diz respeito à falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, relativo ao período-base de 1991 e período-base encerrado em 30 de junho de 1992, estando assim descrita no Termo de Verificação Fiscal de fls. 3:

* I – DEDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DO ILL

O contribuinte, amparado por Medida Liminar obtida no Mandado de Segurança nº 92.0017331-4, impetrado na 14ª Vara Federal-RJ, cassada em 11/06/93, deduziu da base de cálculo do Imposto sobre o Lucro Líquido (ILL) devido nos anos calendários de 1991 e 1992, a parcela do resultado Devedor de Correção Monetária correspondente à diferença do IPC/BTNF verificada no ano de 1990 e apurada segundo as normas previstas nos artigos 32 e 33 do Decreto 332/91.

A dedução foi realizada a título de Base de Cálculo Negativa do ILL de Exercícios Anteriores corrigida monetariamente, conforme discriminação abaixo:

- Declaração de IRPJ / ano-base 1991: no Anexo 4, quadro 04, linha 17 ;
- Declaração de IRPJ / ano-base 1992: no Anexo 4, quadro 04, linha 33 ;

Tal procedimento constitui infração ao artigo 41 do Decreto 332/91, sujeitando o contribuinte à exigência formalizada neste Auto de Infração.

Enquadramento legal: Art. 35 da Lei 7.713/88 e Art. 41 do Dec. 332/91;.*



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. : 103-19.948

3. Cientificada da exigência fiscal em 28/11/94, conforme assinatura aposta às fls. 01, a contribuinte apresentou a peça impugnatória de fls. 36/40, protocolada em 22/12/94, cujos argumentos de defesa abaixo transcrevemos:

*1.1 Em 05.03.91, (...) impetrou mandado de segurança preventivo (processo nº 92.17331-4) contra ato do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, distribuído para o MM Juízo da 14ª Vara Federal, para ser-lhe permitida "... a dedução imediata da diferença de correção apurada pela reformulação das demonstrações financeiras de 1990 com base no IPC apropriando esta diferença para efeito de determinação da base de cálculo de todos os tributos incidentes sobre o lucro ou a renda (imposto de renda, contribuição social e imposto sobre o lucro líquido), deduzindo-se, inclusive, a parcela dos encargos de depreciação, amortização, exaustão ou do custo do bem baixado a qualquer título, no que corresponder à diferença entre o BTNF e IPC;"

1.2. Em 27.03.1992, a liminar foi deferida, suspendendo a exigibilidade dos respectivos créditos tributários, nos termos do art. 151, IV, do CTN.

1.3. Em 17.08.1993, a sentença foi publicada extinguindo o processo sem julgamento do mérito, sob a alegação de que o referido mandado de segurança teria sido impetrado contra a lei em tese, nos termos da Súmula 266 do STF.

1.4. Em 02.09.1993, foi determinada a baixa na distribuição e o arquivamento dos autos do referido mandado de segurança.

1.5. Em 03.09.1993, ... impetrou novo mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, para :

- a) ser autorizada a excluir integralmente das bases de cálculo do seu IRPJ, da sua CS e do seu ILL, relativos aos períodos-base encerrados a partir de 31.12.1991, inclusive, despesas de correção monetária das demonstrações financeiras de 31.12.1990 relativa à diferença da variação do IPC em relação à do BTNF no ano de 1990;
- b) ser autorizada a não adicionar às bases de cálculo do IR, relativos aos períodos-base encerrados a partir de 31.12.1991, inclusive, parcela dos encargos de depreciação, amortização, exaustão, ou de custo de bem baixado a qualquer título, que corresponder à diferença de correção monetária pelo IPC e pelo BTN Fiscal, no ano de 1990; e
- c) ser autorizada a não adicionar às bases de cálculo da CSL e do ILL, relativos aos períodos-base encerrados a partir de 31.12.1991, inclusive, a parcela dos encargos de depreciação, amortização, exaustão, ou de custo de bem baixado a qualquer título, que corresponder à diferença de correção monetária pelo IPC e pelo BTN Fiscal, no ano de 1990.

1.6 A liminar foi deferida e vige até a presente data, nos seguintes termos (doc. 1):

"Vistos, etc..

Presentes os requisitos que justificam a conexão deste mandado de segurança com os de nºs 92.76136-4 e 92.77675-2, defiro a conexão requerida no item 7.1).a) da inicial, remetendo-se ao SDR para autuar e registrar a distribuição por dependência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

Presentes também os requisitos que autorizam a concessão da liminar pleiteada no item 7).1).b), da inicial, defiro-a, oficiando à autoridade coatora, comunicando a concessão da mesma e requisitando informações.

...

1.7. Não obstante, a autoridade desconsiderou os efeitos dessa última liminar e lavrou o presente auto de infração para exigir a diferença de tributo, cuja exigibilidade está suspensa pela referida liminar.

1.8. Em suma, a autoridade desobedeceu ordem judicial e lavrou o presente auto de infração quanto a débito não exigível, face à liminar.

2. DA NULIDADE E/OU ILEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

2.1 O Código Tributário Nacional (CTN – Lei nº 5.172, de 25.10.1966), que tem eficácia de lei complementar, estabelece as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

*Art. 151 – Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....

IV – a concessão de liminar em mandado de segurança.

.....

2.2 O art. 62 do Decreto nº 70.235, de 06.03.1972, que tem eficácia de lei ordinária e disciplina o processo administrativo de determinação e de exigência dos créditos tributários da União Federal, esclarece que, na vigência de liminar concedida em mandado de segurança, não poderá ser instaurado processo fiscal contra o contribuinte em relação ao débito cuja exigibilidade esteja suspensa:

Art. 62 – Durante a vigência da medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

(grifo nosso)

2.3 Ora, pelo art. 9º do próprio Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 8.748, de 09.12.1993, o auto de infração é a formalização da exigência de crédito tributário contra o contribuinte, em decorrência de processo fiscal contra ele instaurado:

Art. 9º - A exigência de crédito, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em auto de infração ou notificações de lançamentos distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis a comprovação do ilícito.

(grifo nosso)

2.4. Dessa forma, a autoridade, que instaurou o processo fiscal que culminou com a lavratura do presente auto de infração, não tinha competência para instaurá-lo, porque o débito fiscal estava (e está) com sua exigibilidade suspensa, por força de decisão judicial.

2.5. Se não for nulo, por incompetência da autoridade que o lavrou, o presente auto de infração conflita com o art. 151, IV, do CTN e com o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, porque exige débito não exigível.

2.6. Assim, o auto de infração é nulo ou é ilegal.

3. DA IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47

Acórdão nº. :103-19.948

3.1. Se válido o auto de infração, a exigência que formaliza é improcedente, porque o art. 41 do Decreto nº 332, de 05.11.1991 considera indedutível, para fins de ILL, despesa de correção monetária que, pelo art. 35 da Lei nº 7.713/89 c/c art. 4º, I, a) e e), II e III da Lei nº 7.799/89, era integral e imediatamente dedutível da base de cálculo do ILL, no período-base em que incorrida, ou, se não apropriada no ano em que incorrida, era dedutível da base de cálculo do ILL, em qualquer período-base subsequente (art. 6º, § 5º, do DL nº 1.598/77).

3.2 Com efeito, o art. 41 do Decreto nº 332/91 é ilegal, porque estabelece a indedutibilidade de despesa de correção monetária, que é dedutível pela lei de regência do ILL, com esta conflitanda.

3.3 Nesse passo, cabe esclarecer que o art. 41 do Decreto nº 332/91 não tem suporte legal no art. 3º, I, da Lei nº 8.200/91, porque esta disciplina, única e exclusivamente, a base de cálculo do IR, visto que se refere ao "...lucro real...".

5. Pelo Despacho de fls. 80/81, como já referido, a autoridade julgadora de primeira instância não conheceu das razões de defesa contidas na peça impugnatória, tendo assim se manifestado acerca do assunto:

* Intimada da exação em 28/11/94, a contribuinte interpôs a impugnação tempestiva de fls. 36/40, contestando o lançamento fiscal.

Ocorre, entretanto, que segundo a afirmação da impugnante, às fls. 36, existe ação judicial em curso na 14ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, comprovada pela cópia da petição inicial da ação de mandado de segurança preventivo, conforme Processo Judicial nº 92-17331-4.

Verifica-se que em ambos os processos – ação de mandado de segurança e procedimento administrativo – o tema versa acerca do mesmo objeto.

Nestas condições, a apreciação da peça impugnatória fica prejudicada em face do disposto no § 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 1.737/79, combinado com o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03, de 14-02-96. 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, com o mesmo objeto, importa, por parte do contribuinte, em renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa.

Isto posto, DEIXO DE CONHECER da impugnação de fls. 36/40 e DECLARO, em consequência, definitivamente constituído na esfera administrativa, o crédito tributário lançado. A multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados se a interessada comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido, nele compreendendo-se, inclusive, a respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Torno sem efeito o ato de fls. 77/78 e DETERMINO o retorno dos autos do processo à Agência da Receita Federal/RJ Centro Norte, para ciência à contribuinte e demais providências de sua alçada, e para dar continuidade à cobrança do crédito tributário, nos termos do Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03, de 14/02/96, salvo se sua exigibilidade estiver suspensa de acordo com o disposto no artigo 151, incisos II ou IV, ou extinta, na forma do artigo 156, inciso VI, todos do Código Tributário Nacional."

6. Cientificada do teor do Despacho nº 59/97 em 14/07/98, conforme assinatura aposta às fls. 106 (AR), a recorrente interpôs recurso voluntário, protocolado em 10/08/98 (fls. 108/122), insurgindo-se contra a exigência fiscal, nos seguintes termos, em síntese:

- contesta a lavratura do Auto de Infração, face ao disposto no art. 151, IV, do CTN e no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, fazendo menção aos mesmos argumentos apresentados em sua peça impugnatória;
- Cita o Acórdão nº 107-04.217, de 11 de junho de 1997;
- questiona a validade da norma contida no art. 63 e §§ da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sob o argumento de que a mesma seria ilegal, uma vez que o CTN determina que a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, fato esse que impediria a lavratura de auto de infração;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10768.030854/94-47

Acórdão nº. :103-19.948

- diz ainda que a lavratura do auto de infração se deu antes da publicação da Lei nº 9.430/96, o que torna inaplicável o dispositivo nela contido (art. 63);
- insurge-se contra a aplicação da multa de ofício

7. Às fls. 231/233, encontramos contra-razões ofertadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional propugnado pela manutenção do crédito tributário.

8. Pela decisão judicial de fls. 123/125, proferida pelo M.M. Dr. Juiz da 30ª Vara Federal – RJ, foi determinado o encaminhamento do presente recurso a este Conselho de Contribuintes, sem a exigência do depósito de 30% previsto no art. 32 da Medida Provisória nº 1.699-37, de 30 de junho de 1998.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

VOTO

CONSELHEIRO EDSON VIANNA DE BRITO, RELATOR

O recurso deve ser conhecido por força de liminar em Mandado de Segurança, determinando a sua apreciação sem a efetivação do depósito de 30%, previsto na Medida Provisória nº 1.699-37, de 30 de junho de 1998, e reedições posteriores.

Como visto do relato efetuado, a contribuinte suscita a preliminar de nulidade do auto de infração, sob o argumento de que estando a matéria, objeto destes autos, sob apreciação do Poder Judiciário, descaberia a lavratura do citado auto de infração. Contestou, também a exigência de multa de ofício.

De acordo com o art. 33 do Decreto nº 70.235/72, com a modificação introduzida pela Lei nº 8.748/93 e pela Medida Provisória nº 1.699-37, de 1998, da DECISÃO proferida pela autoridade julgadora de primeira instância cabe recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes.

Pelo despacho de fls. 70/71, a autoridade julgadora de primeira instância não conheceu das razões do recurso, declarando definitivamente constituído na esfera administrativo o crédito tributário lançado. Não se trata propriamente de uma decisão, nos termos previstos no art. 31¹ do Decreto nº 70.235/72, o que, em princípio, implicaria na sua nulidade.

¹ Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. *(redação atribuída pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES**

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

Todavia, deixo de declarar a nulidade deste ato, uma vez que vislumbro a possibilidade de decidir favoravelmente ao contribuinte, relativamente à matéria não submetida à apreciação do Poder Judiciário, tendo em vista o disposto no art. 59, § 3º, do citado Decreto, que está assim redigido:

*Art. 59....

....

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. *

Isto posto, passamos ao exame dos argumentos apresentados pela contribuinte.

A Constituição Federal, em seu art. 5º., inciso XXV, diz que " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito". Mais do que simplesmente estabelecer uma garantia individual, a do livre acesso ao Poder Judiciário ou a inafastabilidade da prestação jurisdicional, o preceito estabelece a regra da unidade de jurisdição no nosso sistema jurídico.

Assim, se todas as questões podem ser levadas ao Judiciário, é consequência lógica que somente o Poder Judiciário detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada.

A busca da tutela jurisdicional não impede, entretanto, que a autoridade administrativa promova a constituição do crédito tributário, objetivando salvaguardar o interesse da Fazenda Pública, tendo em vista o prazo decadencial, mesmo porque tal procedimento é vinculado e obrigatório, consoante se vê do texto do art. 142 do Código Tributário Nacional:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

"Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Nesse sentido é a orientação contida no Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional – PGFN/CRJN/ nº 1.064/93:

" nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já houver sido, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do art. 142 e respectivo parágrafo único, do Código Tributário Nacional "

Veja-se, ainda, o Parecer PGFN nº 17/92, de cujo texto extrai-se as seguintes orientações:

" Inicialmente, cabe esclarecer que a existência do depósito judicial do valor da exação questionada, bem como a concessão de liminar em Mandado de Segurança, não impedem a fluência do prazo decadencial, sendo, pois, necessária a constituição do crédito tributário a fim de garantir os interesses da Fazenda Nacional. Com efeito, em algumas decisões interlocutórias, Juízes Federais de 1ª Instância, ao concederem medidas liminares, esclarecem que a autoridade fiscal deve adotar tal providência. Como exemplo, observe-se o despacho proferido na Ação Cautelar nº 92.0006660-7:

"Defiro o depósito requerido, o qual, se integral, suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, esclarecendo-se desde já que o referido depósito não inibe o fisco de efetuar a sua fiscalização e nem o(s) impetrante (s) das obrigações acessórias, observando que, se for o caso, para se evitar a decadência, é lícito a autoridade fiscal efetuar o lançamento do tributo, ficando vedado, com o depósito, apenas a sua exigibilidade. Esclareço ainda, que se for efetivado o depósito, havendo requerimento de certidão negativa, a mesma deve ser fornecida pura e simplesmente, sem qualquer anotação. Curitiba, 04/06/92 – TADAAQUI HIROSE – Juiz Federal da 9ª Vara."

Isto posto, demonstrada a necessidade da constituição do crédito tributário, passamos..."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

Temos, assim, que a constituição do crédito tributário pelo lançamento (Auto de Infração), não acarreta qualquer ofensa ao disposto no art. 151² do CTN, uma vez que a suspensão da exigibilidade ali referida pressupõe necessariamente a prévia constituição do citado crédito.

Não há que se falar, portanto, em nulidade ou ilegalidade do auto de infração.

Quanto ao mérito – dedução da despesa de correção monetária calculada com base na diferença de variação do IPC/BTNF – não pairam dúvidas de que a matéria esta submetida a apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual encontra-se este Conselho de Contribuintes impedido de proceder ao seu exame, consoante reiterada jurisprudência deste Conselho de Contribuintes. Pela clareza com que a matéria foi abordada, quando do julgamento do Recurso nº 109.437, objeto do Acórdão nº 108-03.984, de 25 de fevereiro de 1997, transcrevo as seguintes considerações apresentadas pelo i. relator: Conselheiro José Antonio Minatel:

“... a submissão de matéria ao crivo do Poder Judiciário, inibe qualquer pronunciamento da autoridade administrativa sobre aquele mérito, porque ambas as partes, contribuinte e administrador tributário, devem ser curvar à decisão definitiva e soberana daquele órgão, que tem a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos atos administrativos, de quem não poderá ser excluída qualquer lesão ou ameaça a direito, a teor do inciso XXV, do art. 5º, da atual Carta.

² Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- I - moratória;
- II - o depósito do seu montante integral;
- III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
- IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47

Acórdão nº. :103-19.948

Com a clareza que lhe é peculiar, ensina-nos SEABRA FAGUNDES, no seu clássico "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário":

"54 Quanto do Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.

.....
55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força."(Editora Saraiva – 1984 – pag. 90/92).

A análise sistemática da nossa estrutura organizacional de Estado leva, inexoravelmente, a esse entendimento, assinalando, sempre, que o controle jurisdicional visa a proteção do particular frente aos atos da Administração Pública, que não seriam estancados, pudessem ter eles seguimento através de organismos próprios de cunho administrativo, dotados de competência de dizer o direito. Nesse sentido, embora entenda como prescindível, tem função didática a norma insculpida no § 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 1.737/79, ao esclarecer que "a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. "

Essa mesma regra está reproduzida no parágrafo único, do art. 38, da Lei 6.830/80, e a matéria já foi objeto de estudo pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em parecer no processo nº 25.046, de 22.09.78 (DOU de 10.10.78), provocado por este Conselho de Contribuintes, de onde se extraem conclusões elucidativas, convergentes para o posicionamento aqui adotado de supressão da via administrativa. Pela extrema clareza, são aqui reproduzidas algumas dessas conclusões:

"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo, diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa, em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35...



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47

Acórdão nº. :103-19.948

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim."

Aprovando o citado parecer, o Dr. CID HERÁCLITO DE QUEIROZ, então sub-procurador-geral da Fazenda Nacional, aditou as seguintes considerações:

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente à jurisdição administrativa – pela impugnação da exigência (recurso latu sensu), seguida ou mesmo antecedida de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual – ordenatória, declaratória ou de outro rito – a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento – exceto na hipótese de mandado de segurança, ou medida liminar, específico – até a inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal de instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial."

Nem se alegue que tal postura estaria limitando o preceito da ampla defesa, estampado no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que ela estaria sempre assegurada, "com os meios e recursos a ela inerentes", na garantia fundamental traduzida no outro mandamento, inserto no inciso XXXV, do mesmo artigo, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."

Louvo-me nessas lições para concluir que falece competência a este colegiado, para se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia submetida ao crivo do Poder Judiciário, quer seja a ação judicial prévia ou posterior ao lançamento. Entendo que a busca da tutela jurisdicional não inibe o procedimento administrativo do lançamento, para acautelar o direito da Fazenda Pública, exceto quando há determinação judicial vedando expressamente tal prática. Lançado o tributo, a exigibilidade de tal crédito fica adstrita à solução da controvérsia a ser ditada pelo Judiciário, com grau de definitividade para as partes.

Registro que, com base nas lições também extraídas do Parecer citado, posicionou-se no mesmo sentido a administração tributária através do Ato Declaratório Normativo – CST nº 3(DOU de 15.02.96), orientando a autoridade julgadora de primeira instância para o não conhecimento de controvérsia já submetida ao exame do Poder Judiciário. "

Temos, portanto, que qualquer manifestação deste Colegiado acerca da matéria – dedução da despesa de correção monetária calculada com base na diferença de variação do IPC/BTNF -, seria inócua, vez que a decisão que deve prevalecer será sempre aquela manifestada pelo Poder Judiciário.

Todavia, como já relatado, a exigência fiscal diz respeito ao imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713/88.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. :103-19.948

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, julgou inconstitucional a exigência fundada nesse dispositivo legal - art. 35 da Lei nº 7.713/88 -, em relação às sociedades por ações.

Nesse sentido, também é a orientação contida na Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997, pela qual a Secretaria da Receita Federal determinou ser vedada a constituição do crédito tributário relativo a esta incidência, no caso de sociedades por ações.

Em assim sendo, qualquer que seja a decisão de mérito proferida no âmbito do Poder Judiciário, descabe, nestes autos, a exigência do imposto de renda na fonte a que se refere o art. 35 da Lei nº 7.713/88. Voto, portanto, no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 13 de abril de 1999



EDSON VIANNA DE BRITO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10768.030854/94-47
Acórdão nº. : 103-19.948

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em 14 MAI 1999

CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE

Ciente em, 24.05.1999.

NILTON CÉLIO LOCATELLI
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL