

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo n.º : 10855.000369/98-01
Recurso n.º : 118.779
Matéria : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – EX.: 1994
Recorrente : ANDREW COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida : DRJ - CAMPINAS/SP
Sessão de : 12 DE MAIO DE 1999
Acórdão n.º : 105-12.818

ELEIÇÃO DA VIA JUDICIAL - A matéria oferecida antecipadamente ao Judiciário, pelo contribuinte, não pode ser apreciada em procedimento administrativo.

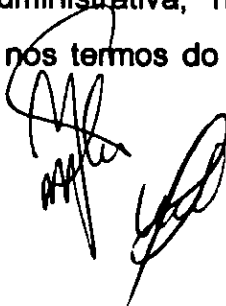
LANÇAMENTO DE OFÍCIO - O fisco tem competência legal para lançar tributo não declarado nem pago, sob anterior discussão judicial, visando exclusivamente evitar os efeitos decadenciais. Não estando o crédito tributário, na data da exigência fiscal, protegido por efeito suspensivo de exigibilidade o procedimento fiscal pode cumular multa de ofício e juros moratórios.

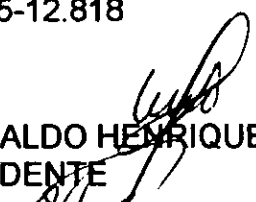
MATÉRIA SUB JUDICE - Estando a matéria *sub judice*, o procedimento administrativo deve ser sobrestado até transito em julgado no Judiciário.

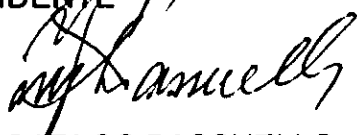
Recurso não conhecido nos limites da discussão no judiciário e não provido na matéria discutida apenas na via administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ANDREW COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitada e, no mérito: 1 - na parte questionada judicialmente, não conhecer do recurso: 2 - na parte discutida exclusivamente na esfera administrativa, negar provimento ao recurso, determinando o sobrestamento do feito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.




VERINALDO HENRIQUE DA SILVA
PRESIDENTE


JOSÉ CARLOS PASSUELLO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 MAI 1999

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NILTON PÊSS, LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA, ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO, ALBERTO ZOUVI (Suplente convocado), IVO DE LIMA BARBOZA e AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO.

RECURSO N.º : 118.779
RECORRENTE : ANDREW COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

RELATÓRIO

ANDREW COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., qualificada nos autos, recorreu da Decisão nº 2299/98 do Delegado da Receita Federal de Julgamento em Campinas, SP, que manteve exigência de Contribuição Social sobre o Lucro relativa ao exercício de 1994, cumulada com juros e multa de ofício.

A discussão se prende basicamente à eficácia de medida judicial no impedimento do lançamento de ofício e da aplicação da multa correspondente.

A decisão recorrida manteve a exação pelos fundamentos da constituição do crédito, por falta ou insuficiência do pagamento, diante da falta de amparo em decisão ou medida liminar que amparasse a recorrente.

O recurso, em extenso arrazoado de 39 páginas, pretendeu demonstrar que as medidas judiciais intentadas impediam o lançamento efetuado, que descabe a aplicação da multa de ofício, que assiste razões de mérito ao contribuinte, tudo embasado em princípios de direito e situações de fato, ressaltando a possibilidade de apreciação do mérito na coexistência de processo administrativo e judicial. Entende que uma vez declarado pelo contribuinte, o tributo não mais pode ser objeto de lançamento de ofício.

É o relatório.



VOTO

CONSELHEIRO JOSÉ CARLOS PASSUELLO, RELATOR

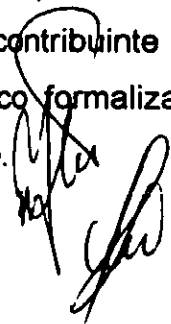
O recurso é tempestivo e deve ser apreciado.

A despeito de não estar objetivamente formalizada qualquer preliminar, o desconforto do contribuinte diante do lançamento, repetidamente mencionado, pretendendo que o lançamento seja nulo, deve ser apreciado como preliminar. O mesmo ocorrendo com relação ao cerceamento ao direito de defesa comentado no recurso.

No que respeita ao cerceamento do direito de defesa, é de se reconhecer que devem ser asseguradas todas as vias e formas de acesso à discussão administrativa ou judicial.

O uso de dupla via de defesa simultaneamente, porém, conduz a uma situação na maioria das vezes confusa e conflitante. Isso porque a discussão simultânea instalada na esfera administrativa e judicial pode conduzir a que a decisão administrativa ocorra antes ou depois da decisão judicial. Pode ainda, como em diversos casos, como diante da aplicação da variação da TRD e tantas outras, que a decisão administrativa conflite com a judicial, provocando a perda de objeto em uma delas, dependendo qual decisão se torna definitiva antes.

Assim, me parece sábia a disposição legal e a jurisprudência dominante neste Colegiado que aceite a via inicialmente escolhida pelo contribuinte na busca e discussão de seus direitos. Isso sem ferir o direito de o fisco formalizar o crédito tributário pelo lançamento formalmente notificado ao contribuinte.



Se é necessário assegurar o direito de o fisco proceder o lançamento para evitar a decadência e igualmente deve ser acatada a escolha do contribuinte no que respeita à via a ser trilhada na obtenção de seu direito, alguns aspectos devem sobressair.

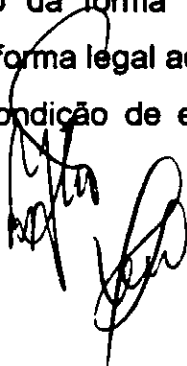
Diante da alegação da recorrente de que o lançamento da Contribuição Social se subsume ao tipo por declaração, é de se observar que isso é aceito por ela. Não é verdadeiro, porém, a afirmativa de que já houve o lançamento pelo contribuinte, uma vez que na sua declaração de rendimentos, forma própria para informar tal valor, ele não consta, nem consta prova de que foi informado por outra via, como por exemplo a DCTF. Assim, de nenhuma forma se comprova a ocorrência do lançamento por via expressa e espontânea do contribuinte.

Na sequência, tal omissão pode ensejar a ação fiscal buscando constituir o crédito e evitar assim os efeitos fulminantes da decadência. O lançamento de ofício, além de direito inalienável é obrigação indeclinável do fisco.

Nada pode impedir a ação fiscal nestas circunstâncias, nem mesmo decisão judicial.

O próximo passo é que pode ser obstado.

Devidamente constituído o crédito tributário, com ou sem a aplicação da multa correspondente, dependendo da forma e condição jurídica no momento da constituição do crédito tributário, na forma legal adequada (homologação, declaração ou de ofício), deve ser apreciada a condição de exigibilidade que reveste tal condição jurídica (fluência ou suspensão).



Como primeira conclusão é lícito afirmar que, nas condições em que se encontrava o crédito tributário, em fevereiro de 1998, ele podia ser validamente constituído.

Quanto a tal constituição tolher o direito de defesa do contribuinte, tem a ver com a via que ele adotou na defesa de seus direitos.

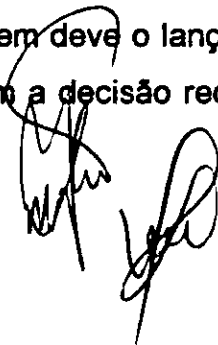
O contribuinte, antecipando-se à ação fiscal, elegeu a via judicial, como dá conta o processo, pela impetração de duas ações de Mandado de Segurança, n.º 930029403-2 e 950900197-0. Essa opção deve ser respeitada e seus efeitos preservados, observado o contido no art. 38 da Lei n.º 6.830.

Este Colegiado vem decidindo reiteradamente que não lhe é lícito apreciar o mérito de questões expostas ao crivo do Poder Judiciário, quando tal via foi anteriormente eleita, nos limites da matéria questionada judicialmente. No presente caso apenas a multa consta do processo administrativo e inexistente no processo judicial, o que limita a ela a possibilidade de apreciação.

A decisão recorrida deixou de apreciar as razões de mérito, que foram expostas ao judiciário e, por isso, teria ferido o amplo direito de defesa da recorrente.

No que respeita a este fato, entendo que tal cerceamento não ocorreu, porquanto a recorrente está gozando do pleno direito de defesa na discussão que trava ou travou no judiciário e a decisão atacada, nisso, não merece reparo.

Portanto, nem deve o lançamento ser declarado nulo pelos argumentos esposados no recurso, nem a decisão recorrida ser declarada nula por cercear direito de defesa da recorrente.



Voto pela rejeição das preliminares.

A continuidade do voto leva em consideração comentários já aduzidos na apreciação das preliminares.

É o caso da aplicação da multa de ofício.

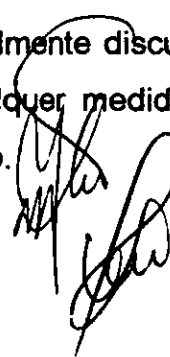
Sendo aceitável o procedimento de constituir o crédito tributário, formalmente, pelo fisco, como dito anteriormente, é de se ver se cabia a aplicação da multa de ofício.

A constituição do crédito tributário, em fevereiro de 1998, deveria ser formalizada no estado em que a situação fiscal do contribuinte se encontrava.

A aplicação da multa somente seria cabível se constatada a situação de devedor com tributo vencido com relação ao prazo próprio vinculado ao seu fato gerador.

A fiscalização dá notícia, repetida pela autoridade recorrida mas sem contestação pela recorrente, de que a ação de Mandado de Segurança nº 930029403-2 tivera sua liminar cassada em 17 de dezembro de 1993, portanto, antes da ação fiscal. A ação de Mandado de Segurança nº 950900197-0 foi julgada improcedente em 09 de junho de 1995, igualmente antes da ação fiscal.

O crédito lançado, portanto, apesar de judicialmente discutido, na data de sua constituição, não se encontrava ao amparo de qualquer medida suspensiva eficaz. Assim, poderia ser entendido como vencido e em atraso.



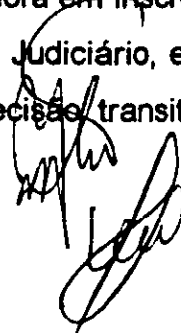
Apenas para não passar argumento do recurso sem apreciação, o item "*Da Ausência da Ocorrência do Fato Tipo para o Lançamento de Ofício*", em que a recorrente tenta demonstrar não ter havido situação tipificada para a exigência, é de se lembrar o item III., por ele elencado, "*fazer declaração inexata*", que perfeitamente se amolda ao caso, já que a exigência decorreu de ter a declaração de rendimentos omitido o montante a recolher da contribuição social.

De outra feita, a alegação de ter se processada denúncia espontânea não ficou em qualquer peça ou procedimento demonstrada, descabendo seu acolhimento.

Não há, portanto, como apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente, o Poder Judiciário, atrai para si a competência para o deslinde. De outra feita, não estando suspensa a exigibilidade, por ocasião do lançamento procedido pela fiscalização, deve ser mantida a multa aplicada bem como os juros incidentes.

Deixo de apreciar as alegações contidas no recurso contra o prazo de 180 dias para apreciação pelo Judiciário de medida na forma do art. 33 da Medida Provisória 1.699-42, por entender que não se afigura interesse em sua aplicação no presente, sequer possibilidade, uma vez que entendo ser a norma destinada ao Judiciário e não me ocorre situação que possa ser aqui caracterizada.

Apenas, estando em custo a discussão judicial, já que, como alega a recorrente (fls. 140), a matéria tributária encontra-se *sub judice*, mercê de Embargos de Declaração, é de se evitar a ação da autoridade lançadora em inscrever em dívida ativa e solicitar a cobrança forçada de matéria discutida no Judiciário, estabelecendo dupla trilha de discussão, é de se sobrestar o feito até decisão transitada em julgado no

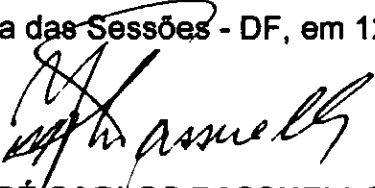


Judiciário para ulterior e final liquidação da decisão naquela sede proferida, isso sem excluir a penalidade e juros.

Assim, pelo que consta do processo voto por conhecer do recurso na parte não discutida anteriormente no Judiciário, ou seja, no que respeita à aplicação da multa e juros, negando-lhe provimento, rejeitar as preliminares e quanto à matéria oferecida antecipadamente ao Judiciário, não conhecer do mérito.

Assim, pelo que consta do recurso, voto por rejeitar as preliminares, não conhecer do mérito quanto à matéria oferecida para discussão anteriormente ao Judiciária e quanto à matéria não discutida judicialmente, ou seja multa e juros, negar-lhe provimento, determinando outrossim o sobrestamento do feito até trânsito em julgado no Poder Judiciária para aplicar a decisão lá proferida.

Sala das Sessões - DF, em 12 de maio de 1999.


JOSÉ CARLOS PASSUELLO

