



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº : 10855.001218/95-18
Recurso nº : 120.349
Matéria : IRPJ – Ano: 1993
Recorrente : JACUZZI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ - CAMPINAS/SP
Sessão de : 24 de fevereiro de 2000
Acórdão nº : 108-06.031 RECURSO ESPECIAL Nº RD/108-0.356

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE– É de rejeitar as preliminares argüidas quando não condizem com situação que justifique seu reconhecimento.

AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE - A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio.

Recurso conhecido em parte a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JACUZZI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONHECER em parte do recurso, para NEGAR-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

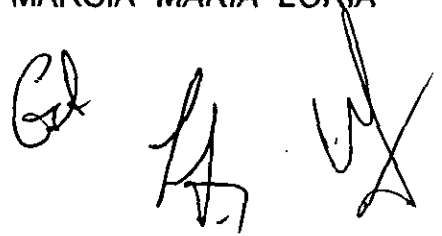
MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA
RELATOR

Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

FORMALIZADO EM: 14 ABR 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON LÓSSO FILHO, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, TÂNIA KOETZ MOREIRA, JOSÉ HENRIQUE LONGO e MARCIA MARIA LORIA MEIRA.



Processo n.º : 10855.001218/95-18

Acórdão n.º : 108-06.031

Recurso nº : 120.349

Recorrente : JACUZZI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

JACUZZI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., empresa com sede na Rodovia Waldomiro Correa Camargo, Km. 53, Cruz das Almas, na cidade de Itú/SP, inscrita no CGC/MF sob o nº 59.105.007/0001-10, inconformada com o despacho decisório que não apreciou o mérito da impugnação determinando o prosseguimento da cobrança do crédito tributário, interpõe Recurso Voluntário.

A matéria objeto do presente litígio corresponde ao **IRPJ** do exercício de 1993, ano-calendário 1992, em virtude de ajustes de lucro líquido do exercício, reduções, exclusões e compensações indevidas, pertinentes ao efeito da diferença de correção monetária referente ao PLANO VERÃO de janeiro/89 e diferença de correção monetária IPC/BTNF exercício de 1990, Lei 8.200/91. Enquadramento legal: **IRPJ** - arts. 154, 157, § 1º e 388, incisos I e II do RIR/80.

Apresentada impugnação, preliminarmente alegou:

- a incapacidade do Agente Fiscal em lavrar o Auto de Infração, por não ser este inscrito no CRC-SP, o que viola do princípio da reserva legal;
- a nulidade do Auto pela aplicação de taxa de juros exacerbada, pela aplicação de juros moratórios acima do limite estabelecido pela Constituição Federal;
- excesso de exação por parte do Fiscal autuante que tinha conhecimento de que os tributos reclamados eram indevidos, preenchendo os requisitos para enquadramento no art. 316, § 1º do Código Penal;

Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

- prevaricação, tendo o agente fiscal deixado de orientar o contribuinte, o que faz parte de sua função (art. 641 do RIR/80), indo à empresa com o único objetivo de autuá-la;

- inaplicabilidade da multa moratória punitiva, por ausência de dolo ou culpa por parte do contribuinte que ensejem a tipificação do crime tributário, não sendo aplicável a multa de ofício visto que o contribuinte discute judicialmente a legalidade de um tributo.

Nas razões de mérito a impugnante discorre acerca:

- do expurgo ocorrido em 1989 e sua correlação com a questão da correção monetária de balanço, o BTN no Plano Verão, o expurgo do Plano Verão, a recomposição do prejuízo da impugnante, a legalidade do valor da OTN de janeiro de 1989;

- do expurgo de correção monetária ocorrido em 1990, tendo a Lei nº 8.200/91 reconhecido que nesse ano a variação do BTN teve índices abaixo dos reais, e que tal reconhecimento se refere a direito pré-existente do contribuinte;

- do controle de constitucionalidade da norma e sua aplicação a casos concretos.

Por fim, requer a autuada, o cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

O contribuinte interpôs Mandados de Segurança Preventivos para discussão da questão de mérito, todavia não teve concedida as liminares, estando até a data do julgamento do processo administrativo fiscal, sem decisão judicial.

Em seu despacho decisório o Delegado da Receita Federal e Julgamento julgou improcedentes as preliminares argüidas pela impugnante, eis que não têm relação com a defesa do fato. Aduz, ainda, que tais situações deveriam ser



Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

discutidas com o oferecimento de representação, sendo que, contudo, o foro próprio para tal discussão é o do Poder Judiciário.

Com relação à questão de mérito, tendo a impugnante optado pela via judicial teria renunciado a ter apreciada a questão na esfera administrativa, com base no posicionamento da Administração Tributária no Ato Declaratório (Normativo) COSIT - nº 3, de 14/02/1996.

Nesses termos deixou a autoridade julgadora de apreciar o mérito e determinou o prosseguimento da cobrança do crédito tributário.

Em suas razões de recurso, a recorrente alega, em síntese, que:

- o débito em questão não pode ser exigido em razão da decisão judicial que suspendeu a exigência do crédito tributário, junta Certidão referente ao Mandado de Segurança nº 93.0016484-8, fls. 384, impetrado pela recorrente contra a Fazenda Nacional e que foi julgado procedente, concedendo a segurança e suspendendo a exigência do crédito tributário;

- quanto a utilização da variação do índice do IPC apurada em confronto com o BTNF, na correção monetária de balanço do ano de 1990, foi proferida sentença em Mandado de Segurança nº 93.0016476-7 (certidão de fls. 385) autorizando a correção das demonstrações financeiras do ano base de 1990 de acordo com a variação do IPC;

Preliminarmente a recorrente reitera as razões da impugnação, acrescentando que a autoridade julgadora não fundamentou sua decisão e, ainda, o não enquadramento do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6830/80 e da ADN nº 3/96, por ferir princípios tributários e constitucionais;

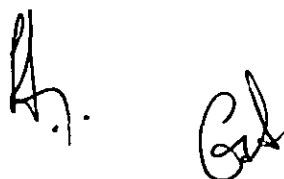


Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

No mérito a recorrente reitera os tópicos levantados na impugnação, demonstrando decisões favoráveis, incluindo deste E. Conselho, à incorporação da defasagem da correção monetária de janeiro de 1989 nas demonstrações financeiras;

A Fazenda Nacional não apresentou contra-razões.

É o Relatório.

Two handwritten signatures in black ink, one to the left and one to the right of the text 'É o Relatório.'.

Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

V O T O

Conselheiro LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA, Relator:

O recurso preenche em parte os pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

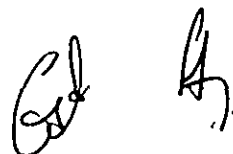
Inicialmente deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do Auto de Infração quando a Recorrente alega a incapacidade técnico-jurídica do autuante, uma vez que o AFTN possui competência outorgada por lei para a fiscalização do imposto, não há que falar em nulidade de ato lavrado pelo mesmo no exercício de suas atribuições.

Incabível também a arguição de nulidade do Auto de Infração relativamente a alegação acerca da TRD, tendo em vista que o período da exigência corresponde ao ano de 1992, quando somente se cogita de cobrança indevida de TRD no período de fevereiro a julho de 1991, daí, rejeita-se a preliminar suscitada.

Ademais, é cediço neste Colegiado, que eventual medida judicial concedida que respeita à suspensão do crédito tributário, não impede que a administração tributária proceda ao lançamento do tributo precavendo a ocorrência da decadência do seu direito de lançar, sendo assim, também inexistente nulidade alguma no procedimento observado pelo Fisco.

No tocante à multa aplicada corresponde à penalidade cabível nos lançamentos de ofício (art. 4º, I, da Lei 8.218/91), não merecendo reparos quanto à sua legitimidade, assim, também, de rejeitar-se a preliminar de nulidade argüida.

A recorrente ingressou em juízo postulando o reconhecimento judicial do expurgo levado a efeito na correção monetária através do denominado PLANO VERÃO em janeiro/89 e o expurgo da correção monetária ocorrido em 1990, tendo a Lei 8.200/91 reconhecido que nesse ano a variação do BTNF teve índices abaixo dos



Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

reais, já tendo obtido sentença de mérito favorável ao seu pleito. Daí decorre a impossibilidade deste Colegiado manifestar-se a respeito de matéria já submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário conforme reiterada jurisprudência deste Colegiado.

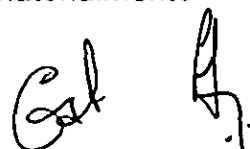
Peço vênia do ilustre ex-Conselheiro Dr. JOSÉ ANTONIO MINATEL para reproduzir parte do voto proferido no Acórdão nº 108-02.288, de 19/09/95, onde com costumeiro brilho discorreu acerca de não ser cabível a concomitante discussão na esfera judicial e administrativa do crédito tributário em litígio, verbis:

"De há muito tenho expressado que 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 se 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.

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

" 54. Quando o 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



Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

administrativa, que é a da execução da sentença pela força.” (Editora Saraiva - 1.984 - 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. Neste 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 22.9.78 (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 um de cada natureza.

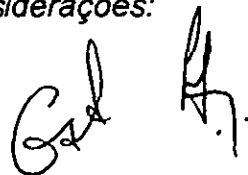
33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada 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.

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:



Processo n.º : 10855.001218/95-18
Acórdão n.º : 108-06.031

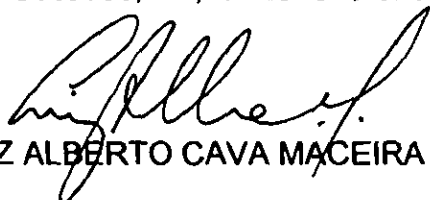
"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à jurisdição administrativa - pela impugnação da exigência (recurso latu sensu), seguida ou mesmo antecedida de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual - ordenatória, 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, 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."

Pelas razões expostas, voto por rejeitar as preliminares suscitadas e, por conhecer em parte do recurso, para negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, DF, 24 de fevereiro de 2000.


LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA

