

MF - Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
de 12 / 07 / 2002  
Rubrica



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.021346/94-18  
Acórdão : 203-06.612  
  
Sessão : 07 de junho de 2000  
Recurso : 106.432  
Recorrente : BIRMANN S/A COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS  
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

**NORMAS PROCESSUAIS – OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL** – Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional – antes ou após o lançamento do crédito tributário –, com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito. **Recurso não conhecido, por falta de objeto, em razão da opção pela via judicial.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: BIRMANN S/A COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.** Vencido o Conselheiro Sebastião Borges Taquary (Relator). Designado o Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo para redigir o Acórdão.

Sala das Sessões, em 07 de junho de 2000

  
Otacílio Dantas Cartaxo  
**Presidente e Relator-Designado**

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Daniel Correa Homem de Carvalho, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente), Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva, Mauro Wasilewski, Renato Scalco Isquierdo e Lina Maria Vieira.  
cl/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10880.021346/94-18  
**Acórdão** : 203-06.612  
**Recurso** : 106.432  
**Recorrente** : BIRMANN S/A COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS

## RELATÓRIO

No dia 16.05.94, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 16 contra a empresa BIRMANN S/A COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS, dela exigindo a Contribuição para o FINSOCIAL, sob as alíquotas de 1,2% e 2%, mais juros de mora, multas de 50%, 80% e 100% (fls. 17) e correção monetária, no total de 136.258,74 UFIR, sob a acusação de que a mesma teria deixado de recolher aquela contribuição, decorrente de fatos geradores ocorridos entre 31 de janeiro e 31 de julho de 1991, na conformidade do art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.940, e do Decreto nº 92.698/82, arts. 16, 80 e 83, e art. 28 da Lei nº 7.738/89.

Defendendo-se, a autuada apresentou a Impugnação de fls. 20/22, onde, preliminarmente, sustentou a inexigibilidade da Contribuição ao FINSOCIAL, no caso, porque há uma ação ordinária em curso perante a 2ª Vara Federal, em Brasília, sob o nº 91-0004200-5, postulando a declaração de inexistência de relação jurídica entre a postulante e a Fazenda Pública Federal, quanto à obrigação de recolher essa Contribuição ao FINSOCIAL. E, acrescentou a impugnante, fez os depósitos das contribuições reclamadas para suspender a exigibilidade delas, até o julgamento definitivo do mérito, para sentir-se amparada na regra do art. 151, inciso II, do CTN, e no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

A ora recorrente pediu, na sua defesa, que fosse cancelado o auto de infração, ou que fosse suspenso o curso do Processo Administrativo Fiscal, até que fosse julgada aquela demanda judicial.

A comprovação de estar a autuada, na esfera judicial, protegida por decisão que lhe foi favorável, fez-se pelas Peças de fls. 33/50, destacando-se que a sentença lhe foi desfavorável (fls. 50), mas, em grau de apelação, o Egrégio TRF da 1ª Região, por sua 4ª Turma, reformando aquela decisão monocrática, por unanimidade de votos, em seu Acórdão de 23.8.93 (fls. 43), deu provimento, em parte, ao recurso da BIRMANN S/A COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS para condenar a UNIÃO FEDERAL a devolver-lhe os valores cobrados acima de meio por cento, a título de Contribuição para o FINSOCIAL, ao fundamento de que o art. 28 da Lei nº 7.738/89 cuida da contribuição para a seguridade social e não para o FINSOCIAL (fls. 47).

DT



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo : 10880.021346/94-18**

**Acórdão : 203-06.612**

A autoridade monocrática, através da Decisão de fls. 61/62, ao fundamento de que a recorrente discutia a matéria em juízo, não tomou conhecimento da impugnação e declarou definitivamente constituído o crédito tributário, exceto quanto aos acréscimos legais e à multa de ofício, e mandou sobrestar o processo administrativo, quanto à essa multa e quanto aos acréscimos legais, até o julgamento da demanda na Justiça Federal. É o que se infere da ementa a seguir transcrita:

**“EMENTA:**

**Concomitância entre o Processo Administrativo e o Judicial.**

A propositura de ação judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. Nessa hipótese, considera-se definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito tributário.

Em relação ao crédito não objeto de ação judicial, mas dependente do resultado desta, cabe sobrestamento do Processo Administrativo.”

Com guarda do prazo legal (fls. 63), veio o Recurso Voluntário de fls. 64/71, postulando a anulação da peça básica, mercê, em síntese e substância, destes argumentos expendidos na peça recursal:

a) é improcedente e incabível a autuação, porque a autuada já se achava na Justiça discutindo a matéria, conforme a própria autoridade autuante reconheceu;

b) quando da lavratura do auto de infração, em 16 de maio de 1994, a recorrente já estava protegida pela decisão judicial inserta no predito Acórdão da 4ª Turma do TRF/1ª Região, transitado em julgado desde abril de 1994, e, por isso, o agente fiscal autuante incorreu nas penas do art. 316, § 1º, do Código Penal, ou seja, no crime de excesso de exação;

c) que os lançamentos feitos na peça básica estão em desacordo com o disposto nos artigos 108, 114, 116 e 142, do CTN, comprometendo a liquidez e certeza do valor dado ao crédito tributário; e

d) que a multa de 100% tem caráter confiscatório e, bem como a TRD, aqui, é de exigência impossível, impondo, assim, o decreto de nulidade do auto de infração, por elaborado sem observância das normas de regência.

Das razões recursais, leio os trechos de fls. 66 e seguintes.

57



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo : 10880.021346/94-18**

**Acórdão : 203-06.612**

Na forma regimental vigente (Portaria nº 180/96, art. 1º), devidamente intimada, a Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional, em suas Contra-Razões de fls. 102, manifestou-se pela confirmação da decisão recorrida.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'W' followed by a short horizontal stroke.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.021346/94-18  
Acórdão : 203-06.612

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR SEBASTIÃO BORGES TAQUARY

Observo, dos autos, que a contribuinte, no caso, desde sua defesa, vem comprovando que se encontra e se encontrava no Poder Judiciário, e, por isso, postulou a suspensão do presente Processo Administrativo Fiscal, com base no inciso II do art. 151 do CTN, porque está discutindo a inconstitucionalidade da exigência perante a Segunda Vara Federal, em Brasília, onde fez os depósitos judiciais competentes (fls. 22) e, no recurso, postulou o decreto de nulidade da decisão singular e o cancelamento do crédito apurado (fls. 70), porque, quando da autuação, em 16.5.94, já estava protegida por decisão judicial transitada em julgado desde abril de 1994, onde fora reconhecido seu direito de não recolher as Contribuições ao FINSOCIAL sob alíquota superior a 0,5%.

A prova da existência daquela demanda judicial e do seu êxito veio às fls. 86/91, onde há o Acórdão da 4ª Turma do TFR/1ª Região (Ap. Cível nº 93-01.04700-0), em cujo voto do Relator, acompanhado à unanimidade, há esta conclusão (fls. 90):

“Diante do exposto, dou provimento, parcial, à apelação, para condenar a União a devolver à autora os valores cobrados acima de meio por cento, a título de contribuição para o FINSOCIAL, com juros de mora de um por cento, a partir do trânsito em julgado desta decisão, e correção monetária.”

Com o respeito que tenho por aqueles que defender a tese da renúncia ao direito de postulação na via administrativa, por aquele que estava ou continua postulando a mesma matéria no Poder Judiciário, continuo a defender a inexistência dessa renúncia.

Na hipótese, tem-se que a contribuinte estava em juízo, inclusive, já protegido com decisão favorável e transitada em julgado quando foi autuada. Aliás, foram feitos os depósitos judiciais cabíveis e, por consequência, não há que se falar em lançamento para evitar-se a decadência, posto que, na eventual derrota judicial do demandante, esses depósitos se resolveriam em rendas da Fazenda Nacional.

Entendo que bem laborou o legislador ordinário ao redigir o artigo 62 do Decreto nº 70.235, de 1972, onde vedou a instauração de qualquer procedimento fiscal contra o contribuinte amparado por medida judicial, suspendendo a cobrança de tributo. *Verbis*:

“Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 10880.021346/94-18  
**Acórdão** : 203-06.612

passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.”

Considero, *data venia*, que a autuação, no caso, e sua subsistência até a instância superior, constitui-se em desperdício de tempo e de material, com verdadeiro descaso aos princípios da celeridade e da economia, os quais norteiam o processo, em qualquer esfera: administrativa ou judicial.

Na verdade, a matéria de mérito está examinada e julgada pelo Poder Judiciário e, por consequência, as questões acessórias também. Logo, nada restou para ser julgado na instância administrativa. Porém, subsiste sobre a cabeça do sujeito passivo um crédito fiscal, catapultado do engenhoso exercício de retórica dos ardorosos defensores da tese da renúncia.

Então, não obstante a existência da coisa julgada material judicial a favor do sujeito passivo, subsiste esse crédito fiscal oriundo de uma exigência fiscal, cuja autuação e apuração estava vedada, por força de lei (art. 62 do Decreto nº 70.235/72). E esse crédito, por sua vedação legal, motiva o provimento do presente recurso voluntário para prevenir-se injustificado e possível prejuízo para a contribuinte.

Isto posto, e por tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso para declarar, como declaro, nulo o presente feito fiscal, a partir do auto de infração, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de junho de 2000

  
SEBASTIAO BORGES TAQUARY



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.021346/94-18  
Acórdão : 203-06.612

VOTO DO CONSELHEIRO OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
RELATOR-DESIGNADO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Dispõe o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

*“Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.*

*Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.” (grifei)*

A interposição de ação judicial produz um efeito capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.

Não importa que o lançamento ocorra antes ou depois do ajuizamento da ação, porquanto nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência ou, eventualmente, ordem judicial expedida em mandado de segurança determinando que a autoridade fiscal se abstenha de fazê-lo.

Em contrapartida, a legislação pertinente estabelece regras claras sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado. O lançamento do crédito e



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo : 10880.021346/94-18**  
**Acórdão : 203-06.612**

sua exigibilidade são matérias distintas e inconfundíveis e recebem cada uma o devido tratamento legal apropriado.

Dessa forma, vejo que a decisão recorrida não merece reforma, pois, com base no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, não conhece do objeto da ação proposta no âmbito do Poder Judiciário, somente excluindo da exigência em lide a multa e os juros de mora lançados, matérias não tratadas no processo judicial.

Ademais, vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrativa, por mandamento constitucional expresso.

Pelo exposto, voto no sentido de não tomar conhecimento do recurso, pela falta de objeto, em razão da opção pela via judicial.

É assim como voto.

Sala das Sessões, em 07 de junho de 2000

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO