

MINISTERIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO NR. 13016/000.083/92-29

AM

Sessão de 13 de junho de 1994

ACORDAO NR. 101-86.661

RECURSO NR.: 105.704 - IRPJ - EXS: DE 1990

RECORRENTE : COMPANHIA DE MOVEIS TRES "S"

RECORRIDA : DRF EM CAXIAS DO SUL - RS

NULIDADE - O recurso ao Poder Judiciário, sem transito em julgado, não inibe recurso ao Poder Administrativo, diante do que estabelece o artigo 5o., inciso LV da Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMPANHIA DE MOVEIS TRES "S".

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular a decisão de primeira instância, para que outra seja proferida, apreciando o mérito do litígio, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões, em 13 de junho de 1994

  
MARIAM SEIF

- PRESIDENTE

  
CELSO ALVES FEITOSA

- RELATOR

VISTO EM LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES

- PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

MESSAO DE: 16 SET 1994

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CANDIDO, KAZUKI SHIOBARA, RAUL PIMENTEL, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, SEBASTIAO RODRIGUES CABRAL. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, o Conselheiro FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA.



PROCESSO Nº 13016-000.083/92-29

Recurso : 105.704

Recorrente : Companhia de Móveis Três "S"

Recorrida : DRF em Caxias do Sul - RS

Acórdão nº 101-86.661

### Relatório

Em razão de lançamento suplementar, antes do prazo de vencimento e após mais de 30 (trinta) dias do recebimento do aviso, apresentou a Recorrente impugnação ao mesmo, alegando que a pretensão decorria de glosa do cálculo de correção monetária nos exercícios de 1989 e 1990, segundo a variação do IPC ao invés das OTNs e BTNs.

Para as OTNs, disse a Recorrente que esta, em janeiro de 1989, com sua extinção, expurgado o verdadeiro índice de correção monetária.

A atualização monetária, sem a consideração do IPC , fazia apresentar-se um lucro irreal, com tributação do patrimônio dos contribuintes.

Tal situação subsistiu até o advento da Lei n. 7.799/89, quando determinado, novamente o índice do IPC para o caso específico, mas com a observação de que a conversão de janeiro de 89 deveria se dar com conversão segundo NCz\$ 6,92.

Posteriormente, continua a Recorrente, em 28 de junho de 1991, a Lei 8.200, de 28/06/91, ratificando a Lei 7.799/89, determinou que as correções financeiras se dessem segundo os índices IPC e INPC, conforme o exercício social.

Assim, tinha a Recorrente atualizado monetariamente as suas contas, utilizando o índice de 70,28% de janeiro de 1989 ao invés de 44,46%.

Ainda o mesmo critério foi utilizado em 1990 quando o governo manipulou índices.



A consequência foi que o resultado do balanço da Recorrente foi tomado como errado.

Afirmou que a correção monetária existia para evitar que as empresas pagassem imposto sobre lucro não auferido.

Assim dispunham: a Lei 6400/76; art. 185; Dec.Lei n. 2341/87, art. 2., 3. e 9.; Lei 7.730/89, art. 30.

Disse que havia, na posição do Fisco, inconstitucionalidades.

Alegou que a Lei 7.730/89, quando extinguiu a correção monetária das demonstrações financeiras, tinha ferido o princípio do não confisco estabelecido no art. 150, IV da CF. Ferido ainda o princípio da isonomia previsto no art. 5. c.c. 150, II da CF., bem como o princípio da anterioridade segundo o que consta do art. 150, III, "b", também da C.F., sendo certo que a Lei 7.799/89 tinha ratificado as inconstitucionalidades.

Tinha utilizado, por via indireta, o tributo como Empréstimo Compulsório.

Argumentou no sentido de que quando do chamado Plano Color I, a desvinculação da correção do IPC tinha provocado a tributação não do lucro real, mas o próprio patrimônio das empresas, enquanto um índice menor que o efetivo resultava em verdadeiro confisco ou mesmo empréstimo compulsório, reconhecido com a edição da Lei 8.200/91, sem obediência aos seus pressupostos de validade.

Afirmou que quanto à matéria, havia impetrado a Recorrente, Mandado de Segurança, com liminar, distribuído à 4a. Vara da Justiça Federal de Porto Alegre/RS, concluso para sentença na data da impugnação.

Concluiu requerendo: a) desconstituição dos autos de infração; b) não instauração de novos processos até final decisão, segundo o disposto no artigo 62 do Decreto 70.235/72, e ainda não aplicação da TRD na indexação dos tributos no ano de 1991.



A decisão recorrida, em sua ementa, sintetiza as suas razões, ao consignar: " Nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80, a propositura de mandado de segurança visando anular o crédito tributário importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. Notificação IRPJ procedente". (fls. 74)

A conclusão encontra-se assim redigida: " JULGO PROCEDENTE a Notificação IRPJ e DETERMINO que não se cobre o crédito tributário correspondente até que seja proferida a sentença de 1a. instância, se favorável à União, ou, se desfavorável, até que saia a decisão do TRF.

... retorno a esta DIVTRI para aguardar a decisão da Justiça Federal.

A fls. 77 encontra-se petição de recurso voluntário, com uma síntese dos acontecimentos, negando aplicação do entendimento de prejuízo do exame administrativo em razão do mandado de segurança.

Mesmo porque o caso não era de execução fiscal.

Concluiu requerendo o processamento do recurso voluntário.

É o relatório.

Voto.

O recurso é tempestivo.

A própria decisão do julgador singular determinou, inobstante entender prejudicado o direito de impugnação em razão da utilização concomitante das vias administrativa e judiciária, a suspensão da cobrança do crédito tributário, até decisão final no Mandado de Segurança no TRF.

Não se tem nos autos qualquer notícia do andamento do Mandado de Segurança.



Inicialmente há que se enfrentar o tema possibilidade ou não de exame de mérito da questão posta, em razão da preliminar.

Em outro processo onde o tema foi enfocado, assim já me pronunciei e conclui:

" Voto (em razão do pedido de vista)

Pedi vista dos autos, após o voto do ilustre Juiz Dr. Sérgio Mazzoni, que não conhecia do recurso em razão de ter a Recorrente ajuizado ação ordinária anulatória do lançamento tributário, concomitantemente ao Recurso Ordinário na esfera administrativa, mais especificamente perante este Tribunal de Impostos e Taxas. Amparou-se o ilustre Juiz relator no estabelecido no artigo 38 da Lei 6.830/80.

A causa que me levou à meditação diz respeito à natureza da matéria abrangida pela referida lei, o que é estabelecido por seu artigo 1., quando diz: " Art. 1. A execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil".

Entendo que a Lei 6.830/80 deve cuidar de fatos acontecidos partir de um lançamento tributário, depois inscrito como dívida ativa, após, quando objeto de defesa ou recurso administrativo, da devida apreciação pelos órgãos julgadores, da manutenção do mesmo.

Não mais pendente recurso defesa ou recurso administrativo, os quais suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do CNT, aí sim, possível a incidência da referida lei. Antes disso, qualquer matéria acontecida, a meu ver, por ela não pode ser vinculada, sob pena de violação à Constituição Federal e à Lei Complementar.

A violação constitucional hoje é encontrada de forma a não deixar dúvida, conforme simples leitura do disposto no inciso LV da atual Constituição Federal, que estabelece:



" aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente ",

enquanto o artigo 4. da Constituição Paulista registra:

" Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados ".

Como se sabe, os textos apontados são posteriores à lei 6.830/80, enquanto pela Constituição Federal recepcionado o CTN, a demonstrar incompatibilidade, razão pela qual, pedindo vênica ao nobre relator, afasto o entendimento, de impossibilidade de apreciação do recurso ordinário, nos termos em que se apresenta nos autos.

Neste momento chamo à colação parte de elaborado trabalho jurídico tributário de um ilustre Juiz desta casa, Dr. DJALMA BITTAR, publicado na Revista de Direito Tributário, de n. 53, que sobre o tema consignou:

" Outrossim, necessário se torna deixar claro que a justiça administrativa ao se pronunciar, emite em suas decisões, atos administrativos, próprios da função do Poder Executivo, sendo que, a função administrativa, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello em seu Elementos de Direito Administrativo (São Paulo, Ed. RT. 1981, p.19) "se qualifica como atividade do próprio Estado, por ele mesmo desenvolvida, tendo em vista a gestão de interesses públicos, assim definidos através de outra de suas manifestações, e que se lhe apresentam como indisponíveis ao nível de sua manifestação administrativa, isto é, daquela que o Estado explicita através do conjunto de órgãos, convencionalmente, chamados da Administração",

para após continuar:



" Por conseguinte, entendemos que, enquanto não houver coisa julgada material referente à aplicação contenciosa da lei, nada impede que o Poder Executivo, por meio do seu órgão julgador emita um ato administrativo, meio pelo qual expressa juridicamente, uma das funções do Estado, buscando formalizar a pretensão de exigir de maneira coativa o seu crédito de natureza tributária.

...

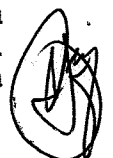
Resumindo: no processo administrativo tributário discute-se a formação do título que torna visualizável a pretensão do sujeito ativo, documento esse que ira se constituir no objeto material do processo judicial a ser instaurado para que a fase da coação e sujeição possa ser exercitada.

...

Por tudo quanto até agora foi dito, é fora de dúvida que o princípio do contraditório, sendo indisponível, torna inviável a determinação de que o processo administrativo pode ser sobrestado, no suposto de que a melhor solução será a de se aguardar o pronunciamento do Judiciário que, como vimos, só será capaz na medida em que se transformar em coisa julgada material. É que o contribuinte não pode ficar alheio ao modo pelo qual materialmente se constitui o já mencionado título ou objeto formal que ira fundamentar a fase judicial da coação e posterior sujeição, etapa em que, não cumprido o dever jurídico, será o sujeito passivo despojado de bens suficientes para a sua liquidação."

Ademais, se mantido o lançamento tributário por decisão administrativa, é reconhecido ao Poder Judiciário modificar tal situação, por força do estabelecido no parágrafo XXXV do artigo 5., da atual Constituição Federal, não fazendo pois coisa julgada aquela.

Por outro lado, uma vez cancelado o lançamento pelo órgão julgador administrativo - também ato administrativo - , vez que decorrente da função administrativa de controle da legalidade da tributação, faz no meu entender coisa julgada favor do contribuinte, na exata



Acórdão nº 101-86.661

medida em que não pode ser ele reativado pela decisão judicial, ainda que posteriormente decidindo pela falta de direito daquele que resistiu à pretensão da Fazenda Pública. Isto por que não tem o Poder Judiciário função lançadora nem constitutiva do crédito tributário, mas tão só desconstitutiva ou confirmativa do mesmo.

A menos que se estabeleça uma prevalência dos atos do Poder Judiciário sobre o atos do Poder Executivo em matéria de julgamento do lançamento, assim não podendo ser considerado o disposto no apontado inciso XXXV do art. 5., da CF, que trata de outra questão, não vejo razão para a posição tomada no voto já proferido neste processo.

Por tudo, tomo conhecimento do recurso ordinário."

Assim, meu voto é no sentido de declarar a nulidade da decisão recorrida, pelas razões esposadas, para que decida o julgador singular sobre o mérito, podendo antes, inclusive, intimar a Digna Procuradoria da Fazenda, para informação sobre o andamento do Mandado de Segurança.

É o meu voto.  
Celso Alves Feltosa.

