



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

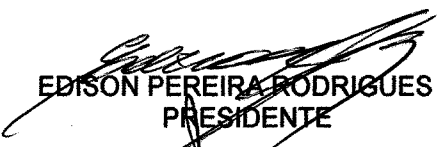
PROCESSO Nº : 13805.004305/95-66
RECURSO Nº : 116.259
MATÉRIA : IRPJ E OUTROS - EX: DE 1993
RECORRENTE : BANCO UNION S.A.C.A.
RECORRIDA : DRJ EM SÃO PAULO(SP)
SESSÃO DE : 07 DE MAIO DE 1998
ACÓRDÃO Nº : 101-92.067

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - A propositura de mandado de segurança importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso interposto sobre o tema (art. 38, § único da Lei nº 6.830/80 e ADN/COSIT nº 03/96). Não caracteriza cerceamento do direito de defesa, a decisão de 1º grau que não tomou conhecimento das razões interpostas na impugnação porque o sujeito passivo preferiu a via judicial tendo em vista que o lançamento teve como finalidade, única e exclusivamente, prevenir a decadência do direito de a Fazenda Pública da União constituir crédito tributário e a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **BANCO UNION S.A.C.A.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, **NÃO CONHECER** o recurso, face à opção pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 JUN 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, RAUL PIMENTEL e SANDRA MARIA FARONI. Ausente, justificadamente o Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA.

Processo nº : 13805.004305/95-66
Acórdão nº : 101-92.067

2

RECURSO Nº. : 116.259
RECORRENTE : BANCO UNION S.A.C.A.

RELATÓRIO

O **BANCO UNION S.A.C.A.** inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob nº 50.290.345/0001-03, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo(SP), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

O lançamento de ofício teve início no Auto de Infração, de fls. 10/11, e seus anexos, onde foi formalizada a exigência de crédito tributário de Imposto de Renda - Pessoa Jurídica e mais os acréscimos legais, no montante de 2.352.961,30, no período-gerador de 1º a 30 de junho de 1993, por infração dos artigos 4º, 8º, 10, 11, 12, 15, 16 e 19 da Lei nº 7.799/89, 387, inciso I do RIR/80.

Consta dos autos, ainda, a tributação reflexa correspondente ao Auto de Infração, de fls. 14/15, formalizando a exigência de Contribuição Social sobre o Lucro, em UFIR:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - 1.101.714,63
JUROS DE MORA - 253.394,36
MULTA PROPORCIONAL - 1.101.714,63
TOTAL DO AUTO - 2.456.823,62

As irregularidades que teriam sido cometidas pela autuada foram descritas pela autoridade lançadora, nos seguintes termos:

"... foi constatado que a mesma, mediante ação impetrada na Justiça Federal sob nº 93.0017578-5, utilizou, como despesa no balanço de 30 de junho de 1993, o total da correção monetária com base na diferença do IPC/BTNF de que trata a lei 8.200/91, no valor de Cr\$ 190.262.428.837,08.

Devido ao fato da ação ainda não ter a sua decisão final promulgada, o procedimento do fisco será o de efetuar o lançamento do referido imposto que deixou de ser recolhido à Fazenda Nacional, com o intuito único e exclusivo de evitar-se o prazo decadencial, uma vez que a cobrança do referido lançamento ficará suspensa até proferida a sentença final do processo supra identificado.

Na decisão de 1º grau, a autoridade julgadora não conheceu da impugnação tendo em vista que o contribuinte impetrou Mandado de Segurança relativamente a diferença IPC/BTNF-89, cujo procedimento representa renúncia às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso administrativo interposto, face ao que consta do Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03/96 e artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79.

No recurso voluntário, de fls.60/64, a recorrente argumenta que a decisão de 1º grau está equivocada tendo em vista que o artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79 e o artigo 38 da Lei nº 6.830/80 afrontam manifestamente o artigo 5º, incisos XXXIV, "a", LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

A recorrente enfatiza que o artigo 38, § único da Lei nº 6.830/80 e artigo 1º, § 2º do Decreto-lei nº 1.737/79, só podem ser aplicado quando o crédito tributário já está devidamente constituído, o que não é o caso dos autos.

Acrescenta mais que cada processo, administrativo e judicial, possui características próprias razão pela qual não se pode falar em renúncia da discussão na esfera administrativa pela propositura da ação na esfera judicial tendo em vista o proclamado na Súmula nº 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos onde ficou explicitado que o *exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura da ação de natureza providenciária*.

Com estas considerações, solicita seja devolvido os autos ao Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo(SP), para que seja julgado o mérito da impugnação.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro, KAZUKI SHIOBARA, Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade.

Não procede a alegação da nulidade de decisão de 1º grau que não conheceu da impugnação no que tange a diferença IPC/BTNF-89, face a opção do sujeito passivo pela propositura de ação na esfera do Poder Judiciário.

É verdade que o artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79 refere-se apenas a **ação anulatória ou declaratória de nulidade do crédito tributário da Fazenda Nacional** mas o artigo 38 e seu § único, da Lei nº 6.830/80, estendeu para **Mandado de Segurança e Ação de Repetição de Indébito**, quando expressa que:

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo 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 renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”(grifei).

Não tenho dúvida que a autuada optou pela via judicial e portanto está correta a decisão de 1º grau que não conheceu as razões expostas na impugnação e este Conselho de Contribuintes, no caso dos autos, está impedido de apreciar o mérito do lançamento

A orientação transmitida pela Douta Procuradoria da Fazenda Nacional, em parecer emitida no processo nº 25.046, de 22.09.78 (DOU de 10.10.78), quando solicitado por este Conselho de Contribuintes, não deixa dúvida quanto a manutenção deste entendimento visto naquela ocasião manifestou-se com extrema clareza, nos seguintes termos:

“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 Julzo. 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.

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."

Esta orientação não foi prejudicado pelo inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 uma vez que o preceito de ampla defesa sempre está assegurado, com os meios e recursos a ela inerentes, na garantia fundamental traduzida no outro princípio inserto no inciso XXXV, do mesmo artigo, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A doutrina sempre trilhou no mesmo sentido, conforme ensinamentos transmitidos pelo SEABRA FAGUNDES, no seu clássico livro "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário" - Editora Saraiva - 1994 - págs. 90/92, quando expressa com a clareza que lhe é peculiar, nos seguintes termos:

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

55. 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 o 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 por força."

O tributarista ALBERTO XAVIER no livro "DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO" - Editora Forense - 1967, fsl. 349, alinha as seguintes assertivas que confirmam o entendimento:

"Vigora no Brasil o princípio da universalidade da jurisdição ou sistema de jurisdição única, segundo o qual existe uma 'reserva absoluta de jurisdição' dos órgãos do Poder Judiciário, donde decorre a dupla proibição de atribuição de funções jurisdicionais a órgãos de outros Poderes e a proibição de que seja excluída do Poder Judicial qualquer lesão ou ameaça de lesão de direitos individuais, notadamente no caso de essa lesão decorrer de atos da Administração.

Tal como se encontra formulado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988 - que não prevê a possibilidade de que o ingresso em juízo seja condicionado à prévia exaustão das vias administrativas - o princípio da universalidade da jurisdição tem hoje como corolário o direito de livre e incondicional acesso ao Poder Judiciário, vigorando assim um princípio optativo na relações entre o processo judicial e o processo administrativo.

Corolário do princípio constitucional em causa é ainda a legitimidade do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, desde que tal controle se restrinja a questões de legalidade, pois uma apreciação do mérito representaria invasão de competência própria do Poder Executivo.

Entre nos as controvérsias tributárias são matérias da jurisdição comum, de vez não terem sido atribuídas pela Constituição a jurisdições especiais, como a militar, a trabalhista e a eleitoral (Constituição, artigos 111 e seguintes, 118 e seguintes e 122 e seguintes."

Ante a doutrina acima exposta bem como a orientação da Doutra Procuradoria da Fazenda Nacional e, ainda, face a jurisprudência predominante do Conselho de Contribuintes é forçoso 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.

A Norma de Execução nº 02/92, da Secretaria da Receita Federal determina que quando o contribuinte opta pela via judicial para pleitear o reconhecimento do seu direito, o processo administrativo deve aguardar a decisão da Justiça Federal, na repartição fiscal de origem.

Além disso, o Ato Declaratório Normativa COSIT nº 03/96 estabeleceu mais que:

"a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente

à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc.);

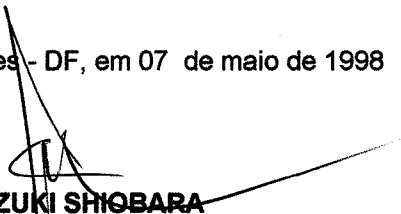
c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão da medida liminar em mandado de segurança), do art. 15, do CTN;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)."

De todo o exposto e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 07 de maio de 1998


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR