

1
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 13880.040388/92-13

Sessão de 27 de fevereiro de 1996 Acórdão n° 101-89.443

Recurso n°: 109.985 - IRPJ - EX: DE 1990

Recorrente: COMERCIAL MAKRO LTDA.

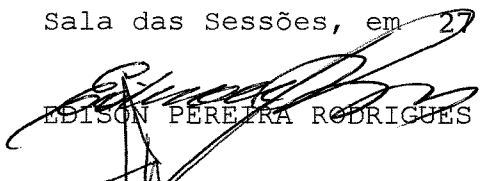
Recorrida : DRF EM SÃO PAULO(SP)

PROCESSUAL - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Tendo em vista que o contribuinte optou a via judicial para discutir a legalidade da tributação e que o lançamento foi providenciado apenas para prevenir a decadência, não cabe apreciação do litígio na esfera administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por **COMERCIAL MAKRO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 1996


EDISON PEREIRA RODRIGUES - Presidente


KAZUKI SHIOBARA - Relator

FORMALIZADO EM: 29 FEV 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: MARIAM SEIF, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL e RAUL PIMENTEL. Ausente, justificadamente, o Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

RECURSO N°: 106.985

ACÓRDÃO N°: 101-89.443

RECORRENTE: COMERCIAL MAKRO LTDA.

R E L A T Ó R I O

Nos presentes autos a **COMERCIAL MAKRO LTDA.** inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob n° 43.187.285/0001-24, inconformada com a decisão de 1° grau proferida pelo Delegado da Receita Federal em São Paulo(SP), apresenta recurso voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

A exigência contida no Auto de Infração e seus anexos de fls. 06/07 diz respeito a diferença de alíquota do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, de 6% para 18%, incidente sobre lucro de exploração da exportação incentivada de manufaturadas, no exercício de 1990, com infração do artigo 1°, inciso I, da Lei n° 7.988, de 29.12.89.

No recurso voluntário de fls. 58/65, a recorrente argumenta que a alíquota de 6% (seis por cento) sobre o lucro de exploração da exportação incentivada de manufaturados estava fixada pelo artigo 1° do Decreto-lei n° 2.413, de 10 de fevereiro de 1988 e que durante a maior parte do período-base de 1989, a alíquota vigente era aquele de 6% e que a administração fiscal não poderia aumentar aquela alíquota para 18% (dezoito por cento), no dia 29 de dezembro de 1989, para o exercício financeiro de 1990, período-base de 1989, vez que o fato gerador já estava ocorrendo desde o dia 1° de janeiro de 1989.

Entendeu a recorrente que o citado artigo 1° da Lei n° 7.988, de 29 de dezembro de 1989, fere o princípio de anterioridade da lei prescrita no artigo 150, inciso II, letra "a", da Constituição Federal de 1988 bem como o princípio da segurança do Direito e cita vasta doutrina e jurisprudência sobre o tema, inclusive do Primeiro Conselho de Contribuintes.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

Acórdão n° 101-89.443

Acrescenta mais que moveu a Ação Cautelar Preparatória de Depósito contra a Fazenda Nacional (União Federal), em 30/05/90, com requerimento do depósito da importância em litígio para inibir a administração tributária de proceder ao lançamento da diferença de alíquota mas que esta Ação Cautelar foi indeferida e, em 26/06/90 interpôs Embargos de Declaração, também, não acolhida e desse modo, em 21/08/90, apelou a recorrente da sentença judicial.

Em 27/09/90 impetrou Mandado de Segurança contra o ato do Meritíssimo Juiz da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, com o intuito de preservar o seu direito de manter suspensa a exigibilidade da diferença de alíquotas do Imposto de Renda sobre o lucro das exportações, exigido pela Fazenda Nacional. Pleiteou, portanto, através de medida liminar, a concessão do direito para que se autorizasse o depósito da diferença de alíquotas em garantia do Juízo da 13ª Vara da Justiça Federal mas o referido mandado de segurança foi recebido sem a concessão de liminar e tramita agora pelo Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região, aguardando decisão final.

Além disso, em 11 de junho de 1991, moveu Ação Ordinária perante a mesma 13ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, objetivando o reconhecimento do direito de tributar o lucro de exploração da exportação de manufaturas com a alíquota de 6% (seis por cento), no processo n° 91.0655733-3, ainda em fase de tramitação.

Assim, a recorrente entende que pelo fato de a matéria constante dos autos encontrarem-se "sub judice" perante a 13ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, a exigência fiscal deve ser cancelada ou, no mínimo, suspensa até o trânsito em julgado da decisão final a ser proferida pelo Poder Judiciário.

É o relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

Acórdão n° 101-89.443

V O T O

Conselheiro KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário preenche os requisitos de admissibilidade.

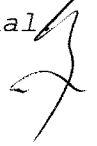
A matéria em litígio diz respeito a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o lucro real da exportação incentivada, em conformidade com o que dispõe o artigo 1° do Decreto-lei n° 2.413/88, alterado pelo artigo 1°, inciso I, da Lei n° 7.988/89 e disciplinada pela Instrução Normativa SRF n° 129/88.

O Auto de Infração foi lavrada em 08.07.92 mas antes desta data, em 30 de maio de 1990, a recorrente já estava movendo uma Ação Cautelar Preparatória de Depósito, no processo n° 90.0015074-4, bem como, em 11 de junho de 1991, a Ação Ordinária, no processo n° 91.0655733-3, para ser reconhecido judicialmente o seu direito de tributar o lucro de exploração da exportação incentivada com a alíquota de 6% em vez de 18%.

Quanto a lavratura do Auto de Infração, durante a propositura da ação judicial, a orientação emanada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Brasília/DF), no Parecer n° 743/88, publicado do DOU. de 14.10.88, é no sentido de que a autoridade lançadora tem o dever de diligência no trato da coisa pública, constituir crédito tributário pelo lançamento para preservar a obrigação tributária do efeito decadencial.

No mesmo sentido, esclarece o Parecer PGFN n° 17/92, de cujo texto extrai-se as seguintes assertivas:

"Inicialmente cabe esclarecer que a existência de depósito judicial do valor da exação questionada, bem como a concessão de liminar em Mandado de Segurança, não impedem a fluência do prazo decadencial, sendo, pois, necessária a constituição do crédito tributário a fim de garantir os interesses da Fazenda Nacional."



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

Acórdão n° 101-89.443

Com efeito, em algumas decisões interlocutórias, Juizes Federais de 1ª Instância, ao concederem medidas liminares, esclarecem que a autoridade fiscal deve adotar tal providência. Com exemplo, observe-se o despacho proferido na Ação Cautelar n° 92.0006660-7:

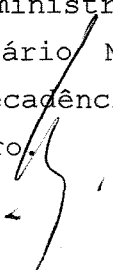
'Defiro o depósito requerido, o qual, se integral, suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, esclarecendo desde já que o referido depósito não inibe o fisco de efetuar a sua fiscalização e nem o(s) Impetrante(s) das obrigações acessórias, observando que, se for o caso, para se evitar a decadência, é lícito a autoridade fiscal efetuar o lançamento do tributo, ficando vedado, com o depósito, apenas a sua exigibilidade. Esclareço ainda, que se for efetivado o depósito, havendo requerimento de certidão negativa, a mesma deve ser fornecida pura e simplesmente, sem qualquer anotação. Curitiba, 04/06/92 - TADAAQUI HIROSE - Juiz Federal da 9ª Vara'

Isto posto, demonstrada a necessidade da constituição do crédito tributário, passamos ..."

No Poder Judiciário existe outro precedente no mesmo sentido conforme Acórdão unânime da 9ª Câmara do 1º TAC/SP - AG. 578.708-4, de 21.06.94, com a seguinte ementa:

"Em suma, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não alcança a constituição do crédito tributário. E o depósito judicial somente suspende, em regra, a exigibilidade mas não a constituição do crédito tributário"

Desta forma, no caso dos autos, o lançamento foi promovido pela autoridade administrativa dentro da moldura estabelecida no artigo 142, do Código Tributário Nacional e Decreto n° 70.235/72 e, unicamente, para prevenir a decadência e, assim, o procedimento administrativo não merece qualquer reparo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

Acórdão n° 101-89.443

Entretanto, a matéria "sub judice" é idêntica dos presentes autos e a recorrente não traz qualquer argumento diferente do que está sendo objeto de discussão perante o Poder Judiciário e que caiba exame por este Conselho de Contribuinte.

A orientação transmitida pela Douta Procuradoria da Fazenda Nacional, em parecer emitida no processo n° 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 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.

...

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 5°, da Constituição Federal de 1988 uma vez que o preceito de ampla defesa sempre está assegurada, 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".



MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

Acórdão n° 101-89.443

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."

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 e ação judicial prévia ou posterior ao lançamento.

Além disso, a Norma de Execução n° 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.

- 7

MINISTÉRIO DA FAZENDA

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° 10880.040388/92-13

Acórdão n° 101-89.443

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

Brasília(DF), 27 de fevereiro de 1996



KAZUKI SHIOBARA
Relator