



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

Lam-5

Processo nº : 16327.001528/99-85
Recurso nº : 126.277
Matéria : IRPJ - Exs.: 1995
Recorrente : FINASA DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS S/A.
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO/SP
Sessão de : 22 de agosto de 2001
Acórdão nº : 107-06.385

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS
PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA
CONCOMITANTES -** A busca da tutela jurisdicional do Poder
Judiciário, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento de
ofício, acarreta a renúncia ao litígio administrativo e impede a
apreciação das razões de mérito por parte da autoridade
administrativa a quem caberia o julgamento.

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INSTRUMENTO
ADEQUADO PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.**
Não há de prosperar a arguição a título de preliminar levantada pela
autuada de nulidade do auto de infração.

**ACRÉSCIMOS LEGAIS - MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO -
DESCABIMENTO -** Encontrando-se o sujeito passivo sob a tutela do
Poder Judiciário, é incabível a aplicação da multa de lançamento de
ofício.

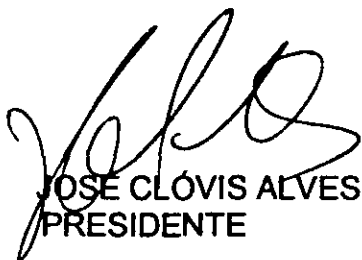
Recurso voluntário parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso
interposto por FINASA DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
S/A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho
de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR** a preliminar de nulidade de
lançamento, e **NÃO CONHECER** do mérito em relação à exigência do tributo (em
discussão na esfera judicial) e, quanto aos acréscimos legais, afastar a multa de
ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

Fez sustentação oral em nome da recorrente a Drª Paula Evaristo Carlos Rejal,
OAB-DF nº 13831.



JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE



EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 NOV 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ, NATANAEL MARTINS, PAULO ROBERTO CORTEZ, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, LUIZ MARTINS VALERO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.

Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

Recurso nº : 126.277
Recorrente : FINASA DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS S/A.

RELATÓRIO

A autuada já qualificada nestes autos recorre a este Colegiado através da petição de fls. 153/176 (*protocolada em 30/03/2001*), da decisão de fls. 140/147 (*não há informação da data de ciência*), que manteve a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração de fls. 38/42 relativo ao IRPJ/1995.

Termo de verificação fiscal fls. 37.

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO:

"AJUSTES DO LUCRO LIQUIDO DO EXERCÍCIO. EXCLUSÕES INDEVIDAS.

Auto de infração lavrado para constituir o crédito tributário relativo ao imposto de Renda em decorrência de indevida apropriação de despesa de correção monetária originada da aplicação do Índice relativo ao Plano Verão.

Outrossim, fica ressalvado que a exigibilidade do referido crédito tributário ficara suspensa em razão de liminar obtida em Medida Cautelar Inominada (processo 94.0033725-6), e enquanto pendente de decisão a ação ordinária declaratória que tramita na 7ª Vara da Justiça Federal em São Paulo (processo nº 95.05141-9)."

Enquadramento Legal - Arts. 193; 196, I; 197, parágrafo único do RIR/94.

Penalidade - Art. 4º, I da Lei nº 8.218/91 e art. 44, I, da Lei nº 9.430/96; c/c art. 106, II, "a" da Lei nº 5.172/66.

A Decisão Singular vem assim ementada:

"I.R.P.J. MATÉRIA LEVADA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - Medida Cautelar com concessão de liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário alusivo ao tributo/contribuição. A coisa julgada, a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário será cumprida no tocante à exigibilidade, ou não, do crédito tributário.

LEGALIDADE DO LANÇAMENTO COM EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO - Em cumprimento às normas legais e jurisprudenciais



Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

em vigor, nos casos de liminar concedida em Medida Cautelar deve ser efetuado o lançamento correspondente e regularmente notificado o sujeito passivo, com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa, até que haja sentença judicial transitada em julgado ou enquanto a liminar permanecer em vigor.

MULTA DE OFÍCIO - É cabível a imposição de multa de ofício na constituição, destinada a prevenir a decadência, de crédito tributário cuja exigibilidade não tenha sido suspensa pela concessão em Mandado de Segurança."

Lançamento procedente.

O apelo da recorrente em seus tópicos relevantes são lidos em plenário.

As fls. 182 comprovação do depósito recursal.

É o relatório



Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

VOTO

Conselheiro EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS - Relator

A vista do contido na informação da unidade preparadora (fls. 179), o recurso preenche as formalidades legais de admissibilidade, dele parcialmente conheço.

Não há prosperar a arguição a título de preliminar levantada pela autuada que o Fisco utilizou-se de instrumento inadequado para constituir o crédito tributário, vez que o único meio a seu alcance foi a Lavratura de Auto de Infração, no qual descreveu em toda sua extensão a irregularidade questionada, motivos pelo qual a rejeito.

Como se verifica dos documentos acostados aos autos, a empresa recorreu ao Poder Judiciário, com vistas à eximi-la de recolher a do crédito tributário relativo ao imposto de Renda em decorrência de indevida apropriação de despesa de correção monetária originada da aplicação do índice relativo ao Plano Verão.

Assim procedendo, renunciou à instância administrativa, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 22/09/80.

Com efeito, dizem o artigo 38 e seu parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80:

“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 de indébito ou ação anulatória do ato declarativo, esta procedida de depósito preparatório do valor do débito monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.



Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

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."

Não teria sentido que o Colegiado se manifestasse sobre matéria já decidida pelo Poder Judiciário, posto que qualquer que seja a sua decisão prevalecerá sempre o que for decidido por aquele Poder.

O litígio foi, pois, transferido da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá a pendência com grau de definitividade.

Nesta situação, a Administração deixa de ser o órgão ativo do Estado e passa a ser parte na contenda judicial; não será mais ela quem aplicará o Direito, mas o Judiciário ao compor a lide.

A autoridade administrativa deverá tão-somente findar a fase administrativa, com a decisão de primeira instância, fazendo, com isso, nascer o título executório, nos precisos termos do disposto no parágrafo único do art. 62 do Decreto nº 70.235/72.

O referido artigo e seu parágrafo único estão assim redigidos:

"Artigo 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios."(grifei)

Como o recurso ao conselho de Contribuintes é um simples prolongamento da fase administrativa, a legislação vigente (Lei nº 6.830/80, art. 38), a exemplo da anterior (Decreto-lei nº 1.737/79, art. 1º III, e §§ 1º e 2º),

Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

estabelece que o recurso ao Judiciário, com vistas à anulação do crédito tributário, implica na renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e na desistência de recurso acaso interposto.

Vale dizer que, se o contribuinte, ao ingressar no Judiciário, não interpusera recurso ao Conselho de Contribuintes renuncia à via administrativa. Se já o fez, desiste do recurso oferecido. E, neste caso, tem-se que a decisão de primeira instância torna-se definitiva, no âmbito administrativo.

É sábia a lei ao assim dispor. Não teria o menor sentido dois procedimentos paralelos, concomitantes, com o mesmo objeto e visando o mesmo fim (a composição de lide), quando se sabe que somente uma delas irá prevalecer, e que será a do Poder Judiciário, em face da estrutura organizacional tripartite dos poderes da República (C.F/88, Título IV, notadamente o disposto no Capítulo VI, desse Título). E também diante da prevalência das decisões judiciais na interpretação da lei (C.F./88, art. 5º, item XXXV).

De lembrar que cabe ao Poder Judiciário o controle jurisdicional dos atos administrativos, passando o Estado, nesse momento, à parte na relação jurídica formada com o ingresso do administrativo na Justiça. Como já se disse, cessa o Poder da Administração de aplicar o Direito, no particular, cedendo o passo à Justiça. E o que nela for decidido deverá prevalecer por resultar da instância superior. Superior porque ela poderá alterar a decisão administrativa, enquanto esta não tem o condão de modificar aquela, e, portanto seria inócua sua prolação posterior.

Por derradeiro, deve-se consignar que não há incompatibilidade entre o comando legal, contido no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e o princípio do contraditório e da ampla defesa esculpido no item LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assim redigido:



Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

“LV - 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 inerentes”.

O que estabelece a Lei Maior é que, tanto no processo judicial, como no processo administrativo, conforme a instância em que a lide ocorrer, serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em nenhum momento prescreve o texto constitucional que serão assegurados procedimentos paralelos e simultâneos com o mesmo objeto e o mesmo fim, em instâncias diferentes, administrativa e judicial, posto que a própria Lei Magna estabelece a prevalência desta sobre aquela (art. 5º, item XXXV).

O contribuinte pode defender-se na instância administrativa, com as referidas garantias, e, se nela sucumbir, recorrer ao Poder Judiciário, com iguais garantias.

Pode, desde logo, ingressar no Judiciário, que é instância autônoma, o que significa dizer que o contribuinte não está obrigado a primeiro discutir a questão na esfera administrativa.

O que não pode, não somente por uma questão de lógica e bom-senso, mas acima de tudo por expressa disposição legal (art. 38, par. ún. da Lei nº 6.830/80), é pelejar simultaneamente nas duas instâncias para anular o crédito tributário.

D'onde se conclui que, se o contribuinte recorre ao Conselho após o ingresso no Judiciário, esse recurso sequer poderá ser conhecido por falta de fundamento legal para sua interposição, já que a própria lei estabelece a renúncia do contribuinte ao recurso administrativo. Se interposto antes de ingressar na



Processo nº : 16327.001528/99-85
Acórdão nº : 107-06.385

Justiça, a lei decreta a desistência do mesmo, nada restando ao Conselho apreciar.

No mais, o contribuinte pode peticionar e o fez. Mas isso não quer dizer que a pretensão inserta na petição tenha de ser acolhida. A autoridade poderá não conhecê-la, como o fez o Julgador de primeira instância.

O lançamento impõe-se como forma de prevenir a decadência, estando correta a Administração Fiscal ao constituir o crédito tributário.

Havendo concessão de medida liminar antes de qualquer procedimento de ofício, como ocorreu na espécie, descabe a imposição de multa.

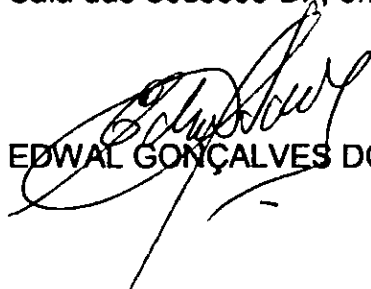
Em resumo, esse o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

“Os juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária, por força do disposto no art. 5º, incisos II e XXXVI da Constituição Federal, c/c os art. 101, 144 e 161 seu § 1º, do Código Tributário Nacional e o art. 1º e seu § 4º, do Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) somente têm lugar a partir do advento do artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória nº 298, de 29/07/91 (D.O de 30/07/91), convertida na Lei nº 8.218, de 29/08/91”.

Nesta ordem de juízos, deixo de tomar conhecimento do recurso interposto, em relação à matéria sob apreciação do Poder Judiciário e dar-lhe provimento para afastar a multa, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

É como voto.

Sala das Sessões-DF, em 22 de agosto de 2001.


EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS