

6. Nesse ponto, temos que recorrer ao sistema instalado pelo Código Tributário Nacional, no quanto fixa, reconhecidamente, as normas gerais sobre "tributos", como manda a Constituição Federal, e daí seguirmos a ordem estabelecida pelo Codex: da admissão da obrigação tributária; para a fixação do fato gerador da incidência; pela constituição do crédito tributário pelo lançamento; para permitir a cobrança do tributo - artigos 113 e § 1º, 114, 142 e 141.

E, mais ainda, temos que entender a constituição desse "crédito tributário", para o que a lei exige um "procedimento administrativo", chamado "lançamento", sujeito a impugnação do contribuinte e consequente reforma por decisão administrativa ou reforma de ofício, nos termos da lei.

Considero, ainda, entre as causas suspensivas da exigibilidade desse crédito, a previsão legal das reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo - artigo 151, III.

Assim, no curso do procedimento de reclamação administrativa, não há que se falar em fluência de prazo para pagamento do tributo, exigência que está suspensa.

7. Tais referências me levam a concluir que só há "Dívida Ativa" após o julgamento regular e final dos recursos admitidos pelo ordenamento administrativo, já que diz, o artigo 201 do CTN, que é dívida ativa tributária aquela proveniente de débitos dessa natureza, regularmente inscrita, "depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular".

Daí, defendo a posição de que a determinação contida no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.380/80 não se aplica à hipótese de

recursos que discutem o auto de infração, uma vez que, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há que se falar em "dívida ativa", não se aplicando então ao caso as disposições do referido diploma, de finalidade específica regulamentar para o procedimento de execução dos débitos públicos.

8. Mais que isso, ousou entender que, antes da "decisão final em processo regular", ocorre a falta de interesse processual e consequente carência da ação para discutir sobre a legalidade da imposição, uma vez que ainda não confirmada sua exigência.

Assim entendo, sem medo de afrontar a garantia constitucional ao livre acesso ao Judiciário, porque não há ainda lesão ou ameaça ao direito pela cobrança do tributo, justamente porque suspensa a exigibilidade e não confirmada a imposição.

E, se mesmo assim admitida a discussão da declaração contida no próprio auto de infração, então não se lhe aplica a regra do parágrafo único, do artigo 38 em comento, porque não se refere à "dívida ativa" e sobretudo, porque igualmente há a garantia constitucional do devido processo legal e do exercício do contraditório e da ampla defesa, que protege as partes para a discussão em qualquer instância.

9. Mais que isso, na presente atualidade encontra-se expresso o reconhecimento da importância da decisão administrativa para a declaração da obrigação tributária pela constituição definitiva do crédito tributário, como restou consagrado na Lei nº 9.430/96, que condiciona, procedentemente, a imputação penal à definição administrativa sobre a cobrança.

Procedentemente dito, porque o Judiciário só poderá examinar a legalidade da medida tomada, mas cabe ao Executivo a decisão sobre a própria constituição do crédito.

Invoco o princípio da legalidade que informa o Direito tributário e que obriga ao procedimento estabelecido em lei para a regular constituição de suas obrigações.

Assim, não pode um juiz constituir o crédito tributário; tal atividade é funcional e institucionalmente reservada ao Executivo, por meio de funções típicas, cabendo ao Judiciário somente o reconhecimento da procedência ou improcedência da imposição.

10. Assim, rendendo homenagens ao encaminhamento jurídico lançado pelo I. Juiz oficiante nos autos para defender a posição contrária, ousando dele discordar e, tomando por fundamento as colocações que acima declinei, insistir, na possibilidade, senão na própria necessidade do procedimento administrativo regular para decidir os recursos sobre imposição de tributo por auto de infração, tornando definitiva a constituição ou o cancelamento do crédito, inclusive com a solução da pendente suspensão de sua exigibilidade.

11. Vencida a preliminar e passando ao exame do próprio recurso, como entendo que deva o processo administrativo ser resolvido independente do processo judicial, tenho, com o I. Juiz Relator, que o recurso deva ser conhecido e, no mérito, reconhecendo provimento, para reformar a decisão recorrida e manter a imposição fiscal inicial.

Plenário Antônio Pinto da Silva, em 07 de abril de 1997.

a) Eliana Maria Barbieri Bertachini, Juíza com voto em separado.

Resumo da Decisão: Pedido de Revisão da Fazenda - Provido - Decisão unânime - Proc. DRT-1 nº 12312/93, julgado em sessão de CC.RR., em 07/04/97.

EMENTA

1264 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Interposto extemporaneamente - Ademais, não atendidos os requisitos legais para sua interposição - Não conhecido - Decisão não unânime.

Dispõe o artigo 614, II, do RICMS, invocado como fundamento para a interposição

deste Recurso Extraordinário que: "Art. 614 - Cabe recurso extraordinário do Representante Fiscal, a ser julgado pelas Câmaras Reunidas, em caso de:..... II - decisão unânime, em recurso ordinário, ou decisão unânime ou não em pedido de reconsideração, quando contrariar expressa disposição de

lei ou a prova dos autos e que, em qualquer caso, não caiba pedido de revisão. A dicção do citado dispositivo legal deixa claro que o Recurso Extraordinário tem cabimento contra decisão unânime em Recurso Ordinário, sendo certo que o prazo, para sua interposição, que é de 15 dias, há muito se esgo-