



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

PROCESSO Nº : 10305.001867/96-18
RECURSO Nº : 119.085
MATÉRIA : IRPJ - EX: DE 1984
RECORRENTE : SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A
RECORRIDA : DRJ NO RIO DE JANEIRO9RJ)
SESSÃO DE : 09 DE NOVEMBRO DE 1999
ACÓRDÃO Nº : 101-92.877

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO - Mesmo na hipótese de pendência de decisão, a autoridade administrativa pode constituir crédito tributário para prevenir a decadência. Inexistindo depósito do montante integral ou liminar em mandado de segurança, não há suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMPOSSIBILIDADE - A semelhança da causa de pedir, expressada em fundamento jurídico do Mandado de Segurança, com fundamento da exigência consubstanciada em lançamento, impede o prosseguimento do processo administrativo no tocante aos fundamentos idênticos, prevalecendo a solução do litígio através da via judicial provocada.

Rejeita a preliminar de nulidade do lançamento e não conhece do recurso quanto ao mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, **REJEITAR** a preliminar de nulidade do lançamento e não conhecer do mérito face a opção do sujeito passivo 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

PROCESSO Nº: 10305.001867/96-18
ACÓRDÃO Nº : 101-92.877

FORMALIZADO EM: 10 DEZ 1999

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

PROCESSO Nº: 10305.001867/96-18
ACÓRDÃO Nº : 101-92.877

RECURSO Nº. : 119.085
RECORRENTE : SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A

RELATÓRIO

A empresa **SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A**, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob nº 33.040.924/0001-70, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro(RJ), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

No Auto de Infração, de fls. 02/03, a infração que teria sido cometida pelo sujeito passivo foi descrita nos seguintes termos:

"COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - REGIME DE COMPENSAÇÃO - O contribuinte apurou prejuízos fiscais nos ano-base de 1987, 1988 e 1989, devidamente contabilizados e corrigidos monetariamente até a data de 31/12/1990. Nessa data, efetuou a apuração, devidamente em separado, dos valores diferenciais de correção monetária entre a BTNF e IPC, contabilizando o resultado de valores entre ambos os índices em Livro de Apuração do Lucro Real/UPC-BTNF, fls. 26, 27 e 32, onde passaram a ser acompanhados, com a devida correção monetária cabível. Em 31.01.94, tais valores relativos a períodos anteriores aos quadro ano-calendários subsequentes, nos termos do artigo 503 do Decreto 1.041, de 11.01.94 (Regulamento do Imposto de Renda, cfe. Artigo 64 do Decreto-lei nº 1.598/77) foram aproveitados como compensação de prejuízos, conforme lançamento no Livro de Apuração do Lucro Real nº 04 e no Quadro 4 do Anexo 2, item 32 da Declaração de Imposto de Renda do ano. Tal procedimento configurou compensação indevida de prejuízos fiscais, objeto desta Autuação, redundando em redução indevida do Lucro Real tributável no período de apuração de janeiro de 1994.

FATO GERADOR	VALOR APURADO	% DE MULTA
01/94	CR\$ 3.953.933.952,00	100%

ENQUADRAMENTO LEGAL - arts, 197, § único, 502, 503 e 196, inciso III, do RIR/94."

Na decisão de 1º grau, de fls. 301/302, a autoridade julgadora não conheceu da impugnação e declarou definitivamente constituído o crédito tributário, na esfera administrativa, face a opção pela via judicial e declarou que a multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados se a contribuinte comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido, compreendendo-se, inclusive, a respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

No prazo legal, o sujeito passivo apresentou pleito a autoridade julgadora de 1º grau solicitando a reforma da decisão e cancelamento do lançamento vez que em 07/08/96, na data da lavratura do Auto de Infração, a exigência estaria suspensa face a liminar concedida em 19/09/94, no Mandado de Segurança Preventivo.

Posteriormente, em 06 de outubro de 1998, as fls. 343/344, solicita seja suspensa a cobrança do crédito tributário, até que seja transitado em julgado a Ação em curso no Egrégio Tribunal Regional Federal e, em 12 de novembro de 1998, apresenta recurso voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes, por entender que o despacho de fls. 350/351, da Delegacia Especial de Instituições Financeiras - RJ, devolveu o prazo para a interposição do recurso.

No recurso voluntário, a recorrente enfatiza os seguintes pontos:

“Primeiro - o auto de infração foi lavrado pelo D. Auditor Fiscal em 07/08/96, data esta, posterior a data da concessão da medida liminar, assim sendo, o mesmo deveria ter sido lavrado com seus efeitos suspensivos, para não prejudicar o direito líquido e certo adquirido da recorrente e também para não contrariar totalmente a determinação da decisão do juízo da 28ª Vara Federal do Estado do Rio de Janeiro, na liminar concedida em 19/09/94, assim como, as próprias disposições contidas no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, e nos arts. 116, inciso II e 117, inciso I, do CTN.

Segundo - a questão em apreço, continua sub judice, conforme certidão emitida em 30/07/98, pela Secretaria da 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal, 2ª Região, adentrado ao processo em 05/08/98, junto ao Setor de Tributação - DRF-RJ, que informa a decisão proferida no julgamento realizado em 17/12/97, na qual aquele colegiado acolheu os Embargos de Declaração, opostos pela Recorrente que figura como

IMPETRANTE nos autos de Apelação em Mandado de Segurança nº 94.00228124-2, garantido-lhe o direito ao procedimento adotado para compensação de seus prejuízos.

Terceiro - embora a ora recorrente haja comprovado a natureza de seu procedimento adotado, tal comprovação, não pode apresentar o reconhecimento de ônus da prova o que, em face de princípios constitucionais e legais imperativos, seria juridicamente impossível, ainda que fosse esta a vontade da ora recorrente, em apresentar a decisão final da Ação Judicial acima mencionada, apenas para suspender a cobrança do suposto crédito tributário.

No mérito, argumentou que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI, assegura aos litigantes em geral em processo judicial ou administrativo, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada. Desse princípio se infere a peça acusatória e, a decisão recorrida dela resultante, por ferir o direito líquido e certo, adquirido pela recorrente junto ao juízo de 28ª Vara Federal, bem como, o da estrita legalidade, por não ter havido respeito ao devido processo legal, em função de ter desconsiderado, a suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, claramente previsto nas disposições do CTN, artigo 116, inciso II, 117, inciso I, 151, inciso IV e Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVI e inciso LVII, na época da constituição do lançamento do crédito tributário e na decisão resultante do mesmo.

Acrescentou, ainda, a recorrente que:

a - o prosseguimento da cobrança dos valores que envolve esse processo, sem os devidos efeitos suspensivos, fere frontalmente as decisões judiciais, proferidas nos julgamentos realizados em 19/09/94, junto ao juízo de 28ª Vara Federal e em 17/12/97, junto ao Egrégio Regional Federal, nos autos de Mandado de Segurança nº 94.0028124-2;

b - resta claro, por seguinte, que no momento do lançamento, que originou a referida cobrança, o mesmo já encontrava-se com seus efeitos, absolutamente declarado, à condição de suspensivo por força da liminar concedida em 19/09/94, anterior a data de seu implemento, e pelas disposições do artigo 62, do Decreto nº 70.235/72, artigo 116, inciso II, 117, inciso I, 151, inciso IV, do CTN e artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal.

Em face desse fato de alta relevância, restou prejudicado os princípios de legalidade e da ampla defesa, gerando nulidade

processual e também da decisão que lhe foi posterior, assim, como, dos atos processuais subsequentes.”

O processo administrativo fiscal transitou pelas diversas divisões da Delegacia Especial de Instituições Financeiras - RJ e ao final, produziu a seguinte informação, de fls. 399:

“Objetivou-se no final do nosso despacho de fls. 395/396 deixar clara a figura de que não há identidade perfeita de objetos entre ambos os processos, mormente quando - exemplo específico citado na alínea “b” do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14/02/96 - a interessada está questionando através de sua petição, dirigida ao Conselho de Contribuintes, fls. 360/364, aspectos formais não observados quando da lavratura do Auto de Infração.

Reitero que os aspectos abordados pela interessada, em sua defesa, no que se refere a autuação, quando a empresa se encontrava amparada por medida liminar em Mandado de Segurança, devem ser apreciados pelo Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes ao Ministério da Fazenda, para evitar que, a posteriori, não se venha a alegar cerceamento do direito de defesa.

Cumpre, finalmente, ressaltar que, ao contrário do que expressa o despacho da Divisão de Arrecadação, de fls. 398/398, que alega a não existência de fato novo, não existe divergência entre nossos despachos anteriores. Houve sim, fato novo quando a interessada abordou em seu pedido de recurso ao Conselho de Contribuintes aspectos formais da autuação. Proponho, destarte, o retorno do presente à Divisão de Arrecadação desta DEINF/RJ, para prosseguimento na apreciação do recurso junto ao Primeiro Conselho de Contribuintes.”

É o relatório.



V O T O

Conselheiro: KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário foi encaminhado a este Primeiro Conselho de Contribuintes em virtude de liminar concedida em Mandado de Segurança no sentido de a autoridade impetrada abster-se da exigência do depósito prévio da quantia questionada como condicionante da admissibilidade do recurso administrativo respectivo.

O litígio versa a preliminar de nulidade do lançamento, por inobservância dos aspectos formais na lavratura do auto de infração vez que quanto ao mérito, está caracterizada a concomitância do litígio judicial sobre a matéria objeto do processo administrativo fiscal.

Alega a recorrente que por ocasião do lançamento - lavratura do Auto de Infração - a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa e portanto, não caberia o lançamento.

Em defesa de sua tese, apresenta a seguinte cronologia:

19/09/94 - concessão da liminar em Mandado de Segurança Preventivo pela 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro (processo nº 94.0028124-2);

07/08/96 - lavratura do Auto de Infração, após a concessão da medida liminar;

17/12/97 - 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região acolheu os Embargos de Declaração, nos autos de Apelação em Mandado de Segurança;

A Delegacia Especial de Instituições Financeiras - RJ entendeu que em 07 de agosto de 1996 foi proferida a sentença de primeira instância que denegou a segurança e revogou a liminar antes concedida.

PROCESSO Nº: 10305.001867/96-18
ACÓRDÃO Nº : 101-92.877

Esta observação está equivocada.

Com efeito, a liminar foi concedida em 16 de setembro de 1994 e comunicada a Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro(RJ), em 19 de setembro de 1994 (fls. 309/312).

Esta liminar foi cassada em 24 de maio de 1994, conforme sentença, de fls. 321/329, comunicada ao Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro(RJ), pelo ofício nº 417/95, em 26 de maio de 1995 (fls. 320).

A certidão expedida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região anexada as fls. 336 comprova que foi interposta a Apelação em Mandado de Segurança nº 96.02.08284-4 (94.0028124-2) em que figuram como apelante: SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A, com apelado: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL. A planilha de fls. 330 não deixa margem a dúvida, quando registra que:

“Conclusos ao Juiz em 30/06/95 para DESPACHO SEM LIMINAR

...

Face ao teor da certidão de fls. 201, recebo o recurso de apelação de fls. 165/179, no seu efeito devolutivo.

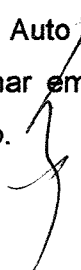
Ao apelado para contra-razões no prazo legal.

Remetido para publicação em 30/06/95

Publicado no Diário Oficial de 12/07/95, página 222/225.”

A sentença judicial de 30 de abril de 1997 da mesma 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, de fls. 313/317, diz respeito a Ação Ordinária nº 95.00226087-5 e portanto não se refere a Mandado de Segurança Preventivo nº 94.0028124-2.

Assim, os alegados aspectos formais e todos os demais argumentos não tem a menor consistência e não merecem maiores comentários tendo em vista que por ocasião da lavratura do Auto de Infração, a exigibilidade do crédito tributário não estava suspensa nem por liminar em Mandado de Segurança Preventivo e nem pelo depósito integral do valor em litígio.



Não procede, pois, a alegada preliminar de nulidade do lançamento, por inobservância dos aspectos formais.

Aliás, o Auto de Infração foi lavrado apenas para prevenir a decadência e após a cassação da liminar concedida, posto que a Ação de Apelação em Mandado de Segurança tem efeito meramente devolutivo, conforme despacho judicial, de fls. 330.

A propositura de ação judicial não impede a constituição do crédito tributário para prevenir a decadência e este entendimento, além do abono do próprio Poder Judiciário, está sedimentado no artigo 63 da Lei nº 9.430/96, onde consta que:

“Art. 63 - Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151, de 25 de outubro de 1966.

“§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.”

Quanto a decisão de 1º grau que não conheceu da impugnação e declarou que o crédito tributário está definitivamente constituído na esfera administrativa, o entendimento nela contido está consoante com a orientação emanada da Secretaria da Receita Federal (Ato Declaratório Normativo COSIT nn 03/96) e com a melhor doutrina consagrada no Direito Tributário.

De fato, quando o contribuinte elege a via judicial para dirimir litígios, em qualquer momento, antes ou depois do lançamento, fica afastado o litígio administrativo e este entendimento está consagrado na doutrina predominante e entre outros merece citação os ensinamentos transmitidos pelo tributarista Alberto Xavier no seu livro DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO - Editora Forense (1997) 2ª edição, onde na página 349 escreve:

“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 outros órgão de outros Poderes e a proibição de que seja excluída da apreciação 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 XXV 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 nas relações entre processo judicial e o processo administrativo.

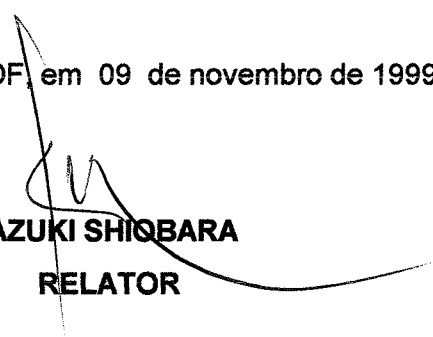
Corolário do princípio constitucional em causa é ainda a legitimidade do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, desde que tal controle se restrinja a questões de legalidade, pois uma apreciação do mérito representaria invasão de competência própria do Poder Executivo.

Entre nós as controvérsias tributárias são matéria 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).”

Assim, não tenho dúvida quanto ao acerto da decisão de 1º grau que não conheceu da impugnação relativamente à matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário.

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e não conhecer do mérito face a opção do sujeito passivo pela via judicial para dirimir o litígio relativa a compensação de prejuízos fiscais.

Sala das Sessões - DF, em 09 de novembro de 1999

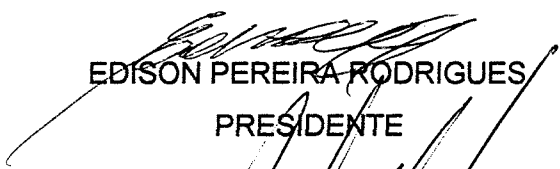

KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

PROCESSO Nº: 10305.001867/96-18
ACÓRDÃO Nº : 101-92.877

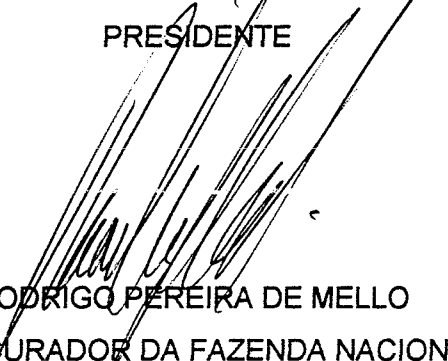
INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em 10 DEZ 1999


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em : 15 DEZ 1999


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL