MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Lam-5

Processo nº	:	10380.029414/99-14
Recurso nº	:	126.779
Matéria	:	IRPJ – Ex.: 1996
Recorrente	:	CEARÁ DIESEL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE AGUANAMBI DIESEL S/A).
Recorrida	:	DRJ EM FORTALEZA - CE
Sessão de	:	22 de agosto de 2001
Acórdão nº	:	107-06.379

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPEDINDO A LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO – Não pode subsistir Auto de Infração lavrado na vigência de medida judicial que, expressamente, proibia essa providência da autoridade administrativa. Determinações judiciais da espécie, embora raras e inusitadas, devem ser revertidas com os remédios próprios, face a independência dos poderes da República.

DECADÊNCIA – A decadência se verifica quanto ao direito de lançar. O direito só pode ser exercido quando dele se dispõe. Se a administração pública está impedida de efetuar o lançamento não corre o prazo decadencial.

Preliminar acolhida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CEARÁ DIESEL S/A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DECLARAR nulo o auto de infração. Vencida a Conselheira Maria Ilca Castro Lemos, que mantinha a decisão de 1ª instância, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

JOSÉ CLOVIS ALVES
PRESIDENTE

LUIZ MARTINS VALERO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 SET 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NATANAEL MARTINS, PAULO ROBERTO CORTEZ, EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.

Recurso nº : 126.779
Recorrente : CEARÁ DIESEL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE AGUANAMBI DIESEL S/A).

RELATÓRIO

A recorrente foi autuada pelo fisco federal, nos procedimentos da chamada "Malha-Fazenda/96", por ter compensado, na apuração do lucro real, prejuízo fiscal em valor superior a 30% (trinta por cento) do referido lucro, infringindo assim os arts. 42 da Lei nº 8.981/95 e 15 da Lei nº 9.065/95.

Os prejuízos compensados foram apurados anteriormente a 31 de dezembro de 1994.

A infração se deu nos meses de fevereiro, março, maio, agosto e novembro do ano-calendário de 1995

Exigiu-se Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, incidente sobre o excesso de compensação e multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento).

Antes da lavratura do Auto de Infração o contribuinte, intimado, apresentou cópia da sentença judicial nº 138/96, fls. 56/94, confirmando a Liminar concedida em 02.06.95, fls. 223, no mandado de segurança nº 95.9961-6. A Ordem Judicial estava vazada nos seguintes termos:

> *(...) Por entender presentes, na espécie, os requisitos exigidos pelo art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, concedo-lhe a liminar requerida e determino à autoridade impetrada que se abstenha de autuar a empresa impetrante pelo fato de esta compensar integralmente os seus prejuízos fiscais e de utilizar a base de cálculo negativa da contribuição social sobre o lucro, nos termos da legislação anterior à*

Medida Provisória nº 812/94, convertida na Lei nº 8.981/95, até o julgamento deste mandamus." (grifamos)

A sentença exarada pela Justiça Federal do Ceará em 19.01.96 tornou definitiva a Liminar.

A apelação da União ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região teve provimento negado, conforme Acórdão de fls. 232, em 14.11.96.

Por estar o contribuinte discutindo judicialmente a matéria, o Auto de Infração foi lavrado, em 25.11.99, com suspensão de exigibilidade.

Às fls. 272 há notícias de interposição pela União de Embargos de Declaração pendente de julgamento até a presente data.

Ao impugnar a exigência o contribuinte, em preliminar, protestou veementemente contra a lavratura do Auto de Infração em desobediência à ordem da justiça. Transcreveu jurisprudência judicial que trata da anulação de auto de lançamentos feitos com abstinência de ordem de decisão judicial em mandado de segurança;

Sustentou que houve crime de prevaricação e excesso de exação do autuante, crimes previstos nos arts 316, §1º e 319, do Código Penal, por conhecer da decisão judicial e, entretanto, ter lavrado Auto de Infração por infringência a matéria legal pendente de julgamento da justiça;

Não aceitava a aplicação da multa de ofício quando o crédito tributário é constituído com a finalidade de evitar a decadência, versando sobre matéria objeto de decisão judicial cuja exigibilidade encontrava-se suspensa nos termos do artigo 151, inciso, IV, do CTN, citando o artigo 63 da Lei nº 9.430/96;

No mérito pretendia ver apreciados os seguintes argumentos:

1) os prejuízos fiscais compensados no ano calendário de 1995, que foram objetos de glosa pela fiscalização, referem-se a prejuízos fiscais de períodos de apuração até 31 de dezembro de 1994;

2) a limitação instituída pelo artigo 42 da Lei nº 8.981/95 (MP nº 812/94), aplica-se aos prejuízos fiscais apurados a partir de janeiro de 1995, citando o Acórdão nº 101-92.411- DOU de 05.01.1999 do Primeiro Conselho de Contribuintes, cópia anexada às fls. 237/242.

Decidindo a lide a autoridade de primeiro grau decidiu conhecer da impugnação quanto à matéria da preliminar e não conhecer da matéria do mérito, eis que dela o contribuinte já manifestou desistência tácita ao optar pela via judicial, implicando em abandono da administrativa, nos termos do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96.

Afastou a apreciação das argüições de crime de prevaricação e de excesso de exação por serem matérias de competência da justiça, no âmbito do direito penal.

O julgador rejeitou a argüição de nulidade do lançamento sustentando que tal providência, além de vinculada à Lei e obrigatória por parte da fiscalização, nos termos do art. 142 do Código Tributário nacional – CTN, era necessária exatamente para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nesses termos:

> *"Ora, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pressupõe a possibilidade da existência desse crédito em favor da Fazenda Nacional, tal situação somente seria possível se houvesse a constituição do crédito tributário, que se dá pelo lançamento, cuja formalização é procedida através de auto de infração. Com efeito, se assim não o fosse, não existiria, sequer, crédito tributário a ter sua exigibilidade suspensa."*

Quanto à aplicação da multa de ofício, reconheceu o julgador a quo que foi indevida nos precisos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Inconformada com a decisão monocrática que lhe foi cientificada em 23.03.2000, fls. 259, a empresa recorre a esse Conselho em 24.04.2000, fls. 260.

Reafirma seus argumentos de impugnação, reforçando que ao tempo da autuação fiscal a fiscalização autuante tinha pleno conhecimento das decisões judiciais e da proibição de impor à contribuinte, ora recorrente, qualquer espécie imposição, restrição ou autuação de modo a exigir, direta ou indiretamente, o recolhimento do imposto e/ou contribuição em questão.

Aduz que tal atitude por parte da fiscalização autuante evidencia, induvidosamente, afronta a decisão soberana do Poder Judiciário, ao desafiar uma ordem judicial, configurando o crime previsto no art. 319 do Código Penal, enquadrando-se seu tipo objetivo como crime de prevaricação, delito em que incide servidor público que: *"Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.: Pena-detenção, de três meses a um ano, e multa"*.

Assevera que é uma petulância do agente fazendário lavrar auto de infração, com imposição de penalidades e juros, contra o disposto em decisão judicial vigente, válida e de plena eficácia.

Do mesmo modo, entende a impugnante, agiu o julgador singular, pois sendo o Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente para interpretar as normas jurídicas e decidir as questões colocadas a sua apreciação e julgamento, é de convir que o seu procedimento se deu conforme os ditames legais.

Rejeita a tese do julgador de que o lançamento é necessário para prevenir a decadência. *"Não se previne a decadência de matéria objeto de discussão judicial com a lavratura de auto de infração. Se a exigência do crédito tributário está sendo discutida em ação judicial, e sendo aquele suspensa sua exigibilidade, é nessa ação que será dirimida a sua exigência. O eventual crédito tributário, caso*

venha a ser julgada improcedente a ação do contribuinte, deverá ser exigido na própria ação judicial, quando da execução do decisum, com as implicações fiscais daí decorrentes, inclusive o instituto da prescrição."

Ademais, continua a recorrente, o descumprimento da decisão judicial em comento, em hipótese alguma poderia ter sido praticada pela autoridade fazendária sem para tanto obter-se, previamente, sua revogação ou modificação através dos recursos próprios na esfera judicial.

Discorda da não apreciação do mérito pelo julgador monocrático argumentando que a ação mandamental por ela impetrada, além de abranger espectro maior, antecedeu o ato que resultou no auto de infração, não se verificando renuncia à esfera administrativa.

Para corroborar seu entendimento traz à colação jurisprudência no sentido de que sendo a ação de mandado de segurança, desprovida de conteúdo condenatório, não vinculada diretamente a autuação fiscal, não dispondo, com isso, de substitutivo às ações previstas expressamente no art. 38 da Lei nº 6.830/80, não há porque razão não seja respeitado o trâmite legal do processo administrativo fiscal, assegurando ao contribuinte-autuado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Finalizando, argumenta a recorrente que, sendo independentes as esferas administrativa e judicial, nada impede que, enquanto pendente de decisão judicial (veredicto) a ação judicial (de conteúdo mandamental ou declaratório) relativo ao mesmo direito invocado, a instância administrativa possa decidir sobre o mesmo tema jurídico e/ou outros aspectos formais como os pressupostos processuais indispensáveis a validade do ato administrativo (preliminares e prejudiciais do mérito), tendo em vista que a ação judicial, enquanto pendente de decisão, não é própria para desconstituir ou invalidar crédito tributário especifico, *ex vi* do art. 38 da Lei nº 6.830/80.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro LUIZ MARTINS VALERO – Relator.

O recurso é tempestivo. A ausência do depósito recursal de 30% é justificada por estar o crédito tributário com exigibilidade suspensa.

É certo que quando o contribuinte está protegido por decisão judicial, que tenha por efeito a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a Fazenda Pública pode e deve efetuar o lançamento para evitar o decurso do prazo decadencial. Dúvidas que existiam a esse respeito foram dissipadas pelo art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Mas no caso desses autos há uma particularidade intransponível. É que a liminar concedida, confirmada e absorvida pela Sentença e Acórdãos posterior, expressamente, veda ao fisco a autuação.

Decisões com essa abrangência, embora raras e inusitadas, devem ser combatidas com os remédios próprios de que dispõe a defensoria da União.

Uma vez afastada a possibilidade de atuação da Fazenda Pública via lançamento do débito em discussão, falece a possibilidade de lançamento, a despeito de ser essa providência atividade legalmente vinculada e obrigatória. Foi esse amparo legal que o Poder Judiciário afastou e que só poderá ser exercido, quando removido o impedimento por decisões judiciais posteriores, o que, face ao que consta do autos, ainda não ocorreu.

Resta analisar o transcurso do prazo decadencial, fundamental para que a Fazenda Pública exerça seu dever legal, quando afastado o impedimento.

Em brilhante Acórdão sob nº 107-04.206, o Conselheiro dessa Câmara Dr. Natanael Martins, ao analisar situação em que a Fazenda Pública estava impedida de agir, assim se pronunciou quanto ao instituto da decadência:

O instituto da decadência e da prescrição deitam suas raízes no tempo e nas relações jurídicas que dominam o homem.

Nesse contexto, na lição de Luciano Amaro:

"A certeza e a segurança do direito não compadecem com a permanência, no tempo, da possibilidade de litígios instauráveis pelo suposto titular de um direito que tardiamente venha a reclamá-los. Dormientibus non sucurrit jus. O direito positivo não socorre a quem permanece inerte, durante largo espaço de tempo, sem exercitar seus direitos. Por isso, esgotado certo prazo, assinalado em lei, prestigiam-se a certeza e a segurança e sacrifica-se o eventual direito daquele que se manteve inativo no que respeita à atuação ou defesa desse direito (Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 1997 - pg. 370)."

Os institutos da decadência e da prescrição, presentes as circunstâncias que os justifiquem, são utilizados nos diversos ramos do direito, em especial no direito tributário, para estabilizar relações jurídicas, em prol da certeza e segurança do direito.

A decadência e a prescrição, ainda na escorreita lição de Luciano Amaro, "tem em comum a circunstância de ambas operarem à vista da conjugação de dois fatores: o decurso de tempo e a inércia do titular do direito" (ob. cit., pg. 371).

Outro não é o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, ilustre civilista:

"É, então, na paz social, na tranquilidade da ordem jurídica que se deve buscar o seu verdadeiro fundamento. O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantiver inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição em sentido genérico.

(...)

Efeito do tempo na relação jurídica é, também, a decadência ou caducidade, que muito se aproxima da prescrição, diferindo, entretanto, nos seus fundamentos e no modo peculiar de operar. Decadência é o perecimento do direito, em razão do seu não exercício em um prazo pré-determinado. Com a prescrição tem estes pontos de contato: é um efeito do tempo, aliado à falta de atuação do

titular" (Instituições de Direito Civil, vol. 1, Forense, 8ª ed., pgs. 475 e 479).

Portanto, se a decadência e a prescrição se fundam no fator tempo e na inércia do titular do direito, evidentemente que ***estas não atuam nas situações em que o titular de direito não possa reinvidicá-lo em face de determinada situação jurídica preestabelecida***. (Grafamos)

Noutras palavras, não há que se falar em termo final decadencial ou prescricional em situações em que o titular do direito não pode exercitá-lo em razão de outra situação jurídica impeditiva do exercício daquela situação originária.

À vista do exposto voto por se declarar a insubsistência do Lançamento, consubstanciado no Auto de Infração de fls. 02/05.

Deixo de conhecer as alegações embasadas no Direito Penal, por não ser o Conselho de Contribuintes forum competente para tal desiderato.

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

LUIZ MARTINS VALERO