



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10920.000205/00-11
RECURSO Nº : 125.645
MATÉRIA : IRPJ – FATOS GERADORES: DEZEMBRO DE 1995,
ABRIL E DEZEMBRO DE 1996
RECORRENTE : BUS CAR INVESTIMENTOS E EMPREENDIMENTOS LTDA.
RECORRIDA : DRJ EM FLORIANÓPOLIS - SC
SESSÃO DE: 17 DE OUTUBRO DE 2001

RESOLUÇÃO N.º : 101-02.360

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BUS CAR INVESTIMENTOS E EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto do Relator.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "EDISON PEREIRA RODRIGUES", is written over a stylized, swooping line that serves as a signature base.
EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM:
22 OUT 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros KAZUKI SHIOBARA, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, SANDRA MARIA FARONI, LINA MARIA VIEIRA, RAUL PIMENTEL, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

RECURSO Nº 125.645
RECORRENTE: BUS CAR INVESTIMENTOS E EMPREENDIMENTOS LTDA.

RELATÓRIO

BUS CAR INVESTIMENTOS E EMPREENDIMENTOS LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 80.975.717/0001-98, interpõe recurso voluntário a este Colegiado contra a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis – SC, que não conheceu da impugnação no tocante às matérias discutidas no Poder Judiciário, e julgou procedente o lançamento de DIRPJ, acompanhado de multa de ofício e juros de mora.

DA AUTUAÇÃO

O contencioso tem origem em auto de infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 96/99), no qual foi apurado crédito tributário no valor de R\$ 10.686.367,70, incluídos multa de ofício e juros de mora. São duas as infrações descritas.

A primeira infração é a glosa de prejuízos compensados indevidamente, por inobservância do limite de 30%. A infração foi apurada no ano-calendário 1996. Nesse ano, conforme relatam os fiscais autuantes no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fls. 100/104), a empresa apresentou duas DIRPJ, em razão de cisão parcial. Compativelmente, os agentes fiscais apuraram dois fatos geradores: 30/04/1996 e 31/12/1996.

Os fiscais autuantes também reportam que a contribuinte impetrhou, preventivamente, dois mandados de segurança acerca do disposto nos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981, de 1995, que limita a compensação dos prejuízos fiscais, a partir de 1º de janeiro de 1995, a 30% do lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões. Pediu desistência do primeiro e teve a liminar indeferida no segundo mandado, de número 96.0101890-5 (fls. 35 v.).

Não havendo impedimento judicial em razão do indeferimento da liminar, os auditores-fiscais procederam à compensação do lucro real com o saldo de prejuízo fiscais obedecendo o limite de 30% estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 8.981/95, combinado com o art. 15 da Lei nº 9.065, de 1995. Na capitulação legal do lançamento, foram também invocados os arts. 193, 194 e 196 do RIR/94.

A segunda infração é a glosa de exclusão indevida na apuração do lucro real. Os agentes fiscais relatam que a contribuinte excluiu o valor de R\$ 534.125,14 na DIRPJ do ano-calendário 1995 e R\$ 11.551.982,40 na DIRPJ do ano-calendário 1996 (LALUR – fls. 53/55) a título de "Outras Exclusões – Diferença de Correção Monetária jan/89 – Plano Verão".

Os fiscais autuantes igualmente reportam que, acerca dessa matéria – "Diferença IPC/OTN Fiscal (Plano Verão)" –, a contribuinte intentou, em 16 de dezembro de 1994, a ação ordinária nº 94.00.15583-2 na Justiça Federal, Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 41/51). No pedido (fls. 50), a contribuinte pleiteia a dedução da diferença de saldo devedor de correção monetária decorrente da defasagem IPC/OTN Fiscal no ano de 1989. Pretende a dedução do percentual de 35,58%, no ano-calendário 1994, a partir de 31/12/1994, e autorização para realizar a respectiva contabilização após o trânsito em julgado da ação, mesmo momento processual em que solicita deduzir e contabilizar a diferença de 16,29% ainda não deduzida.

No referido Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 102), os auditores-fiscais criticam a pretensão da empresa. Afirmam que os efeitos do alegado expurgo do índice de correção monetária ocorreram nos anos de 1989 e seguintes, não se estendendo necessariamente até o ano de 1995, 1996 ou 1997 ou infinitamente, como pretende a contribuinte. Asseveram que a autuada não efetuou os lançamentos contábeis que corrigiriam, desde 1989, os valores do ativo permanente e patrimônio líquido com base no índice pleiteado junto ao Poder Judiciário. Exemplificam: se a empresa alienou um bem em 1993, este estava subavaliado e se não o estivesse, ter-se-ia um lucro menor ou um prejuízo maior. Ponderam que a empresa, ao ingressar com a ação judicial em dezembro de 1994, deveria ter retificado todas as DIRPJ entregues ao fisco nos anos de 1990 a 1994, inclusive. Asseveram que assim deverá ser feito, caso a justiça dê ganho de causa à contribuinte.

Até a lavratura do auto de infração, não fora prolatada decisão de primeira instância na ação ordinária centrada na Diferença IPC/OTN Fiscal (fls. 42). Não havendo previsão legal nem decisão judicial que autorizasse as exclusões do lucro real a título de expurgo do Plano Verão, os auditores-fiscais procederam à revisão da apuração do lucro real anos-calendário 1995 e 1996 (fatos geradores: 31/12/1995 e 30/04/1996). Invocaram o art. 30, § 1º, da Lei nº 7.730, de 1989, e os arts. 193, 194, 195, 196, inciso II, e 197, todos do RIR/94.

Os agentes fiscais efetuaram, por fim, o lançamento do Adicional do IRPJ (fatos geradores: 31/12/1995, 30/04/1996 e 31/12/1996), com fulcro no art. 39 da Lei nº 8.981/95; no art. 28 da IN nº 51/95; no art. 3º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.249/95; e nos arts. 8º e 37, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da IN nº 11/96.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a autuação, a contribuinte apresentou, tempestivamente, impugnação (fls. 109/157), instruída com procuraçāo (fls. 158),

cópias da 13^a (fls. 159/161) e 10^a (fls. 162/172) Alterações Contratuais, cópia do Contrato Social (fls. 173/183) e cópias de guias de depósito judicial junto à Caixa Econômica Federal (fls. 184/201). Em sua defesa, sustenta, em síntese, preliminarmente, que o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 03/96 é manifestamente ilegal, razão pela qual a impugnação deve ser regularmente apreciada. Caso o julgador monocrático entenda que o ADN não é ilegal, pede que o presente processo seja sobrestado até que seja exarada decisão final nos autos da medida judicial.

No mérito, a defendant aduz que a limitação de 30% na compensação dos prejuízos fiscais ofende o conceito de lucro e renda. Isso porque lucro é o resultado do período diminuído dos prejuízos anteriores, possibilitando a determinação do acréscimo real do patrimônio, que é a renda. Considerando que na Constituição Federal estão previstos renda e lucro, sustenta que não poderia a Lei nº 9.065/95 vedar a sua correta apuração, ao restringir a 30% dos lucros futuros a compensação dos prejuízos fiscais apurados em qualquer período-base.

A impugnante assevera que a limitação de 30% também ofende o direito adquirido, pois em 31/12/1994 já adquirira o direito à compensação de seus prejuízos fiscais com a totalidade dos lucros futuros, tal como estabelecido na Lei nº 8.541/92, expressamente revogada pela Lei nº 8.981/95. Cita decisões deste Primeiro Conselho de Contribuintes no sentido de que a compensação de prejuízos se rege pela lei vigente à época de sua constituição, sob pena de ofensa direta ao direito adquirido e também ao princípio constitucional da irretroatividade das leis.

A defendant afirma que a limitação de 30% também configura autêntico empréstimo compulsório em relação aos 70% dos lucros gerados a partir de 1º/01/1995 que não poderiam ser objeto de compensação imediata e integral com as perdas anteriores. Acrescenta que a instituição desse empréstimo compulsório não atende a nenhum dos requisitos estabelecidos no art. 148 da Constituição Federal.

Ainda que se admita que o art. 42 da Lei nº 8.981/95 e o art. 15 da Lei nº 9.065/95 não são ilegais, a litigante sustenta que a limitação de 30% imposta somente seria aplicável aos prejuízos fiscais apurados a partir de 1º/01/1996, sob pena de ofensa aos princípios da irretroatividade e da anterioridade.

Acerca do entendimento esposado pelos fiscais autuantes, no sentido de que a contabilização dos efeitos do expurgo da diferença IPC/OTN Fiscal (Plano Verão) devesse ter sido efetuada no ano de 1989, a defendant registra que requereu, no pedido constante na ação ordinária, a dedução fiscal do expurgo inflacionário no momento em que se apurasse base positiva do IRPJ, e que a respectiva contabilização de seus efeitos ocorresse apenas após o trânsito em julgado da lide no Poder Judiciário. Afirma que esse pedido é absolutamente incompatível com a retificação de Demonstrações Financeiras e Declarações de Rendimentos propugnada pelos auditores-fiscais, razão pela qual não poderiam os agentes fiscais incluir no auto de infração matéria já submetida ao crivo do Poder Judiciário, em função de não ter sido objeto de contestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional.

A impugnante aduz que os princípios da prudência e do conservadorismo impedem o registro de um expurgo cuja existência é negada pelo Governo. Cita o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 002/94, por meio do qual a Comissão de Valores Mobiliários estabelece que o registro contábil referente ao expurgo gerado pelo Plano Verão somente seja levado a efeito quando a sociedade estiver respaldada por decisão judicial transitada em julgado.

A defendant argui que, na hipótese de ser correto o entendimento dos fiscais autuantes no sentido da contabilização do expurgo a partir do ano de 1989, o auto de infração deveria ser cancelado. Isso porque, admitindo-se que a dedução do expurgo tenha sido efetuada fora do período-base de sua competência, tal fato

obrigaria o fisco a recompor toda a apuração da base de cálculo do IRPJ, da forma estabelecida pelo Parecer Normativo Cosit nº 02/96, reconhecendo os efeitos da postergação, e não simplesmente glosar o montante excluído pela empresa.

Passo seguinte, a defendant expõe argumentos para demonstrar seu direito à apropriação do expurgo inflacionário ocorrido no ano-calendário 1989.

Acerca da multa punitiva e juros de mora exigidos no lançamento, a impugnante argui que não deixou de recolher o IRPJ. Ao revés, diz estar amparada pelas respectivas medidas judiciais. Cita o art. 63 da Lei nº 9.430/96, segundo o qual não é cabível o lançamento da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, cuja exigibilidade houver sido suspensa mediante concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Afirmou, ainda, que, especificamente em relação às exigências de IRPJ advindas da exclusão relativa à Diferença IPC/OTN Fiscal (Plano Verão), a impugnante depositou judicialmente as quantias objeto do auto de infração, conforme cópias das respectivas guias de depósito (fls. 184/201).

Ao final, pede seja recebida e acolhida *in totum* a impugnação, para o fim de ser cancelada a exigência fiscal na sua totalidade.

DA DECISÃO SINGULAR

O Delegado da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis – SC proferiu Decisão (fls. 202/213), por meio da qual não conheceu da impugnação no tocante às matérias discutidas no Poder Judiciário, e julgou procedente o lançamento de IRPJ, acompanhado de multa de ofício e juros de mora. O decisório singular ficou assim ementado:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1995 e 1996

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. MESMO OBJETO. LANÇAMENTO. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. LIMITES DA LIDE.

A opção pela via judicial importa em renúncia ou desistência da esfera administrativa, naquilo em que o processo no âmbito do judiciário abordar. Os limites da lide de ação proposta perante o Poder Judiciário e, consequentemente, da coisa julgada, são definidos pelo pedido formulado na petição inicial. Em decorrência, não pode ser conhecida, na esfera administrativa, matéria concernente à compensação de prejuízos fiscais em montante superior a 30% do lucro líquido ajustado e relativas às exclusões de diferenças de correção monetária decorrentes do expurgo inflacionário ocorrido na correção monetária do balanço no período-base de 1989.

PROCEDIMENTO DE OFÍCIO EFETUADO NA PENDÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

A impetração de medida judicial por parte do contribuinte não inviabiliza a efetivação do lançamento fiscal, independentemente da matéria discutida naquela via. Apenas a ordem judicial expressa e específica tem o condão de obstar a ação do fisco, promovida esta no exercício de sua atuação vinculada.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO – As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1995 e 1996

Ementa: MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. EXIGÊNCIA NO LANÇAMENTO DESTINADO À PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA – Nos lançamentos de ofício destinados à prevenção da decadência são regularmente exigíveis a multa de ofício e os juros de mora (mesmo quando da existência de depósitos judiciais). Apenas no caso de créditos tributários cuja exigibilidade esteja suspensa por medida liminar em mandado de segurança é que o lançamento deve ser feito sem a imposição da multa de ofício.

LANÇAMENTO PROCEDENTE". (grifos do original)

Em suas razões de decidir, a autoridade julgadora de primeiro grau argumenta que o ADN Cosit nº 03/96 foi regularmente editado por quem tinha

competência legal para tal, mostrando-se descabida qualquer manifestação sobre a matéria.

O julgador singular apóia-se no princípio da absoluta inconfundibilidade entre as esferas judicial e administrativa para rechaçar o argumento de que, uma vez vencida uma questão no âmbito judicial, em razão de ausência de contestação pela Fazenda Nacional, estará ela também preclusa no âmbito administrativo.

Com respeito à exigência de multa de ofício e juros de mora, o julgador monocrático argui que a contribuinte, à época da autuação, não dispunha de medida liminar em mandado de segurança, nem estava acobertada por outra causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual diz ser a referência ao art. 63 da Lei nº 9.430/96 absolutamente despropositada.

No tocante à exigência de juros de mora incidentes sobre parcela de tributo coberta por depósito judicial, a autoridade julgadora de primeira instância justifica-a com arrimo no art. 111 do CTN, que determina a interpretação literal da legislação tributária em matéria de suspensão de créditos. Também invoca o art. 142, parágrafo único, do CTN, que preceitua: "a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

O julgador singular manteve os juros de mora, porém, com relação a eles, deixou à consideração do Delegado da DRF jurisdicionante adotar, no devido momento processual, uma entre as três seguintes linhas de ação:

a) a sua eliminação pura e simples, juntamente com o tributo objeto deste processo, caso a pretensão do contribuinte seja atendida pelo judiciário;

b) a exclusão dos mesmos, na hipótese do contribuinte ser derrotado na demanda judicial e os depósitos judiciais relativos ao crédito tributário em litígio vierem a ser convertidos em renda da União;

c) a manutenção dos mesmos, se os depósitos judiciais forem parcial ou integralmente levantados antes do julgamento do mérito da lide proposta perante o Poder Judiciário.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada da decisão singular em 03/01/2001, conforme AR de cópia às fls. 216, o contribuinte protocolou, no dia 1º/02/2001, o recurso voluntário (fls. 218/261), instruído com cópia de decisão judicial concedendo liminar em mandado de segurança contra a exigência do depósito recursal de 30% (fls. 262/264).

De início, suscita preliminar de cerceamento do direito de defesa. Diz que a decisão singular arrimou-se no ADN Cosit nº 03/96, que é inconstitucional por afrontar os princípios da ampla defesa e do contraditório insistidos no art. 5º, LV, da Carta Magna. Em apoio à sua tese, cita doutrina de Celso Ribeiro Bastos e jurisprudência emanada da 8ª, 3ª e 1ª Câmaras deste Primeiro Conselho. Caso se considere constitucional o ADN, aduz que o Ato não é aplicável à espécie, visto que a matéria discutida na ação judicial não é a mesma objeto do processo administrativo. Isso porque a ação de rito ordinário nº 94.15583-2 visa ao reconhecimento do direito à dedução extemporânea, na base de cálculo do IRPJ, dos efeitos correspondentes ao saldo devedor da Diferença IPC/OTN Fiscal 1989 (Plano Verão), não cuidando de eventuais multas e juros de mora.

Assevera que os órgãos administrativos judicantes estão obrigados a aplicar, sempre, a Lei Maior em detrimento de norma que considerem inconstitucional. Em apoio à sua tese, cita o Acórdão nº 108-01.182 emanado deste

Primeiro Conselho, o arresto proferido pela 1ª Turma do STJ no julgamento do Resp nº 23.121-1/GO e doutrina do Prof. Ronaldo Poletti. Diz ter havido cerceamento ao direito de defesa, porque a autoridade julgadora de primeiro grau não apreciou todos os fundamentos aduzidos na impugnação, sob a alegação de que não cabe a declaração de constitucionalidade de lei por autoridade administrativa.

No mérito, a recorrente argui que depositou judicialmente os valores questionados na Ação Ordinária nº 94.00.15583-2. Sendo o depósito, nos termos do art. 151, II, do CTN, uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sustenta que os agentes fiscais sequer poderiam ter lavrado o auto de infração relativamente à aplicação de multa e juros.

Informa que já foi proferida decisão favorável aos interesses da recorrente nos autos da referida Ação Ordinária, nos seguintes termos:

"[...]

Em sendo assim e por conta das razões expostas, acolho o pedido formulado no item 'b.1' da inicial – fl. 39 – para, em consequência, reconhecer o direito das requerentes à dedução fiscal perante o IRPJ e CSLL do complemento do saldo devedor da correção monetária de balanço de 51,87% no ano-calendário de 1994, a partir de 31/12/94, por defasagem de índices oficial e real da inflação e das consequências depreciações e baixas de ativos, autorizando-as, por conseguinte, a respectiva contabilização após o trânsito em julgado desta ação".

Argui que, estando suspensa a exigibilidade de crédito, seja por depósito ou, ainda mais importante, por decisão de mérito, em processo judicial, não há como a Administração Pública prosseguir com a cobrança do suposto débito. Isso porque a cobrança do débito é nula em virtude de faltar-lhe o requisito de exigibilidade, essencial à sua execução, nos termos dos arts. 586 e 618, I, ambos do CPC. Pondera que, se ainda não foi proferida decisão definitiva no processo judicial, o suposto débito não é nem líquido nem certo.

No tocante à exclusão da Diferença IPC/OTN Fiscal (Plano Verão) e à limitação de 30% na compensação dos prejuízos fiscais, a recorrente repisou os argumentos expendidos na impugnação, já sintetizados nas páginas 5 a 7 deste Relatório.

Pede seja recebido e acolhido o recurso, para o fim de ser reformada *in totum* a recorrida decisão monocrática, cancelando-se a exigência fiscal na sua totalidade.

Por fim, a recorrente juntou cópia de decisão judicial concedendo liminar em mandado de segurança impetrado contra a exigência do depósito recursal de 30% (fls. 262/264).

É o relatório.

V O T O

Conselheiro EDISON PEREIRA RODRIGUES, Relator.

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é firmado por procuradora com poderes regularmente outorgados nos autos (mandato às fls. 158). É tempestivo, porque intentado dentro do trintídio legal. Está dispensado do depósito recursal por força de liminar em mandado de segurança (fls. 262/264). Dele conhecerei a parte discutida exclusivamente na esfera administrativa (multa de ofício e juros de mora), conforme será visto a seguir.

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO À DEFESA

A recorrente suscitou preliminar de cerceamento do direito à defesa, porque o julgador singular não conheceu da impugnação no tocante à compensação de prejuízos fiscais em montante superior a 30% do lucro líquido ajustado nem com relação às exclusões da diferença IPC/OTN Fiscal (Plano Verão), em face da opção pela via judicial.

Não há dúvida de que as matérias em discussão no presente processo administrativo são objeto de ações judiciais. A limitação de 30% na compensação de prejuízos fiscais foi questionada no Mandado de Segurança nº 96.0101595-7 (fls. 26/31), do qual a defendant requereu a desistência (fls. 32/34). Proteção judicial contra essa trava de 30% foi também pedida no Mandado de Segurança nº 96.0101890-5 (fls. 36/40), porém a liminar foi negada, como posteriormente o foi a segurança (fls. 35 v.).

A diferença de correção monetária advinda da defasagem IPC/OTN Fiscal (Plano Verão – 1989) foi pleiteada pela defendant na ação de rito ordinário nº 94.00.15583-2, com pedido de natureza declaratória e condenatória (fls. 47/51). Sete meses após a lavratura do auto de infração, o juízo federal de primeira instância reconheceu a procedência do pedido (fls. 268). Como a União Federal apresentou apelação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a sentença favorável à defendant ainda não transitou em julgado (fls. 267).

Ora, não pairando dúvidas de que a matéria está submetida à apreciação do Poder Judiciário, este Conselho de Contribuintes fica impedido de proceder ao seu exame. Isso porque contribuinte e administrador tributário devem se curvar à decisão definitiva e soberana daquele Poder, que tem a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos atos administrativos, de quem não poderá ser excluída qualquer lesão ou ameaça a direito, a teor do inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal.

É esse princípio constitucional da unidade de jurisdição a razão maior a inibir a autoridade administrativa de se pronunciar quando há concomitância de ações com o mesmo objeto na via judicial e na via administrativa. Não há incompatibilidade com o princípio da ampla defesa, assegurada no inciso LV do mesmo art. 5º da Carta Magna "com os meios e recursos a ela inerentes".

O arcabouço infraconstitucional está em consonância com o princípio da unidade da jurisdição. Nesse sentido, a norma insculpida no § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/79, ao esclarecer que "*a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto*".

O mesmo princípio da unidade de jurisdição está reproduzido no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Essa matéria já foi objeto de estudo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em parecer publicado no D.O.U. de 10/10/1978, pág. 16431, provocado por este Conselho de Contribuintes, de onde se extraem conclusões elucidativas, a seguir reproduzidas:

"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.

35. Somente quando a pretensão processual tem por objeto o próprio processo administrativo [...] é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

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."

Bernardo Ribeiro de Moraes, em seu "Compêndio de Direito Tributário" (Forense, 1987), leciona que:

"escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte

litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (impera, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança".

Alberto Xavier, em sua magistral obra "Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário" (Forense, 1999), enfrenta com mais clareza o caso em apreço, no qual a ação judicial precede o lançamento. Ensina o renomado tributarista:

"O que o direito brasileiro veda é o exercício *cumulativo* dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser *prévia* ou *posterior* ao processo judicial, mas não pode ser *simultânea*.

O princípio da não-cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina 'ex lege' a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura de impugnação administrativa na pendência de processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular."

A impetrante não adotou a providência preconizada por Alberto Xavier – a desistência expressa dos processos judiciais – que propiciaria o conhecimento de sua impugnação na via administrativa. Os processos judiciais estão em curso! Ora, se a Justiça Federal ainda emitirá pronunciamento sobre o mérito, não pode a autoridade administrativa a ela antecipar-se.

Nesse mesmo sentido estratificou-se a jurisprudência administrativa, conforme Acórdão nº CSRF/01-02.127, de 17/03/97, cuja ementa dispõe:

Processo Administrativo Fiscal – Ação Judicial Concomitante – A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio, tornando definitiva a exigência nessa esfera.

Recurso não conhecido.

Por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, face a opção do contribuinte pela via judicial.

No mesmo diapasão, ainda, julgados do Poder Judiciário. Em voto que proferiu no RESP nº 7.630-RJ, apreciado pela Segunda Turma do STJ na assentada de 01/04/91, assim escreveu o Ministro Ilmar Galvão:

"Com efeito, havendo atacado, por mandado de segurança, ainda que preventivo, a legitimidade da exigência fiscal em tela, não havia razão para julgamento de recurso administrativo, do mesmo teor, incidindo a regra do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80 [...]

Em tais circunstâncias, abrevia-se a ultimação do processo administrativo que, mediante a inscrição do debitum, dá ensejo à execução forçada em juízo. Embargada esta, corre o processo em apenso ao da primeira ação, para julgamento simultâneo, em face da conexão, na forma do art. 105 do CPC."

Vê-se, assim, que o julgador singular não incorreu em cerceamento do direito à defesa quando deixou de apreciar as matérias discutidas no Poder Judiciário. Tampouco provocou cerceio à defesa quando não procedeu à declaração de constitucionalidade de lei.

O controle difuso da constitucionalidade das leis também é competência do Poder Judiciário. Os juízes de primeiro grau e os Tribunais Regionais Federais, embora não declarem a inconstitucionalidade da lei, acolhem-na (a inconstitucionalidade) como fundamento do pedido e deixam de aplicar a lei ao caso concreto, não se estendendo sua decisão ao universo dos contribuintes.

O entendimento prevalecente no Primeiro Conselho de Contribuintes é no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade de lei não deve ser apreciada como fundamento do pedido, a menos que já exista manifestação do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a última palavra no exame da constitucionalidade. Antes da manifestação do STF, presume-se que a lei sancionada e publicada de acordo com o processo legislativo é constitucional.

Assim, fica rejeitada a preliminar de cerceamento do direito de defesa. Nesse mesmo diapasão, com respeito às matérias discutidas judicialmente – *limitação de 30% na compensação de prejuízos fiscais e diferença de correção monetária advinda da defasagem IPC/OTN Fiscal (Plano Verão – 1989)* – não conheço do recurso, em homenagem ao princípio da unidade de jurisdição.

DA MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA

A recorrente argui que depositou judicialmente os valores questionados na Ação Ordinária nº 94.00.15583-2. Sendo o depósito, nos termos do art. 151, II, do CTN, uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sustenta que os agentes fiscais sequer poderiam ter lavrado o auto de infração relativamente à aplicação de multa e juros.

Com respeito à matéria *limitação de 30% na compensação de prejuízos fiscais* a exigência de multa de ofício e juros de mora é procedente, porque a exigibilidade do crédito tributário não estava suspensa. Como já anotado, a defendant

impetrou o Mandado de Segurança nº 96.0101595-7 (fls. 26/31) e dele requereu a desistência (fls. 32/34). A seguir, deu entrada no Mandado de Segurança nº 96.0101890-5 (fls. 36/40), porém a liminar foi negada, como posteriormente o foi a segurança (fls. 35 v.). Malograda a busca por proteção judicial, o crédito tributário restou exigível, eis que nenhuma das outras medidas arroladas no art. 151 do CTN foi adotada pela recorrente.

Já com relação ao crédito tributário apurado a partir da infração *diferença de correção monetária advinda da defasagem IPC/OTN Fiscal (Plano Verão – 1989)* a recorrente efetuou depósitos judiciais a par da Ação Ordinária nº 94.00.15583-2 e juntou cópias das guias na peça impugnatória (fls. 184/201).

A decisão singular não apreciou as guias de depósito. Manteve a exigência da multa de ofício e juros de mora com fulcro nos arts. 111 e 142, parágrafo único, do CTN, mas deixou à consideração do Delegado da DRF jurisdicionante reavaliar a exigência uma vez transitada em julgado a decisão judicial.

A remansosa jurisprudência desta Primeira Câmara é no sentido de que não cabe o lançamento da multa de ofício e juros de mora quando a exigibilidade do crédito a ser constituído estiver previamente suspensa por via do depósito do seu montante integral.

No caso vertente, no tocante à diferença IPC/OTN Fiscal (Plano Verão), o auto de infração (fls. 97 e 98) e o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fls. 103 e 103 v.) veiculam a exigência de IRPJ nos seguintes valores: **R\$ 93.471,90** e adicional de **R\$ 23.266,51** relativamente ao fato gerador em 31/12/1995; **R\$ 1.732.797,36** (= R\$ 11.551.982,40 x 15%) e adicional de **R\$ 1.147.198,24** (= R\$ 11.471.982,40 x 10%) relativamente ao fato gerador em 30/04/1996.

A contribuinte, por seu turno, durante a ação fiscal, informou ter depositado à conta da Ação Ordinária nº 94.00.15583-2 o valor de **R\$ 130.494,08** (fls. 46) atinente a IRPJ e CSLL. Na peça impugnatória, juntou cópias das guias de depósito às fls. 184/201. As cópias trazidas aos autos não são nítidas. Às fls. 185, por exemplo, não é possível identificar qual dos depósitos é relativo ao IRPJ. Às fls. 193 (pé) e 194 inexiste autenticação mecânica bancária.

Como as provas carreadas aos autos não permitem identificar o valor efetivamente depositado pela defendant, faz-se necessária diligência no sentido de intimar a recorrente a prestar cópias legíveis das guias dos depósitos efetuados na Ação Ordinária nº 94.00.15583-2 relativamente ao IRPJ. A seguir, a repartição fiscal deverá confirmar no Sistema Sinaldep o depósito efetuado. Finalmente, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, deverá dar ciência à recorrente do teor da diligência, concedendo-lhe o prazo de trinta dias para, em querendo, sobre seu teor se manifestar.

CONCLUSÃO

Por essas razões, voto no sentido de converter o julgamento em diligência, a fim de que sejam cumpridas as providências recém-descritas acima.

É o meu voto.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2001.


EDISON PEREIRA RODRIGUES – RELATOR