



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Lam-5

Processo nº. : 10980.013553/99-11
Recurso nº. : 125.620 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Matéria : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - Ex: 1996 e 1997
EMBARGANTE: DRF OSASCO
EMBARGADA : SÉTIMA CÂMARA DO 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
INTERESSADA: DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA
Sessão de : 05 de dezembro de 2001
Acórdão nº. : 107-06.486

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS
PROCESSUAIS – AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA
CONCOMITANTES – IMPOSSIBILIDADE – A busca da tutela
jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento “ex
officio”, enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a
apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade
administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta
esfera

DEDUÇÃO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO - VIGÊNCIA
DA LEGISLAÇÃO: O lançamento reporta-se à data da ocorrência
do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda
que posteriormente modificada ou revogada.

MULTA DE OFÍCIO: 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 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Vistos, relatados e discutidos os presentes Embargos de
Declaração interpostos pela Delegacia da Receita Federal em OSASCO-SP.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho
de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração,
anular o acórdão nº 107-06.230, NÃO CONHECER do recurso em relação à
matéria submetida ao Poder Judiciário, conhecer das demais matérias e dar
provimento parcial para afastar a multa de ofício aplicada sobre a exigência relativa

à compensação indevida da base de cálculo negativa da CSSL, , nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE e RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 DEZ 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ, NATANAEL MARTINS, MAURILIO LEOPOLDO SCHMITT (Suplente convocado), FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, LUIZ MARTINS VALERO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES. Ausente, justificadamente, o Conselheiro EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS.

Recurso nº. : 125.620
Embargante : DRF OSASCO - SP
Recorrente : DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA

RELATÓRIO

Trata o presente de embargos de declaração, interposto pela DRF OSASCO, que no momento do cumprimento do acórdão 107-06.230 de 22 de março de 2.000, verificou que a câmara não conheceu do recurso por intempestivo, porém trouxe aos autos recurso idêntico ao analisado mas entregue a tempo na jurisdição da DRF CURITIBA.

A contribuinte supra identificada foi autuada e intimada a recolher crédito tributário no valor de R\$ 1.251.919,75, relativo à Contribuição Social Sobre o Lucro e acréscimos legais, referente ao exercício de 1996 ano calendário de 1995.

Nos termos do auto de infração de folhas 22/24, a exigência foi formalizada em virtude das seguintes infrações:

- a) falta de adição ao lucro líquido do valor dos juros pagos ou creditados a título de remuneração do capital próprio;
- b) compensação indevida de base de cálculo negativa de períodos anteriores que excederam a 30% da base tributável da CSSL sobre o lucro líquido do período.

Consta do auto de infração a descrição dos fatos o enquadramento legal e demais requisitos previstos no artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.

Inconformada com a autuação a empresa apresentou a impugnação de folhas 34 a 37, argumentando, em síntese, o seguinte.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA DA BASE NEGATIVA ANTERIOR

Informa que requereu mandado de segurança objetivando compensar integralmente as bases negativas, processo 95.0007895-3, tendo sido

deferida a liminar e concedida a segurança por sentença, seguindo-se a apelação da Fazenda Provida pelo TRF da 4ª Região em agosto de 1998.

Que a limitação da compensação é ilegal e inconstitucional, pois é direito adquirido a compensação. A limitação caracteriza empréstimo compulsório disfarçado. Cita decisão favorável proferida pelo AC 101-92.411.

Insurge-se contra a multa de ofício dizendo ser inaplicável conforme artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

Quanto aos juros sobre o capital próprio entendeu ser assegurada a dedução visto que vedação contida no artigo 9º da Lei nº 9.249/95 fora revogado pela lei nº 9.430.

O lançamento foi considerado procedente pela 1ª Instância, considerando definitiva a exigência sub júdice da CSSL relativa a compensação de bases negativas de períodos bases anteriores.

Inconformada com a decisão de primeira instância apresentou dois recursos, um na DRF OSASCO em 28.12.2000, fls. 87/90, e outro de igual teor na DRF Curitiba em 27.12.2.000, argumentando, em epítome, o seguinte.

Cerceamento do direito de defesa, pois o mandado de segurança requerido antes do lançamento de ofício não impede o normal andamento do processo administrativo. Cita como base de sua tese o acórdão 103-19.844 de 17.03.99.

Reafirma o direito a compensação integral das bases negativas geradas até 1994, anteriores portanto à limitação a 30%, estando abrangidas na proteção do direito adquirido de compensa-las integralmente, conforme assegurado na legislação anterior à Lei nº 8.981/95.

DEDUÇÃO DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

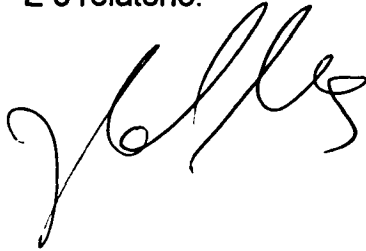
Quanto à dedução dos juros sobre o capital próprio reitera a argumentação contida na impugnação, de que tiveram assegurada sua dedução para efeito de IRPJ, não poderia Ter vedada a mesma dedução no cálculo da CSSL, sendo esta restrição ofensiva ao CTN e à própria Constituição Federal.



MULTA DE OFÍCIO (no excesso na compensação de bases negativas).

Diz ser irrelevante, para fins de inibir a multa, que a liminar concedida tenha sido mantida ou cassada, que esteja ou não suspensa a exigibilidade no momento do lançamento, sendo suficiente para excluir a multa a suspensão ocorrida a qualquer tempo, desde que antes do auto de infração. Cita como apoio de sua tese os acórdãos 107-05.439.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters that appear to be 'V. L. S.' or similar, written over a white background.

VOTO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Antes de adentrarmos à apreciação das razões de recurso da empresa autuada, cabe analisar os embargos de declaração.

Veio a julgamento nesta câmara inicialmente o recurso de folha 87, cuja data de entrega na DRF OSASCO se deu em 28 de dezembro de 2.000 e considerando que a contribuinte fora cientificada da decisão de primeiro grau em 27.11.2.000, realmente tal recurso é intempestivo.

Porém ao retornar à unidade de origem, a autoridade verificou a existência de recurso protocolado em 27.12.2.000, pela empresa em Curitiba, sede anterior da empresa e onde iniciou a fiscalização e fora realizado o lançamento, doc. Juntado fls. 118 a 121.

A autoridade executora fez juntar ao processo o recurso apresentado em Curitiba e embargou o acórdão, doc. fl. 126. Tal providência se faz salutar uma vez que visa a garantia do pleno direito de defesa, pelo que acolho a petição da DRF como embargos nominados, nos termos do artigo 28 do Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Passemos então à análise do recurso da contribuinte.

COMPENSAÇÃO DE BASES NEGATIVAS – CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO
NAS ESFERAS – ADMINISTRATIVA E JUDICIAL:



Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário, com vistas à compensar integralmente o saldo das bases negativas da CSSL, com a base positiva apurada no ano-calendário de 1995.

Dessa forma, tendo a contribuinte ingressado com ação perante o Poder Judiciário para discutir especificamente a matéria de mérito objeto do auto de infração, nesse particular, houve concomitância na defesa, ou seja, a busca da tutela do Poder Judiciário, bem como o recurso à instância administrativa.

A decisão de primeiro grau não é nula pois a empresa discute a matéria na esfera judicial assim não há o que falar em cerceamento do direito de defesa na esfera administrativa, além do mais a decisão foi proferida pela autoridade competente, não contrariando portanto o artigo 59 do Decreto 70.235/72.

A questão da concomitância de discussão na esfera administrativa e judicial é matéria bastante discutida no âmbito deste Conselho que, reiteradamente tem decidido pelo não conhecimento da lide quando idêntica á discutida na justiça.

A legislação de longa data veda a concomitância de ações versando sobre a mesma matéria nas esferas Administrativa e Judicial concomitantemente, verbis:

Decreto-lei nº 1.737/79

Art. 1º - (...)

§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória de nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Lei nº 6.830/80

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, a ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros de mora e multa de mora e demais encargos.



Parágrafo único – A propositura, pelo contribuinte, de ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

O próprio Regimento Interno da Câmara Superior de recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF 55/98, incorporou tal dispositivo legal ao dispor em seu art. 14 § 2º, verbis:

Art. 14 – Em qualquer fase o recorrente pode desistir do recurso em andamento na Câmara.

§ 2º - O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção, sem ressalvas, do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuintes, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa em desistência do recurso.

Interpretando a legislação transcrita podemos concluir não ser possível a manutenção de discussão de matérias idênticas em dois Poderes, por uma razão simples, o Judiciário é chamado a decidir quando não há entendimento entre as partes, e tanto faz se entre particulares ou entre esses e os outros Poderes.

A demanda na esfera administrativa visa na realidade o controle pelo próprio poder dos atos de seus funcionários, de modo a corrigir eventuais falhas, quer seja na interpretação da legislação quer seja em relação aos valores exigidos e as provas que sustentam a exigência. Enquanto perdurar o processo administrativo podemos dizer que as partes procuram entre si a verdade e a justiça sem a interferência de um terceiro, isso eqüivaleria a uma busca do entendimento. A partir do momento que uma das partes busca a tutela jurisdicional, podemos dizer que está renunciando à discussão entre as partes pois buscou a arbitragem de um terceiro.

A contribuinte alega que a não apreciação de suas razões de defesa, na primeira instância, fere seu direito de defesa previsto no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal de 1988.

É certo que o contribuinte tem o direito ao contraditório e à ampla defesa tanto na esfera administrativa como judicial. 

Ocorre que no Brasil prevalece o princípio da unicidade de jurisdição, logo há prevalência da decisão judicial sobre a administrativa.

Sobre órgãos julgadores administrativos escreveu o mestre Edvaldo Brito, no livro Problemas de Processo Judicial Tributário – volume 3 , Editora Dialética, página 113/114.

“No Brasil esses órgãos, sob exame, não emitem atos jurisdicionais porque o sistema adotado, pela Constituição, é o de jurisdição única. Aqui, diferentemente da França, o princípio da separação dos poderes foi assimilado, tal qual se iniciou no modelo anglo-americano. A França, pois, faz a separação entre a jurisdição ordinária e a administrativa que, lá, esta, com o Conselho de Estado, tem as condições subjetivas e objetivas, anteriormente faladas, adotando, por essa forma o sistema de dúplice jurisdição. Assim procede, também, para assegurar a separação entre os poderes.

A jurisdição única implica em que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito somente pode ser reparada com a apreciação do Poder Judiciário que, para essa função , não pode ser excluído, nem por lei.”

O Poder Executivo através de seus órgãos oferece ao contribuinte a oportunidade de discutir a matéria objeto da exigência tributária, sem custo , de forma que através de seus argumentos e frente a documentos que apresentar, pode o próprio executivo alterar o valor da exigência, reduzindo-a ou até mesmo reconhecendo a improcedência do lançamento. Isso porém só é possível se não houver concomitância de discussão visto que inócua seria a decisão na esfera administrativa em vista da prevalência da decisão judicial.

Se antes de qualquer medida administrativa de lançamento tributário a pessoa busca a tutela do Poder Judiciário para discutir determinada matéria, os agentes tributário têm o poder dever de analisar o caso e havendo tributo a lançar devem proceder à formalização da exigência para evitar-se a decadência.

Se o contribuinte vem discutir matéria diversa da que levou à apreciação do judiciário, tais como base de cálculo, penalidades, vícios na formalização do 

lançamento, podem e devem as autoridades julgadoras apreciarem tais questões, porém, quanto ao mérito da exigência não podem e nem devem se manifestar pois estariam agindo no vazio tendo em vista que de nada valeria suas decisões se contrárias ao decidido pelo Poder Judiciário.

Não importa se a discussão na esfera judicial iniciou-se antes ou depois da formalização da exigência, havendo coincidência de matéria somente uma pode ter seguimento ou seja aquela que tem prevalência.

Não procede a argumentação de que o tributo seja indevido, o será, ou não somente após o pronunciamento final do Poder Judiciário. A própria contribuinte afirma estar em curso a ação na esfera judicial, logo inócua seria qualquer decisão de mérito na esfera administrativa.

No Brasil como já discurremos prevalece o princípio da unicidade de jurisdição. Em obediência a esse princípio é que podem os julgadores administrativos se absterem de apreciar matéria levada a discussão na esfera judicial, já que a União criou e mantém órgãos julgadores justamente para oferecer oportunidade da discussão da matéria em seu âmbito de forma a reduzir os custos tanto para o contribuinte como para o sujeito ativo. Discutir a matéria nas duas esferas além de inócua a decisão na esfera administrativa levaria a um custo mais elevado para o Poder Executivo e, por que não, para todo o cidadão que paga seus tributos.

Sobre o assunto vale transcrever as lições de HIROMI HIGUCHI, que assim escreve sobre a matéria.

“Essa regra decorre da natureza leal e lógica porque a decisão do Poder Judiciário se sobrepõe à decisão administrativa. Não teria nenhum sentido a administração decidir matéria sub-judice porque a sua decisão não tem nenhum valor perante a decisão final do Poder Judiciário.” (Do livro – IMPOSTO DE RENDA DAS EMPRESAS – 20ª Edição – 1995 – Editora Atlas – página 587). 

Cabe citar também aqui, parte do parecer de autoria do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira:

“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.

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.”

No mesmo sentido o Sub-procurador Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiróz, assim pronunciou:

“11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente a jurisdição administrativa -, pela impugnação da exigência (recurso latu sensu), seguida, ou mesmo antecedida, de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual – ordenatória, declaratória ou de outro rito – a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento – exceto na hipótese de mandado de segurança ou medida liminar, específico – até a instância da Dívida Ativa, com decisão formal recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.”

No caso em tela, a pessoa jurídica ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício. Por seu turno, a Autoridade Fiscal, com o 

intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.

Trata-se especificamente de ações concomitantes para julgamento do mesmo mérito, verificando-se, do exposto, que a contribuinte fez sua opção, escolhendo a esfera judiciária para discutir o mérito existente no presente processo.

Inútil seria este Colegiado julgá-lo, uma vez que a decisão final, a que será prolatada pelo Poder Judiciário, é autônoma e superior. O julgado do Poder Judiciário será sempre superveniente à decisão proferida nesta Corte. Se houverem ações concomitantes e os entendimentos forem divergentes a Decisão prolatada pelo Poder Judiciário será definitiva.

Dessa forma, a solução da pendência foi transferida da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá o litígio com grau de definitividade.

Assim, 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.

Diante do exposto não conheço a matéria submetida ao poder judiciário, ou seja o mérito da possibilidade ou não da compensação da base negativa da CSSL de períodos anteriores.

DEDUÇÃO DOS JUROS DO CAPITAL PRÓPRIO.

Não procede a alegação da contribuinte uma vez que cada tributo tem a sua legislação, no caso da CSSL, remete-se ao IRPJ, somente a matéria que o legislador não quis dar tratamento diferenciado, no presente caso 

quis, através do artigo 9º § 10 da Lei nº 9.249/95 que tal rubrica não fosse dedutível para efeito de determinação da base de cálculo da referida contribuição.

Vale registrar que nos termos do artigo 112 do CTN, o lançamento deve reportar-se à data de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, **ainda que posteriormente modificada ou revogada.**

MULTA DE OFÍCIO.

Verifiquemos inicialmente a legislação que trata de multa quando há concessão de liminar em mandado de segurança.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

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 da Lei nº 5.172, 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.

Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966

Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral; 

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

{Inciso V introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.}

VI - o parcelamento.

{Inciso VI introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.}

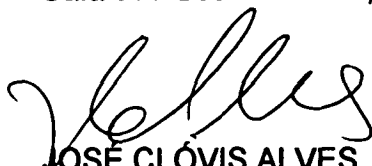
Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

A própria autuante dá notícia na página 23 (descrição dos fatos) que foi deferida a liminar em mandado de segurança. Mesmo que tal liminar seja cassada, se apresentado recurso a discussão continua, tal ocorre como demonstra o verso da folha 83 que mostra a apelação da empresa em sede de recurso especial ao STJ.

Enquanto não decidida a questão no Poder Judiciário continua suspenso o eventual tributo, uma vez que tratando-se de compensação de bases negativas, não há o que falar em tributo em si mesmo, pois ele só será efetivamente devido depois do pronunciamento final da justiça. 

Pelo acima exposto, conheço dos embargos, voto no sentido de anular o acórdão nº 107-06.230 de 22 de março de 2.001, não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário e no mérito dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a multa de ofício aplicada sobre a glosa da compensação da base negativa da CSSL.

Sala das Sessões - DF, em 05 de dezembro de 2001.



JOSE CLÓVIS ALVES