

Processo nº. : 13805.003577/96-10
Recurso nº. : 14.834
Matéria: : CSLL - EXS. 1995 E 1996
Recorrente : BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A
Recorrida : DRJ EM SÃO PAULO -SP
Sessão de : 15 DE JULHO DE 1998
Acórdão nº. : 108-05.234

Recurso Especial de Divergência RD/108-0.198

AÇÃO DECLARATÓRIA - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE - A semelhança da causa de pedir, expressada no fundamento jurídico da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, com o 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. Qualquer matéria distinta em litígio no processo administrativo deve ser conhecida e apreciada.

NULIDADE DA DECISÃO MONOCRÁTICA - É nula a decisão que deixa de apreciar matéria sobre a qual inexiste impedimento à sua apreciação, negando prestação de jurisdição administrativa.

Nulidade da decisão declarada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A :

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DECLARAR a nulidade da decisão de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR
RELATOR

Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

FORMALIZADO EM: 20 AGO 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ ANTONIO MINATEL, NELSON LÓSSO FILHO, TÂNIA KOETZ MOREIRA, KAREM JUREIDINI DE MELLO PEIXOTO (Suplente Convocada), MARCIA MARIA LORIA MEIRA e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.

Two handwritten signatures in black ink, one on the left and one on the right, positioned below the text of the document.

Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

Recurso nº. : 14.834
Recorrente : BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A

RELATÓRIO

A contribuinte em epígrafe recorre a este Conselho da decisão do d. Delegado de Julgamento em São Paulo, que decidiu litígio acerca da exigência da CSLL da seguinte forma:

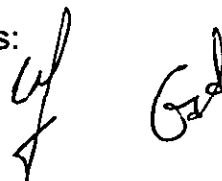
- não tomar conhecimento da impugnação quanto à parte do crédito tributário objeto da ação judicial. Em consequência, declarar definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito relativo ao imposto/contribuição, exceto no tocante aos acréscimos legais e à multa de ofício;

- sobrestar o julgamento da impugnação apresentada relativamente à multa de ofício e acréscimos, até decisão terminativa do processo judicial, devendo este processo fiscal retornar para julgamento apenas se a decisão judicial transitada em julgado for desfavorável ao contribuinte.

De fato, conforme a descrição dos fatos a folhas 16, a ora recorrente propôs ação cautelar inominada para afastar a exigência da CSLL à alíquota de 30%, por entendê-la em testilha com princípio constitucional da isonomia. Tendo sido indeferida a liminar requerida, logrou entretanto provimento liminar para recolhimento à alíquota de 10% em mandado de segurança impetrado contra o indeferimento inicial na cautelar. Ato contínuo, propôs ação ordinária correspondente.

Auto de Infração, fls. 15, exigindo a CSLL à alíquota de 30%.

As razões de apelo podem ser assim resumidas:



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

- afirma que a falta de conhecimento da impugnação tempestivamente apresentada fere o exercício do direito da recorrente estampado no item XXXV, art. 5º da Carta Magna;

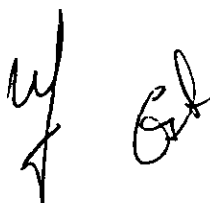
- mais ainda, que o seu direito de ingressar em Juízo não pode prejudicá-la em nenhum outro aspecto;

- no mérito, conduz argumentação de que “não há critério de *discrimen* juridicamente válido” a suportar exceção na aplicação de alíquota majorada para instituições financeiras;

- além disso, pondera que nem a edição da Emenda Constitucional nº 10/96 teria tido o condão de constitucionalizar a discriminação, haja vista a violação de cláusula pétrea, conforme julgamento análogo no Pretório excelso, quando da Emenda Constitucional nº 03/93, a respeito da IPMF;

- no tocante ao juros e multa, indica não haver infração que os justifique, pois seu recolhimento deu-se sobre o abrigo de medida liminar.

É o Relatório.



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

VOTO

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, Relator

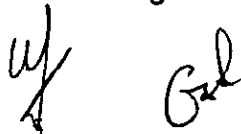
A matéria merece considerações preliminares quanto ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso.

Há neste Conselho clara divergência, ainda em vias de eliminação por pronunciamento específico da egrégia CSRF, acerca do conhecimento de recursos administrativos quando haja concomitância com ação judicial.

A primeira das correntes procurar discernir o tipo de provimento jurisdicional solicitado ao Poder Judiciário, a fim de estabelecer a existência de conexão entre os processos. Baseia-se, portanto, nas normas contidas nos artigos 1º, § 2º, do Decreto-Lei 1.737/79 e 38 da Lei 6.830/80, que transcrevo abaixo:

“Decreto-Lei 1737, art. 1º, § 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória de nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia do direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.”

“Lei 6.830, 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, 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 e multa de mora e demais encargos.”



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

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.”

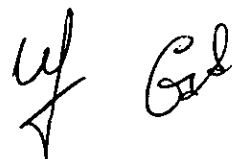
Ambos os dispositivos, a meu ver, determinam haver renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa nos casos de clara conexão, tomado o termo processual em sua conceituação, posto que tanto o objeto quanto a causa de pedir são idênticas: a) pedido: na ação anulatória, desconstituição do crédito formalizado pelo lançamento, pretensão esta resistida no sentido da confirmação da definitividade do lançamento, para futura ou concomitante constituição da dívida ativa; b) causa de pedir: ambas as “ações” têm o mesmo fundamento questionado, qual seja o fundamento jurídico do lançamento, bem como os mesmos fato que originaram o auto de infração ou a notificação.

Em resumo, o litígio versa, nas hipóteses legalmente previstas de renúncia à esfera administrativa, **sobre um lançamento já efetuado.**

Entende-se, sem maiores divergências, as razões de fundo do legislador, que buscou evitar decisões contraditórias entre poderes distintos, prevalecendo, como não podia deixar de ser, o caminho judicial, haja vista ser atividade típica daquele Poder, ao contrário do exercício excepcional e anômalo da jurisdição administrativa.

O recurso administrativo perde nesses casos o objeto, e deixa de ser conhecido.

Exemplo clássico da corrente que aceita esse entendimento restrito da renúncia à esfera administrativa encontramos no Acórdão 101-83.741, da lavra da i. Conselheira Marian Seif, do qual os seguintes excertos, com a devida vênia, transcrevo:



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

"Preliminarmente cumpre examinar as conseqüências da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária, com depósito junto à Caixa Econômica Federal, para os fins de tramitação do processo administrativo fiscal.

...

São esses os comandos legais conhecidos a respeito da renúncia à discussão do crédito tributário nas instâncias administrativas. Neles não se vê referência à Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídico Tributária, com ou sem depósito.

Há precedentes nesta Câmara no mesmo sentido. Dentre outros, o Acórdão nº 101-79.204, de 21.09.89, afirmando que o contribuinte que interpõe ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária com depósito de quantia referente ao tributo discutido não está protegido contra o lançamento tributário, nem está impedido de discutir no âmbito administrativo.

....

Por conseguinte, o presente litígio não sofre restrições, seja quanto à sua instauração, seja quanto à sua tramitação administrativa, por força da medida judicial intentada pela recorrente.

Todavia, se a recorrente for vencida nas instâncias administrativas, as autoridades incumbidas de executar o crédito tributário, andarão bem avisadas se ouvirem a Procuradoria da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto-SP, sobre a oportunidade de adotarem as providências cabíveis."

O Acórdão teve unanimidade de votos, indicando firme posicionamento da Colenda Primeira Câmara sobre a matéria. Para os doutos Conselheiros só há impedimento à concomitância de processos administrativo e judicial quando houver conexão, ou seja, em discussões acerca de um lançamento já efetuado, conforme os diplomas legais supracitados.



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

A divergência vem daqueles que adotam tese no sentido das determinações do ADN COSIT nº 03/96, das quais as duas primeiras destaco abaixo:

- “a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;
- b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p. ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc.);

Tais dizeres nada mais são que as conclusões de parecer interno da Receita Federal, que, por sua vez, fundamenta-se em outro parecer, este agora da autoria do Procurador da Fazenda Nacional Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, sendo relevante transcrever seus alicerces jurídicos que emanam dos seguintes trechos:

“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.



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

Assim sendo, a opção pela via judicial importa, em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso interposto.

...

Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.

Portanto, desde que a parte ingressa em Juízo contra o mérito da decisão administrativa - **contra o título materializado da obrigação** - essa opção via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância administrativa."

Este parecer, que a bem da verdade referia-se a caso de título já materializado, **portanto quando também em discussão um lançamento efetuado**, foi alargado conceitualmente pelo então Sub-Procurador-Geral da Fazenda Nacional que assim aditou:

"Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à jurisdição administrativa - , pela impugnação da exigência (recurso *latu sensu*), seguida, ou mesmo antecédida, de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra 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 inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal da instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso (*latu sensu*) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial."

Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

Todavia, infere-se que aqui também referia-se o parecerista a casos em que também em discussão anulação de crédito tributário, ou seja, lançamento já formalizado.

Teria então o indigitado ato normativo alargado indevidamente o conceito e, não obstante a inexistência de lançamento, declarado que “a propositura pelo contribuinte - por qualquer modalidade processual -, **antes ou posteriormente à autuação**, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto”?

A resposta há de ser afirmativa. Os fundamentos que geraram o citado ato normativo, são todos para casos nos quais lançamento anterior existiu, sendo que a única citação a ação judicial **anterior** diz respeito à impugnação apresentada, que instaura a fase litigiosa administrativa, mas não à ação fiscal concluída com o lançamento.

Além disso, objeto, processualmente indetectável, coincide com pedido formulado, e jamais encontrar-se-ia identidade nos pedidos entre uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica e a desconstituição de um auto de infração. O mesmo pode-se afirmar nos casos de mandados de segurança preventivos, nos quais o pedido é normalmente a decretação de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

São objetos, portanto, processualmente distintos.

Mas a verdadeira questão, independentemente da extensão indevida do ato normativo, tomados os fundamentos de sua edição, diz respeito a se, em verdade, há razão jurídica que impeça o prosseguimento de um processo administrativo quando proposta, **antecipadamente à autuação**, ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ou também mandado de segurança preventivo. Isto porque nos demais casos, em que judicialmente já se discute um crédito constituído, há legislação específica presumindo a renúncia à esfera administrativa. E aqui reside a divergência que persiste nas decisões deste Tribunal administrativo.



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

Inclino-me no sentido de que há impedimento.

Já se salientou em citações acima que “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”.

No âmbito do Poder Judiciário, a solução para o problema envolve a determinação das competências de Juízo, através da conexão ou continência, ou da litispendência, que deve inclusive ser alegada na primeira oportunidade processual. É ínsito ao direito processual evitar a concomitância de ações conexas ou idênticas, indicando quem exercerá jurisdição sobre uma delas, exclusivamente.

Ensina Vicente Greco Filho, in Direito Processual Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 1998, p. 92, que:

“Os elementos identificadores da ação, além de indispensáveis às objeções de litispendência e coisa julgada, conforme acima aludido, aparecem em diversas aplicações práticas no curso do processo: a causa de pedir ou o pedido fundamentam a conexão de causas (art. 103 CPC) e a continência (art. 104)”.

Ainda o mesmo autor, pp. 90/91 do mesmo repertório doutrinário:

“...o terceiro elemento da ação é a causa de pedir ou, na expressão latina, *causa petendi*. Conforme ensina Liebman, a causa da ação é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda. É o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer ou a relação jurídica da qual aquele direito deriva, com todas as circunstâncias e indicações que sejam necessárias para individuar exatamente a ação

Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

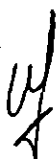
que está sendo proposta e que variam segundo as diversas categorias de direitos e de ações. ...**A causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos que fundamentam o pedido, e a causa de pedir remota são os fatos constitutivos.**"

Assim, o que se tem na concomitância de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária - ou mandado de segurança preventivo- não é identidade de objetos, mas sim da *causa petendi* próxima, identidade do fundamento jurídico, como no caso em apreço: a causa de pedir do processo judicial é a afronta que a imposição da alíquota majorada para instituições financeiras alegadamente faz à Carta Magna, no que esta consagra o princípio da isonomia; no processo administrativo, da mesma forma.

Decidir-se-ia, portanto, a mesma relação jurídico-tributária, i.é, o mesmo fundamento da exigência fiscal.

Tal similitude, no campo tributário, é o bastante para, em prosseguir-se com o processo administrativo, possibilitar antagonismo de decisões entre Poderes distintos, bem como concomitância de análise do mesmo fundamento da exigência por instâncias e Poderes diferentes, em claro afronta ao princípio de direito processual que busca justamente evitar tais conflitos.

Outrossim, a aplicação de princípio processual insito jamais significaria cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois justamente em consonância com o devido processo legal e em busca da celeridade processual para o rápido alcance da almejada justiça é que se procura evitar a concomitância de ações com o mesmo fundamento jurídico em instâncias distintas.


12

Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

Além disso, não se poderá jamais eliminar o acesso do contribuinte ao Judiciário que, quando provocado, prevalecerá, por força constitucional. Assim, não percebo qualquer afronta ao item XXXV, do art. 5º da Carta Magna, como alegou a recorrente.

Destaque-se, todavia, que o Pretório Excelso deve pronunciar-se a respeito da constitucionalidade do art. 38 da Lei 6830/80 em breve, conforme despacho dando seguimento a RE, exarado pelo Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, em sede de agravo (RDDT, nº 34, p. 193). Pronunciamento que deve nortear, a meu ver, futuros julgamentos administrativos sobre renúncia à esfera administrativa, pois abriga hipótese de mandado de segurança preventivo anterior à autuação.

Adite-se, finalmente, que há, a bem da verdade, zona de diferenças - que sempre existirão - entre o processo que busca provimento meramente declaratório e a discussão de um lançamento formalizado em auto de infração ou notificação. Pode-se antever a discussão neste último de uma compensação de base negativa ou prejuízo, na órbita do IRPJ ou da CSLL, que sem colidir com o fundamento da exigência, fiscalmente a eliminem, importando em conhecimento e provimento do recurso acaso interposto. Isto sem falar na imposição de multa e acréscimos moratórios, parcelas que não integram, logicamente, o discutido na ação declaratória.

Para esses fatos e fundamentos distintos, deve-se prosseguir com a discussão na órbita administrativa. Para aqueles em que a causa de pedir for idêntica, prevalecerá a via judicial provocada, devido à sua constitucional atribuição de jurisdição.

No presente processo deixou a d. autoridade monocrática de apreciar a matéria referente a imposição de multas na constância de medida liminar, atualmente inclusive normatizada, bem como os argumentos da contribuinte no tocante aos juros moratórios. **Optou por sobrestar o processo até o trânsito em julgado da decisão judicial.**



Processo nº. : 13805.003577/96-10
Acórdão nº. : 108-05.234

Entendo que com isso viciou seu ato, negando indevidamente a prestação jurisdicional administrativa que lhe compete por determinação legal.

Não há quanto a imposição de multas e juros qualquer impedimento à sua apreciação na esfera administrativa

Ex positis, voto no sentido de declarar a nulidade da decisão monocrática, para que nova seja proferida, conhecendo-se da impugnação acerca da imposição da multa de ofício e dos encargos moratórios, tão-somente.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 15 de julho de 1998


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR-RELATOR

