



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13805.004017/97-73
Recurso nº 167.493 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.110 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2009
Matéria IRPJ
Recorrente REFINAÇÕES DE MILHO BRASIL LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1995

NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS NA VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. PREVALÊNCIA DA *UNA JURISDICTIO*. No aparente conflito entre magnos princípios a autoridade administrativo-julgadora deverá sopesar e optar por aquele que tenha maior força, frente as peculiaridades do caso *sub judice*, a fim de assegurar as garantias individuais e realizar a segurança jurídica através do respeito à coisa julgada e à ordem constitucional, aqui revelado pelo prestígio a unicidade de jurisdição. O óbice para que a via administrativa manifeste-se na hipótese não decorre da simples propositura e coexistência de processos em ambas as esferas, ele exsurge quando há absoluta semelhança na causa de pedir e perfeita identidade no conteúdo material em discussão tanto na via administrativa como na via judicial, como configurado na hipótese em causa.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer da matéria na parte submetida ao crivo do poder judiciário e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


ADRIANA GOMES REGO - Presidente.


ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE – Relator.

EDITADO EM:

22 OUT 2009

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego (presidente), Antonio Bezerra Neto, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Leonardo de Andrade Couto, Carlos Pelá, Regis Magalhães Soares Queiroz, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Antonio Carlos Guidoni Filho (vice-presidente).

Relatório

Tratam os autos de Recurso Voluntário aviado contra Decisão da DRJ de São Paulo, que indeferiu solicitação de PERC.

A referida Decisão está assim ementada:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1994

Ementa:

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Pública, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não há previsão legal para o sobrestamento do processo administrativo, que se rege pelo princípio da oficialidade, impondo à Administração impulsionar o processo até o seu término.

Solicitação Indeferida."

O presente procedimento teve início com o Pedido de Revisão de Ordem de Emissão de Incentivos Fiscais - PERC (fl. 01), formulado em 08/05/97 pela pessoa recorrente.

O Despacho Decisório de fl. 303, Indeferiu o pedido pela seguintes razões:

No ano de 1998, o Contribuinte foi intimado a regularizar pendências fiscais, mas não se manifestou quanto à intimação. Em 2007, após mudança de jurisdição, o processo foi novamente analisado, de onde se constatou a existência de 8 processos em cobrança no PROFISC, 49 processos em cobrança na PGFN e 12 inscrições no FGTS com pendências.

O Contribuinte foi novamente intimado (fl. 206) – Intimação Nº 2491/2007 (ciência em 23/05/07, AR à fl. 206, verso) – a regularizar a sua situação fiscal quanto às irregularidades apontadas, mas passados 84 dias não houve a regularização da situação fiscal e sim aumento do número de débitos pendentes, conforme relatório de fl. 302.

Como não houve comprovação de sua regularidade fiscal, de acordo com o art. 60 da Lei nº 9.069/95, o pedido do contribuinte foi indeferido.

Em seu Recurso Voluntário, o sujeito passivo repete as alegações ofertadas em sede de manifestação de inconformidade, sendo relevante o seguinte:

Discorre sobre a existência de mandado de segurança cujo objeto é o presente PERC, originária da na 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo, com liminar para que o PERC fosse apreciado e ora no Tribunal Regional Federal, aguardando o julgamento de Recurso de Apelação.

Entende que com a existência de um mandado de segurança em curso, pendente de sentença, “deve-se aguardar o julgamento dele para que qualquer providência seja tomada no que tange ao arquivamento desse processo.”

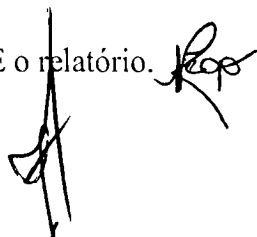
Defende a inconstitucionalidade da exigência de ausência de débito para deferir o seu pedido. O artigo que fundamentou a decisão administrativa institui autêntica sanção política, violando a razoabilidade e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV).

Fala sobre a possibilidade do Conselho de Contribuintes, atual CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – manifestar-se sobre matéria constitucional.

Discorre sobre o tema, citando doutrina e jurisprudência que entende favorável.

Conclui afirmando ser manifestamente violadora do “due process” a exigência de quitação de tributos federais constante no art. 60 da Lei nº 9.069/95, devendo ser deferido o presente PERC.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Alexandre Barbosa Jaguaribe, Relator

O recurso preenche as condições para a sua admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Examino, inicialmente, a questão atinente à concomitância.

A análise do mandado de segurança acostado às fls. 331 a 346, autoriza as seguintes conclusões:

- o *writ* contesta as “exigências inconstitucionais estabelecidas na intimação 2491/2007 (doc. 02), bem como a exegese que ignora a existência das certidões anteriormente pedidas para exigir a inexistência de débitos nos cadastros”;

- discute a inconstitucionalidade da exigência da ausência de débito (artigo 60 da Lei nº 9.069/95) para deferir o ressarcimento;

- o art. 60 da citada lei institui autêntica sanções política ou indireta, o que constitui violação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como o do devido processo legal;

- foi concedida a medida liminar requerida para apreciação imediata do PERC sem a exigência de certidões fiscais, em face da inconstitucionalidade do art. 60 da Lei nº 9.069/95, ou subsidiariamente apenas com a comprovação da ausência de débitos mediante a apresentação de certidões negativas ou positivas com efeito de negativa.

Do acima exposto é certo que na ação judicial, as exigências feitas pela Autoridade de Jurisdição do contribuinte, para a concessão do benefício fiscal pretendido, se fundamentaram no art. 60 da Lei nº 9.069/95, que é também é objeto de combate na ação judicial citada.

Em tais condições, entendo haver concomitância entre as matérias discutidas no âmbito judicial e administrativo. Assim, a matéria ventilada no recurso, no que tange a legalidade ou não do artigo 60 da Lei nº 9.069/95, não pode ser apreciada como, de fato, já não foi pela decisão de primeira instância, em face da concomitância, senão veja-se.

A questão sob exame se refere à discussão acerca da existência ou não da concomitância da mesma matéria tributária nas instâncias administrativa e judicial e a inconformidade da recorrente com tal decisão.

Devemos considerar, inicialmente, que a democracia tem seus pilares na tripartição dos poderes, que confere a cada um deles as seguintes prerrogativas: legislativo - a esse cabe fazer as leis; executivo - a ele cabe executá-las e, ao judiciário o poder e a função de garantir e assegurar os direitos e deveres dos cidadãos com vista à certeza, à segurança e à busca da justiça.

Conquanto às questões tributárias, compete à esfera judicial prevenir e solucionar o conflito de interesses entre o Fisco e o contribuinte.

A obediência a essa ordem constitucional revela-se pelo respeito às instituições por ela consagradas e na tripartição de poderes, onde a função típica de julgar definitivamente os conflitos de interesses é do Poder Judiciário, por haver a constituição Federal consagrado o princípio da unidade da jurisdição, em que somente as decisões emanadas daquele fazem coisa julgada. Certo é, portanto, que o ordenamento jurídico exige que se privilegie e reconheça a prevalência das decisões judiciais sobre quaisquer matérias.

Nada obstante, não há mais como deixar de reconhecer a existência e a importância do processo administrativo-tributário, que adquiriu *status* constitucional após a Carta Magna de 1988, *ex vi* do disposto no artigo 5º, LV:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Destarte, partindo-se da premissa da existência do processo administrativo, embora, alguns doutrinadores ainda resistam à determinação constitucional e teimem em lhe negar existência, sendo por tal, importante reconhecer-se tal caráter, pois é ele quem garante a efetividade do devido processo legal e todos os efeitos dele decorrentes na busca da realização do contraditório e da ampla defesa, também, na via administrativa, como princípios assecuratórios do equilíbrio da relação jurídico-tributária.

O processo administrativo-tributário visa, por conseguinte, assegurar a justiça fiscal, com vistas à preservação do interesse público, que encontra seu contorno e limites nos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Por outro lado, tem-se que a autonomia entre os processos administrativo e o judicial é inquestionável.

Assim, a via administrativa é a etapa necessária ao controle da legalidade dos atos administrativos, feito pela própria Administração, no sentido de buscar a legalidade de seus atos e dos atos de seus agentes e evitar disputas judiciais desnecessárias que redundam, via de regra, em um ônus maior para a Fazenda Pública.

O Poder Judiciário por sua vez dá ao jurisdicionado a certeza de exame de lesões ou ameaças de lesões a direitos tidos por infringidos com vistas a dar ao cidadão a certeza da segurança jurídica e a garantia do efetivo cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais em vigor.

A aplicação das normas em vigor conduz na hipótese de lançamento de ofício e quando já houver ação na via judicial a discutir a mesma matéria, adota-se o entendimento de que a interposição de medida judicial acarreta a renúncia à via administrativa, o que impossibilitaria a essa o exame da mesma questão.

Destarte, com o lançamento de crédito tributário, na hipótese de encontrar-se o sujeito passivo dessa relação sob a proteção de medida judicial, exsurge, aparentemente, um conflito de princípios, cabendo ao julgador ponderar e decidir por aplicar, à espécie, o princípio que, no caso em concreto, seja aquele que melhor realize a segurança jurídica.

Inexistem dúvidas que, ao sopesar a força dos princípios em aparente conflito, ressalta, na presente hipótese, que a decisão mais adequada e que melhor respeita às instituições, deverá nortear-se no sentido de privilegiar o julgamento judicial, prestigiando, assim, a unidade de jurisdição, por ser essa a única escolha que garante a ordem constitucional.

Repita-se, cabe, somente, ao Poder Judiciário dar a última e definitiva decisão sobre as lesões ou ameaças a direitos e que, só os julgamentos judiciais fazem coisa julgada.

Acerca desse assunto é importante observar que o Decreto-lei nº 1.737/79, art. 1º, § 2º, e a Lei nº 6.830/1980, art. 38 - que foram objeto de interpretação por parte da Administração Tributária, por meio do ADN COSIT nº 03/1996 - prevêm, de forma expressa, que a propositura de ação judicial importa em renúncia do direito do sujeito passivo recorrer também à esfera administrativa sobre a mesma matéria. Tais diplomas consagram a denominada "renúncia à via administrativa" na concomitância de processos na via administrativa e judicial que tratem do mesmo objeto.

Confrontando-se tais disposições com os princípios constitucionais, verifica-se que há um equívoco na interpretação dos textos da legislação, tendo em vista que, no caso de ser interposta medida judicial prévia à constituição do crédito tributário pelo lançamento *ex officio*, onde o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, após o ajuizamento da competente ação, apresenta impugnação na via administrativa, não se pode vislumbrar a hipótese de renúncia propriamente dita do contribuinte.

Pelo contrário, a insurgência deste, na via administrativa, revela o seu propósito expresso de, também, buscar a manifestação da instância administrativa. Ora, foge ao mais elementar raciocínio lógico-jurídico querer acolher a possibilidade de que o sujeito passivo da relação jurídico tributária, espontaneamente renuncie o direito de recorrer à via administrativa quando ele próprio se antecipa e, antes de qualquer lançamento de crédito tributário, vai a busca de socorro judicial.

Mais ainda, quando, se, *a posteriori*, o contribuinte adota procedimento em contrário ao demonstrar sua insurgência contra o lançamento de ofício, caracterizado por meio da interposição tempestiva de impugnação e/ou recurso à instância administrativa.

Não há como se forçar entendimento no qual se afigure que a interposição de medida judicial, anterior ao ato de lançamento do crédito tributário, possa implicar em renúncia à esfera administrativa. Não há, efetivamente, renúncia a direito quando o mandado de segurança for preventivo ou a ação judicial for anterior à constituição do crédito tributário.

O simples fato de haver o contribuinte se socorrido da via judicial não significa, antecipadamente, que estaria ele a desistir da via administrativa, mormente quando ainda não foi procedido qualquer lançamento ou exigência de crédito tributário.

Todavia, apesar de inexistir renúncia à via administrativa, todavia, há um óbice para que a esfera administrativo-julgadora aprecie e se manifeste sobre a mesma matéria que está sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário, independentemente da medida judicial ser prévia ou posterior ao lançamento de ofício, tendo em vista que a ordem jurídica exige e impõe o respeito pela *una jurisdictio*.

E isso se dá, porque a provocação judicial é que impede o exame da mesma matéria pelas instâncias administrativas, uma vez que a decisão definitiva é aquela emanada do Poder Judiciário - que detém competência originária para julgar definitivamente a lide.

Há que se considerar, portanto, que quando a mesma matéria estiver sendo questionada nas duas esferas existentes, o processo administrativo perde o seu objeto, dado que a matéria já está sendo apreciada judicialmente e não poderá mais a Administração Tributária exercer o controle da respectiva legalidade, sob pena de usurpação de competência.

Assim a autoridade administrativa, qualquer que seja a instância, está impedida de manifestar-se. Do contrário, abrir-se-ia a possibilidade de surgirem decisões divergentes em casos iguais, hipótese em que, inegavelmente, teria que prevalecer a decisão judicial que, independentemente do seu resultado deverá ser acatada, tornando sem qualquer efeito e função o resultado do julgamento proferido no âmbito do processo administrativo.

Impende salientar, entretanto, que tal conclusão não poderá ser aplicada em todo e qualquer caso. Em cada hipótese deverá ser perscrutado o alcance e a extensão dessa identidade e conexão de objeto, pois nem sempre ela subsiste em relação a toda matéria discutida, em ambos os processos, podendo existir aspectos diversos a serem analisados. Muita das vezes, apesar de o tributo e o período em discussão ser o mesmo, o cerne da questão encerra peculiaridades distintas que exigem um acurado exame, a fim de que não seja imposto prejuízo à ampla defesa do sujeito passivo.

Exsurge situação diversa, assim, quando, apesar de haver concomitância de processos na via administrativa e judicial, aparentemente tratando da mesma matéria, não existe perfeita identidade entre os respectivos objetos e causas de pedir em ambas as esferas. Embora se tratando do mesmo assunto, isso acontece, p.ex., quando o contribuinte discute judicialmente a constitucionalidade de lei ou ilegalidade de ato infralegal em tese e na esfera administrativa, insurgindo-se contra o conteúdo fático e material do lançamento em si, no tocante à base de cálculo, à alíquota, ao cálculo do imposto, à penalidade de ofício, aos juros de mora etc.. Nesse caso, é nítida a diferença entre as causas de pedir.

Na hipótese, portanto, descabe qualquer manifestação das instâncias administrativas acerca da constitucionalidade ou legalidade da exigência. Por conseguinte, nesse caso, não há dúvidas a serem suscitadas no tocante à exigência da manifestação da esfera administrativa no julgamento da parcela do litígio não abrangida pela concomitância. Decorre, daí, obediência ao princípio da legalidade, da isonomia e ao devido processo legal, com o contraditório e o direito à ampla defesa.

Ressalte-se que, sobre aqueles outros aspectos discutidos na via administrativa, não haverá apreciação da via judicial, o que conduz à inexistência de decisões conflitantes entre si.

Não se pode olvidar que a estrita legalidade em matéria tributária tem por substrato a verdadeira materialidade da realidade factual que se subsume à hipótese abstrata da lei, cuja ocorrência, ou não, do respectivo fato gerador do tributo, a imposição de penalidade ou o cálculo dos acréscimos legais, necessitam ser apurados e revistos de ofício pela Administração Tributária, especialmente, quando provocada pelo sujeito passivo contra o qual foi efetivado o lançamento tributário.

Despiciendo ressaltar que o entendimento aqui adotado não consagra qualquer desrespeito ou subversão de valores por parte das instâncias administrativo-julgadoras ou afronta à unicidade de jurisdição, quando elas procedem ao exame de tais questões. Sobre essas não se constata nenhuma concomitância, apesar de supostamente haver uma convergência de assuntos. Mas ela é só aparente eis que, em ambos os processos, estão colocados as mesmas partes - Fisco e sujeito passivo. Ocorre que, tanto na via judicial, como na via administrativa, o conteúdo fático e material discutido é diverso.

Até por uma questão de economia processual, no sentido de adequar a exigência do crédito tributário à efetiva verdade material e ao correto *quantum* devido e a ser



cobrado, mister se faz que sejam corrigidas quaisquer distorções e que o lançamento do tributo seja aperfeiçoado desde o seu nascedouro, para que, após o trânsito em julgado, o sujeito passivo tenha garantido a exata e correta medida da exigência do tributário que lhe é cobrado.

Deve-se considerar, ainda, que quando a Constituição Federal assegura o devido processo legal, que tem como substrato o contraditório e a ampla defesa, busca garantir que ninguém seria expropriado dos seus bens, nem mesmo para pagamento de tributo, sem que lhe seja dada oportunidade de defender-se.

Assim, na diversidade de causas de pedir nas vias administrativa e judicial, impõe-se o dever legal e a necessidade de que haja a manifestação e o julgamento da matéria na instância administrativa, sob pena de uma parte do lançamento não ser examinada nem em uma nem na outra esfera, o que consagraria uma afronta ao devido processo legal e à ampla defesa, e, por consequência, à própria legalidade.

Portanto, quando a discussão judicial tem no seu cerne também a discussão acerca do próprio conteúdo material do lançamento do crédito tributário, configura-se o óbice à manifestação das autoridades administrativo-julgadoras sobre a mesma causa de pedir.

A jurisprudência desse Tribunal Administrativo é pacífica neste sentido.

Acórdão 103-20628

“CSSL. BUSCA DA TUTELA JUDICIAL ANTERIOR À AÇÃO FISCAL. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. CONFIGURAÇÃO. LANÇAMENTO OBJETIVANDO PREVENIR A DECADÊNCIA. PERTINÊNCIA. A discussão na via judicial de matérias tributárias com o mesmo objeto, por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à ação fiscal - caracteriza renúncia ao foro administrativo em face da prevalência constitucional das decisões daquela sobre este. Impõe-se, entretanto, a construção do lançamento fiscal sem penalidades, com suspensão da exigibilidade, conformada às prescrições dos arts. 151, inciso IV do CTN e 63, da Lei n.º 9.430/96.”

No caso dos autos, constata-se, efetivamente, a proposição de ação judicial onde se discute matéria idêntica àquela versada no Auto de Infração, estando caracterizado, por conseguinte a concomitância, pelo que não se pode tomar conhecimento do recurso, neste particular.

Isto posto, não há reparos a fazer na decisão recorrida, não devendo este Colegiado tomar conhecimento das razões de recurso, nesse particular.

No que tange ao pedido de sobrestamento do julgamento administrativo a fim de se evitar decisões divergentes entre as esferas judicial e administrativa, tal não merece ser provido uma vez que na medida em que a esfera administrativa não se manifesta sobre a matéria concomitante, não há nenhum risco de haver decisões antagônicas, razão pela qual não haver necessidade do sobrestamento aventado.

Quanto à possibilidade deste CARF analisar matéria constitucional, a Súmula 2 do 1º Conselho de Contribuintes assim se manifesta:

“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”



CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria na parte submetida ao crivo do Poder Judiciário e negar provimento ao recurso.

Alexandre Barbosa Jaguaribe - Relator 