



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

Processo nº 13839.000706/2005-83
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-002.275 – 3ª Turma Especial
Sessão de 31 de julho de 2014
Matéria LUCRO REAL
Recorrente JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2004

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente á autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto e, conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ANÁLISE INTERROMPIDA.

Afastada a renúncia à instância administrativa pela evidência da não identidade de objeto com a ação judicial, tem cabimento o exame do mérito da impugnação apresentada em face do lançamento ofício pela autoridade de primeira instância de julgamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento em parte ao recurso voluntário para determinar o retorno dos autos à autoridade de primeira instância de julgamento para apreciar o mérito do litígio, nos termos do voto da Relatora. Ausentes justificadamente os Conselheiros Victor Humberto da Silva Maizman, Arthur José André Neto e Roberto Armond Ferreira da Silva. Participou ainda do presente julgamento a Conselheira Cristiane Silva Costa como suplente convocada.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Victor Humberto da Silva Maizman, Artur José André Neto, Ricardo Diefenthaeler, Roberto Armond Ferreira da Silva e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 103-113, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$319.493,45, a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e juros de mora apurado pelo regime de tributação com base no lucro real no primeiro semestre do ano-calendário de 2003.

Consta na Descrição dos Fatos:

001 - GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE - SALDOS DE PREJUÍZOS INSUFICIENTES

Glosa de valores compensados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, a título de prejuízo(s) fiscal(is) apurado(s) em período(s)-base anterior(es), tendo em vista a insuficiência de saldos apurados e informados nas respectivas declarações de períodos anteriores.

O saldo de prejuízos acumulados existentes no sistema SAPLI até 31/12/1998 era de R\$60.214,74 [...], que foi totalmente compensando no processo administrativo fiscal nº 13839.002309/2004-65, por meio de Auto de Infração emitido com suspensão da exigibilidade por força de Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 1999.61.05.018370-6 da 4ª Vara Federal em Campinas (art. 151, incisos II e IV do CTN).

Em decorrência de glosa fiscal efetuada no referido auto de infração, o prejuízo fiscal do ano-calendário de 1999 apurado pelo contribuinte, no valor de R\$739.140,46, converteu-se em lucro real tributável, sobre o qual foi feito o lançamento tributário acima referido.

Diante disso, glosamos o prejuízo fiscal compensado no ano calendário de 2000, no valor de R\$739.140,45 [...] e a exigibilidade do crédito tributário decorrente ficará suspensa, por força da Medida Liminar acima mencionada.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 247, art. 250, art. 251, art. 509 e art. 510 do Regulamento do Imposto de Renda constante no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR, de 1999).

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação, fls. 95-105, com as alegações a seguir sintetizadas.

Tece esclarecimentos sobre os fatos suscitando:

DOS FATOS [...]

Assim, serviu o Auto de Infração apenas para prevenção da decadência.

Entretanto, inobstante estar a exigibilidade do crédito suspensa, os fundamentos do AFRF não podem prosperar, porque totalmente legítimo o reconhecimento do expurgo inflacionário do Plano Verão.

Assim tal glosa não pode prosperar conforme será demonstrado a seguir. [...]

BREVE HISTÓRICO PROCESSUAL

A exigência fiscal contra a qual insurge-se a Impugnante, provém de lançamento decorrente de fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, na qual foi apurada suposta falta de recolhimento desse tributo, face ao procedimento adotado na ocasião da exclusão do Lucro Líquido para determinação do Lucro Real, correspondente ao resultado verificado pelo encontro dos valores credores e devedores decorrentes da diferença entre a variação do BTNF e do IPC do mês de janeiro de 1989, das contas do balanço patrimonial e dos valores registrados na Parte "B" do Livro de Apuração do Lucro Real naquela data.

Assim, a Impugnante propôs Mandado de Segurança distribuído sob nº 1.999.61.05.018370-6, visando a concessão de medida liminar determinando ao Delegado da Receita Federal de Campinas que se abstenha de praticar quaisquer medidas coercitivas, em especial lavratura de Auto de Infração, tendente à exigência da diferença resultante da implementação do ajuste correspondente ao diferencial de 70,28% relativamente ao mês de janeiro de 1.989, ou alternativamente, o percentual de 42,72% para o mês de janeiro de 1.989 e 10,14% para o mês de fevereiro de 1.989, nos cálculos de correção monetária de seu ativo permanente e patrimônio líquido no balanço do mês Calendário de Outubro de 1999, até ser julgada a questão definitivamente.

E, em 13 de janeiro de 2.000 foi concedida medida liminar, a qual encontra-se em vigor até a presente data, valendo transcrever trecho pertinente:

Destarte, DEFIRO A LIMINAR para determinar autoridade coatora que não aplique punições impetrante por incluir na demonstração financeira de janeiro e fevereiro de 1.989 os índices expurgados de 42,72% e 10,14%, respectivamente, até ulterior manifestação deste Juízo."

Assim, o procedimento adotado pela Impugnante, objeto desta autuação, está amparado judicialmente, pela liminar vigente, nos autos do processo nº 1.999.61.05.018370-6.

DO DIREITO

Na consecução ' de- seus objetivos sociais, a Impugnante, por ocasião da determinação do lucro líquido do balanço encerrado em 31.10.99, para efeito: de correção monetária de balanço (CMB), utilizou como indexador das demonstrações financeiras, o "BTNF", por força do artigo 2º da Lei 7799 de 10/66/80- face à extinção da OTN. [...]

Encerrado os estudos acerca do real indexador das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, restou evidenciado que, no caso concreto da Impugnante a irregularidade provocada pelo uso da OTN de janeiro de 1.989, aumentou indevidamente o lucro líquido (e consequentemente o lucro real) do balanço encerrado em 31/12/89, uma vez que à época, o seu patrimônio líquido era maior que o ativo permanente (saldo devedor de correção monetária de balanço), logo, o expurgo fez com que a despesa de correção monetária advinda da valorização do patrimônio líquido fosse menor que a correta.

Assim sendo a Impugnante possui direito líquido e certo, à vista da Lei das S/A (art. 186, parágrafo 1º) do Regulamento do Imposto de Renda (art. 219), das orientações emanadas da Receita Federal, de reconhecer no mês de Outubro do ano calendário de 1999, a parcela de correção monetária decorrente da diferença apurada entre a variação do BTNF e o IPC.

Sob este prima, a Impugnante procedeu a exclusão do Lucro Líquido para determinação - do Lucro Real, correspondente ao resultado verificado pelo encontro dos valores credores e devedores • decorrentes da diferença entre a .variação do 'BTNF e do IPC do mês de janeiro de 1989, das contas do balanço patrimonial e dos valores registrados na Parte "B" do Livro de Apuração do Lucro Real naquela data.

Ocorre que, apesar de a Impugnante haver buscado o amparo judicial para ver legitimado seu procedimento, que visou reconhecer a real inflação ocorrida no ano de 1989, e inclusive tendo decisão liminar favorável esta neste momento sofrendo penalidade por ter buscado a guarida judicial, sendo surpreendida com o Auto de Infração sob comento exatamente sobre o diferencial de correção monetária, objeto de Mandado de Segurança.

DO MÉRITO

A INFLAÇÃO E A CORREÇÃO MONETÁRIA DE BALANÇO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS [...]

Na contabilidade, a moeda, usada como denominador monetário (padrão de mensuração), em função da redução de seu poder de compra (perda de poder aquisitivo), causa profundas distorções nas demonstrações financeiras das empresas. Em vista disso, o direito, em economias inflacionárias, pode e deve criar mecanismos de defesa da moeda, de sorte que o lucro líquido em cada exercício social, e consequentemente o lucro real, bases de incidência do Imposto sobre a Renda e Contribuição Social sobre o Lucro, reflitam a realidade, sob pena de aniquilamento do patrimônio empresarial. [...]

Ora, o sistema de correção monetária do patrimônio líquido e do ativo permanente, cujo saldo é levado para o resultado do exercício (determinação do lucro), visa exatamente a recompor a perda do poder aquisitivo da moeda, impedindo com isto a tributação da renda fictícia.

Vale dizer, somente há renda, somente há lucro como base de incidência de tributos, se do resultado do exercício se expurgarem os efeitos da inflação real verificada no período.

Tece esclarecimentos minuciosos sobre a correção monetária em face da Lei nº 7.799, de 10 de junho de 1989, OTN, BTN, expurgos inflacionários, IPC, BTNF e do Plano Verão.

Menciona que:

A RECOMPOSIÇÃO DO PREJUÍZO DA IMPUGNANTE

Tendo em vista que o efeito da correção monetária de balanço de um período se projeta no seguinte e, assim, sucessivamente, no caso concreto da Impugnante a irregularidade provocada pelo uso da OTN de janeiro de 1989, aumentou indevidamente o lucro líquido (e consequentemente o lucro real) do seu balanço encerrado em 31/12/89, uma vez que, à época, o seu patrimônio líquido era maior que o ativo permanente (saldo devedor de correção monetária de balanço), logo o

expurgo fez com que a despesa de correção monetária, advinda da valorização do patrimônio líquido fosse menor que a correta.

Consciente da mentira contida nos parâmetros oficiais de correção monetária, especificamente aqueles já referidos, a Impugnante reconheceu contabilmente em seu balanço encerrado em 31/10/99 lançando os efeitos da diferença da correção monetária de janeiro de 1.989 na conta de Lucros Acumulados e abateu o diferencial de correção monetária em questão, das bases de cálculo dos impostos incidentes sobre o lucro e a renda em especial do Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro.

Defende a tese a respeito da ilegalidade do valor da OTN de janeiro de 1989, da ofensa aos princípios do direito adquirido, da irretroatividade, da igualdade, da capacidade contributiva e da estrita legalidade (Lei nº 7.799, de 10 de junho de 1989 e inciso XXXVI do art. 5º, art. 145 e art. 150, ambos da Constituição Federal).

Menciona que:

Assim sendo, demonstrado está o direito da Impugnante de ajustar com os índices inflacionários, reconhecendo-se os efeitos fiscais decorrentes da referida diferença. [...]

Conclui-se portanto que tanto o direito positivo quanto a jurisprudência estão fortemente tendentes a considerar, para efeito das relações civis, comerciais e tributárias, que deve ser reconhecido o diferencial de correção monetária expurgado dos índices oficiais.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo exposto e com base nos fatos, doutrina e jurisprudência pertinente aos pontos objeto da presente autuação, ora Impugnante, requer seja recebida a presente, para o fim de ser decretado o total cancelamento do Auto de Infração nº 13.839.000706/2005-83.

Apenas *ad argumentandum*, na hipótese de manutenção do auto de infração, requer-se a suspensão do presente processo administrativo até que ocorra a trânsito em julgado do processo judicial n. 1999.61.05.018370-6, em face da decisão proferida neste último que suspendem a exigibilidade do suposto débito tributário sob comento.

Está registrado como ementa do Acórdão da 5ª TURMA/DRJ/CPS/SP nº 05-23.441, de 24.09.2008, fls. 207-212:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propositura de ação judicial antes da lavratura do auto de infração, com o mesmo objeto, não obstaculiza a formalização do lançamento, mas impede a apreciação, pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento, das razões de mérito submetidas ao Poder Judiciário.

[...]

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os julgadores da 5ª Turma da DRJ Campinas, por unanimidade, em DEIXAR DE APRECIAR o mérito na parte em que há identidade com a matéria submetida ao Poder Judiciário e no mais JULGAR PROCEDENTE o lançamento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Consta no Voto condutor:

Saliente-se que os elementos de defesa aduzidos para o Auto de Infração, são os mesmos constantes no processo 13839.002309/2004-65 e que já foi julgado pela 4ª Turma de Julgamento desta mesma DRJ em 17/03/2005, mediante Acórdão DRJ/CPS nº 8.987, o qual se junta aos autos às folhas [193-198].

No presente voto, compartilha-se do entendimento daquela turma, no qual se manifestou conforme transcrição abaixo:

"Verifica-se que a contribuinte, previamente, recorreu ao Poder Judiciário para ter reconhecido o direito de proceder a incidência contábil, no balanço encerrado em 31.10.1999, do diferencial de correção monetária de janeiro de 1989, no percentual de 70,28% ou, alternativamente, no percentual de 42,72% e 10,14%, referente, respectivamente, aos meses de janeiro e de fevereiro de 1989, nos cálculos de correção monetária de seu ativo permanente e patrimônio líquido e, consequentemente, apropriada a diferença para fins fiscais na determinação da base de cálculo de todos os tributos incidentes sobre a renda, especialmente o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e a Contribuição Social sobre o Lucro.

É o que noticia a cópia da petição inicial de fls. 08/47 e da liminar de fls. 06/07, concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.05.018370-6. Conforme certidão de fls. 54 e consulta de fls. 132, referido processo judicial encontra-se ainda pendente de julgamento.

Desse modo, resta configurado um óbice intransponível na apreciação administrativa das razões da impugnação relativas a tais matérias.

Com efeito, a via administrativa não é o foro competente para discussão de inconstitucionalidade de lei, matéria de competência do Poder Judiciário por força do próprio texto constitucional. Ademais, a via judicial é uma opção adotada pela contribuinte no seu livre exercício de escolha.

À medida em que a interessada opta pela via superior, não se torna mais disponível a via administrativa o exame do direito reclamado, face o princípio esculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Assim sendo, e em face da supremacia hierárquica da esfera judicial, torna-se prejudicado o apelo impugnatório, posto que, a teor do parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, e do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830, de 1980, a propositura de ação judicial por parte da contribuinte importa em renúncia ou desistência da via administrativa, entendimento esse contido no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de 1996, ao dispor:

"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 renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto; "(negretou-se)

Impõe-se, nesse caso, proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida, conforme preleciona o mesmo ADN COSIT nº03, de 1996:

"c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN; " (grifou-se)"

Quanto ao pedido de cancelamento do auto de infração, importa registrar que a discussão judicial e correspondente decisão não definitiva, ainda que hábil a antecipar os efeitos da pretensão do contribuinte, não representam obstáculo à formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, o qual, consoante o art. 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuar-lo, mesmo estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Sobre o assunto, no sentido de ilustrar tal posicionamento, podemos citar trecho do voto do Ex.mo. Sr. Juiz Relator Ari Pargendler, em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em sede de Agravo de Instrumento - Processo n.º 91.04.03398-1:

Na espécie, portanto, a agravada poderia ter corrigido monetariamente as contas de seu balanço pelo índice que lhe aprouvesse, independentemente de provimento judicial, desde que se sujeitasse a eventual lançamento "ex-officio" por diferenças que o fisco entendesse devidas. Mas ela não quer se ver nessa contingência, e então propôs a presente ação, obtendo liminarmente a sustação do lançamento suplementar. Até aí não vai o poder cautelar do Juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal, subordinado ao contraditório, que não importa dano algum para o contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiam em nosso ordenamento jurídico ("*solve et repete*", depósito da quantia controvertida, etc.). A imposição nele contida pode ser ilegal, mas a pretexto disso não se deve tolher a constituição do crédito tributário, resultado de um procedimento que a Administração Pública está vinculada por lei... (destaques acrescidos) [...]

Não obstante, é de se ressaltar que a referida liminar foi expressamente cassada em 29/11/2006, conforme se vê em consulta ao sítio da Justiça Federal de 1º Grau em São Paulo, [fl. 201], o que restabelece a exigibilidade do crédito tributário se o contribuinte não possuir outra medida judicial eficaz que suspenda a exigência do crédito tributário lançado de ofício.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer da impugnação, deixar de apreciar o mérito na parte em que há identidade com a matéria submetida ao Poder Judiciário, e no mais julgar procedente o lançamento.

Notificada em 11.11.2008, fl. 217, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 09.12.2008, fls. 219-268, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade, inclusive a tempestividade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge e reitera os argumentos apresentados na peça impugnatória.

Acrescenta que:

DOS FATOS [...]

Entretanto, os fundamentos do AFRF não podem prosperar, porque totalmente legítimo o reconhecimento do expurgo inflacionário do Plano Verão.

Assim tal glosa não pode prosperar conforme será demonstrado a seguir. [...]

BREVE HISTÓRICO PROCESSUAL

A exigência fiscal contra a qual insurge-se a Impugnante, provém de lançamento decorrente de fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, na qual foi apurada suposta falta de recolhimento desse tributo, face ao procedimento adotado na ocasião da exclusão do Lucro Líquido para determinação do Lucro Real, correspondente ao resultado verificado pelo encontro dos valores credores e devedores decorrentes da diferença entre a variação do BTNF e do IPC do mês de janeiro de 1989, das contas do balanço patrimonial e dos valores registrados na Parte "B" do Livro de Apuração do Lucro Real naquela data.

Assim, a Impugnante propôs Mandado de Segurança distribuído sob nº 1.999.61.05.018370-6, visando a concessão de medida liminar determinando ao Delegado da Receita Federal de Campinas que se abstenha de praticar quaisquer medidas coercitivas, em especial lavratura de Auto de Infração, tendente à exigência da diferença resultante da implementação do ajuste correspondente ao diferencial de 70,28% relativamente ao mês de janeiro de 1.989, ou alternativamente, o percentual de 42,72% para o mês de janeiro de 1.989 e 10,14% para o mês de fevereiro de 1.989, nos cálculos de correção monetária de seu ativo permanente e patrimônio líquido no balanço do mês Calendário de Outubro de 1999, até ser julgada a questão definitivamente.

DO DIREITO DA INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA — IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA

O v. acórdão ao manter o lançamento exarou a existência de discussão do tema na esfera judicial (Processo n.º 1999.61.05.018370- 6). Salientou que o fato da empresa ter optado pela via judicial seria "óbice intransponível na apreciação administrativa das razões da impugnação relativas a tais matérias".

Contudo, a Recorrente, procurando resguardar seus direitos, e, prevendo a repúbia da Autoridade Administrativa ao procedimento adotado, buscou amparo judicial, via mandado de segurança preventivo, contra eventual ato lesivo ao seu direito, tendo tal ação sido impetrada em 1999, ou seja, 3 anos antes do Auto de Infração em tela. [...]

No caso vertente, a impetração preventiva da segurança se deu por necessária na medida em que a Recorrente utilizou-se de direito líquido e certo para apropriar-se do diferencial do BTNF para o IPC, diferença de correção monetária do mês de janeiro/1989, no ano de outubro de 1999.

Ciente de que o Fisco poderia não aceitar tal procedimento, como no caso realmente não aceitou, buscou à Recorrente a segurança esfera judicial. [...]

A hipótese da Recorrente era exatamente essa, aguardar o constrangimento de ser autuada e ter todas aquelas complicações inerentes aos contribuintes "supostamente" inadimplentes ou então socorrer-se do Judiciário pleiteando direito seu? A ora Recorrente optou pela segunda hipótese, ou seja, instaurou a via judicial

pleiteando resguardar direito seu, não discutindo em momento algum o mês calendário de Outubro 1999, mais sim o direito à utilização do expurgo inflacionário.

Contudo, a Autoridade Julgadora singular entendeu que no caso em pauta teria ocorrido tal renúncia à esfera administrativa.

Com efeito, ocorre a renúncia à esfera administrativa quando a matéria relativa aos dois processos, leia-se administrativo e judicial, são idênticas, o que certamente não ocorre no caso em testilha. [...]

Da singela leitura do v. acórdão recorrido é possível perceber que o nobre julgador analisou a questão sob o prisma do ingresso ao judiciário, considerando a impetração e desconsiderando o objeto do lançamento (mês calendário 10/1999) e que em momento algum resta discutido no Judiciário tal ponto.

Ora [...], a simples transcrição da ementa do acórdão paradigma citado, por si só, já bastaria para configurar o equívoco praticado pelo v. acórdão recorrido, vez que a jurisprudência deste Egrégio Conselho estabelece: "A propositura de mandado de segurança antes da caracterização do lançamento tributário e especialmente na ausência da medida liminar que o inibisse não obsta A discussão do Auto de Infração na esfera administrativa.",

Assim, como a Ação Judicial é de 1999 e não se discute na mesma nenhuma autuação, nem tão pouco o mês calendário de 1999, como debatido no Auto de Infração, então tem-se pela impossibilidade de renúncia, [...].

Como se vê, a ação judicial ajuizada em momento anterior ao procedimento administrativo não é empecilho para o conhecimento do tema no âmbito administrativo e o julgamento do mérito. [...]

Desta feita, a renúncia à via administrativa pela via judicial somente poderia ocorrer após a existência do lançamento tributário e depois de instaurado o procedimento administrativo, nunca antes como no caso concreto, sendo forçoso às Autoridades Administrativas analisarem a matéria de mérito do presente recurso, motivo pelo qual merece integral provimento o presente recurso voluntário para que este Colendo Conselho de Contribuintes determine o retorno dos autos à instância *a quo*.

Ad argumentandum, ao admitirmos que um contribuinte tenha reconhecido seu direito de defesa na esfera administrativa e outro contribuinte, na mesma situação fática, não tenha reconhecido esse direito, certamente estaríamos fazendo tábula rasa do princípio constitucional da igualdade contemplado na Carta Magna, por isso o equívoco praticado pelo v. acórdão ao não analisar os argumentos lançados na Impugnação Administrativa anteriormente protocolizada. [...]

Tece esclarecimentos sobre o princípio da verdade material, que informa o processo administrativo fiscal. Ainda traz explicações sobre a inflação, a correção monetária de balanços inclusive de 1989, as demonstrações financeiras (Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, Lei nº 7.777, de 19 de junho de 1989, Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989 e Lei nº 8.200, de 28 de junho de 1991).

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Por todo exposto, considerados todos os argumentos acima, seja julgado procedente o Recurso Voluntário para afastar a renúncia esfera administrativa, determinando o retomo dos autos à Instância *a quo*, para esta analisar o mérito da presente demanda, aferindo a legalidade e a legitimidade da legislação que embasou o lançamento e o Auto de Infração em testilha.

No mérito, ultrapassada a questão preliminar acima, a Recorrente requer a este Egrégio Conselho de Contribuintes o conhecimento e o integral provimento do presente Recurso Voluntário, com a conseqüente reforma da decisão de primeiro grau, a fim de que seja integralmente reconhecido o direito da Recorrente de proceder exclusão das parcelas de correção monetária decorrentes da diferença verificada entre o IPC e o BTNF por ocasião da implementação do denominado Plano Verão, e, por conseqüência, anulado o Auto de Infração em tela.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente diz que nos presentes autos não há concomitância entre o objeto do lançamento de ofício e o objeto do Mandado de Segurança nº 1.999.61.05.018370-6 junto a 4ª Vara de Campinas da Justiça Federal e por essa razão deve ser afastada a renúncia à instância administrativa e desistência do recurso interposto.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição prevê que a lei não pode excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, como também não pode prejudicar a coisa julgada, entendida como a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial decorrente do esgotamento dos recursos eventualmente cabíveis. Nesse sentido, a decisão definitiva exarada em processo administrativo fiscal não tem força de coisa julgada, dada a sua suscetibilidade de revisão pelo Poder Judiciário.

Por esta razão, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial¹, de acordo com o enunciado da Súmula CARF nº 1.

¹ Fundamentação legal: inciso XXXV e inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, art. 78 do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 1.

No Mandado de Segurança 1999.61.05.018370-6/SP (Apelação Cível) consta a seguinte decisão de segundo grau² 3:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. IRPJ. CSLL. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 7.799/89. DECADÊNCIA AFASTADA. AMEAÇA OU JUSTO RECEIO CARACTERIZADOS. ART. 515 DO CPC. IMPETRAÇÃO EM DEZEMBRO/1999. DECRETO Nº 20.910/32. PRAZO QUINQUENAL. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA.

1. Inaplicável o prazo peremptório estabelecido no art. 18 da Lei nº 1.533/51 quando o mandamus tem caráter preventivo, como é o caso, ajuizado em face da ameaça da prática de ato administrativo fiscal (lançamento ou inscrição do crédito tributário). Precedentes da E. 1ª Seção do STJ: EREsp 434838/SP, Min. Humberto Martins, j. 23/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 220; EREsp 546259/PR, Min. Teori Albino Zavascki, j. 24/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 199; EREsp 467653/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12/05/2004, DJ 23/08/2004, p. 115.

2. Encontra-se presente a ameaça ou justo receio da impetrante de vir a ser autuada pela autoridade competente, justificando-se, assim, a utilização da via mandamental, que se mostra necessária e útil (adequada) para proteção de seu pretensão direito, nos termos do art. 1º, da Lei nº 1.533/51.

3. Aplicável o disposto no art. 515, do CPC.

4. Através do mandado de segurança impetrado em dezembro/1999, a impetrante visa o reconhecimento do direito à aplicação de índice de correção monetária que entende devido, referente a janeiro e fevereiro de 1.989, no balanço encerrado em 31/10/1999. Em se tratando de pretensão escritural, cabível a aplicação do disposto no art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, cujo teor determina que qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originou.

5. Assim, superado em muito o prazo quinquenal, há de ser reconhecida a ocorrência da prescrição.

6. Apelação parcialmente provida. Preliminar de prescrição arguida em contra-razões acolhida. Extinção do processo com resolução do mérito (CPC, 269, IV).

² Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/131513>>. Acesso em: 17 jul.2014.

³ Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA:40

Nº de Série do Certificado: 4435AAF4

Data e Hora: 14/08/2009 19:44:33

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, tão-somente para afastar a decadência da impetração do mandado de segurança, e com fulcro no art. 515, do CPC, acolher a preliminar de prescrição arguida em contra-razões, julgando extinto o processo com resolução do mérito (CPC, 269, IV), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de agosto de 2009.

Consuelo Yoshida Desembargadora Federal

[...]

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de apelação em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de assegurar o reconhecimento contábil no balanço encerrado em 31/10/1999 da diferença de correção monetária de janeiro de 1.989, no percentual de 70,28%, ou, alternativamente, no percentual de 42,72%, bem como da diferença de 10,14%, relativo ao mês de fevereiro de 1.989, de forma a ser autorizada a apropriação de tais índices para fins fiscais na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, afastando-se eventuais atos ou sanções contra a impetrante pela utilização de tal procedimento.

A liminar foi deferida.

O r. juízo a quo denegou a segurança, sob o fundamento de que ultrapassado o prazo de decadência em relação ao direito líquido e certo supostamente existente.

Apelou a impetrante, aduzindo, em síntese, que se trata de mandado de segurança preventivo, através do qual objetiva evitar um ato coator que ainda não se concretizou, pois a exigência dos tributos que deixaram de ser recolhidos decorre da lei e a atividade da autoridade coatora é vinculada e obrigatória, sendo indubitável a ameaça e o justo receio de lesão; que também não ocorreu a prescrição do direito de utilizar o expurgo praticado em 1.989 na correção monetária de balanço do ano de 1.999, pois, no caso, sequer foi afastada a presunção de legalidade da norma impugnada, qual seja, o art. 30 da Lei nº 7.799/89.

Em contra-razões, a apelada argúi, preliminarmente, a prescrição, com base no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Após, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento da apelação.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, inciso VII, do Regimento Interno desta C. Corte.

É o relatório.

Consuelo Yoshida Desembargadora Federal

[...]

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

No caso, a apelante impetrou o mandado de segurança com o objetivo de assegurar o reconhecimento contábil no balanço encerrado em 31/10/1999 da diferença de correção monetária de janeiro de 1.989, no percentual de 70,28%, ou, alternativamente, no percentual de 42,72%, bem como da diferença de 10,14%, relativo ao mês de fevereiro de 1.989, de forma a ser autorizada a apropriação de tais índices para fins fiscais na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, afastando-se eventuais atos ou sanções contra a impetrante pela utilização de tal procedimento.

O art. 18 da Lei nº 1.533/51 dispõe que o direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

O E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da fixação de prazo decadencial para a utilização da via mandamental, entendimento expresso na Súmula nº 632.

Entretanto, na presente hipótese deve ser afastada a decadência do direito à impetração do mandado de segurança. É de ser desconsiderado, por inaplicável, o prazo peremptório estabelecido no art. 18 da Lei nº 1.533/51 quando o mandamus tem caráter preventivo, como é o caso, ajuizado em face da ameaça da prática de ato administrativo fiscal (lançamento ou inscrição do crédito tributário).

Nesse sentido:

Em matéria tributária há um permanente estado de ameaça gerada pela potencialidade objetiva da prática de ato administrativo dirigido ao contribuinte, surgindo o fato que enseja a incidência da lei ou de outra norma, questionadas quanto à sua validade jurídica. O lançamento ou inscrição do crédito tributário como dívida ativa, de regra, é que concretizam a ofensa ao direito líquido e certo. (...), antecedentemente não se pode fincar o início do prazo decadencial para a impetração preventiva do MS (LMS 18) (STJ, 1ª T., Resp 90966-BA, rel. Min. Milton Luiz Pereira, 20.03.1997 v.u., DJU 28.04.1997, p. 15813). (Nelson Nery Jr. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 5.ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 2385).

Tal entendimento restou consolidado pela E. 1ª Seção do Superior Tribunal, ao tratar de idêntica matéria a que se refere os presentes autos, conforme os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA - CORREÇÃO MONETÁRIA DE BALANÇO DO ANO DE 1989 - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - NÃO-INCIDÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL.

1. A Primeira Seção desta Corte firmou entendimento de que não incide o prazo decadencial de 120 dias em mandado de segurança relativo à correção monetária de demonstrações financeiras que se renova a cada ano.

Embargos de divergência improvido.

(EResp 434838/SP, Min. Humberto Martins, j. 23/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 220)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DE 1989. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ DO ANO DE 1992. MANDADO DE SEGURANÇA. NATUREZA PREVENTIVA.

1. Consolidou-se a jurisprudência da Primeira Seção no sentido de que o mandado de segurança objetivando evitar eventual atuação fiscal tendente a desconsiderar a dedução do saldo de correção monetária das demonstrações financeiras do ano de 1989, na apuração da base de cálculo do IRPJ dos anos subsequentes, apresenta nítido caráter preventivo, não se voltando contra lesão a direito já ocorrida. (ERESP 467.653/MG, Min. Eliana Calmon, DJ de 23.08.2004)

2. Sendo o mandado de segurança preventivo, não se aplica o prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533/51. 3. Embargos a que se dá provimento.

(EResp 546259/PR, Min. Teori Albino Zavascki, j. 24/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 199)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO - CABIMENTO DO WRIT PREVENTIVO.

1. Para que haja a impetração do mandado de segurança preventivo, não é necessário esteja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei questionada, bastando que tal situação esteja acontecendo, vale dizer, que tenha sido iniciada a sua efetiva formação ou pelo menos estejam concretizados fatos dos quais logicamente decorre o fato gerador do direito cuja lesão é temida.

2. Em mandado de segurança relativo a matéria tributária é imprescindível distinguir-se lesão de ameaça, pois tem-se

admitido, a partir da mera presunção jurídica da aplicabilidade da lei, a impetração do mandado de segurança preventivo contra lei que, sem validade jurídica, cria ou aumenta tributo, utilizando-se raciocínio simplista de que a lei em si mesma já se traduz no ato impugnável e é a partir de sua vigência que deve se contar o prazo do extinção do mandamus, sem se levar em conta a ocorrência efetiva ou provável ocorrência da situação de fato que levará à incidência da norma, e que ensejará, assim, respectivamente, a impetração corretiva ou preventiva.

3. A tese jurídica discutida reporta-se a fato ocorrido em 1989, pela aplicação da Lei 7.799/89, quando foi usado índice de correção monetária no balanço daquele ano-base, tendo a ilegalidade se protraído no tempo, atingindo as empresas em 1992, quando apuraram resultado positivo e, portanto, tributável, sendo cabível, assim, a utilização do mandado de segurança preventivo, não atingido pela decadência.

4. Embargos de divergência providos.

(EResp 467653/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12/05/2004, DJ 23/08/2004, p. 115)

Dessa forma, com fulcro no art. 515, do CPC, passo, então, à análise do feito.

É de se acolher a preliminar de prescrição pela apelada.

Trata-se de mandado de segurança impetrado em dezembro/1999, através do qual a impetrante visa o reconhecimento do direito à aplicação de índice de correção monetária que entende devido, referente a janeiro e fevereiro de 1.989, no balanço encerrado em 31/10/1999.

Em se tratando de pretensão escritural, cabível a aplicação do disposto no art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, cujo teor determina que qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originou.

Assim, superado em muito o prazo quinquenal, há de ser reconhecida a ocorrência da prescrição.

Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA DE BALANÇO.

1. Mandado de segurança preventivo visando a evitar a autuação fiscal pela utilização do BTNF no balanço de 1989. Writ impetrado em 1998. Pretensão de correção monetária que não se confunde com pleito de repetição de indébito. Aplicação analógica do entendimento sedimentado de que tratando-se de pretensão escritural embutida em mandado de segurança, a prescrição é quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32. (Precedentes: REsp 530064/SC, Relatora Ministra

Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 05.09.2005; e REsp 554877/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 23.05.2005).

2. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial.

(1ª Turma, AgRg no REsp 677655/PE, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j.

20/10/2005, DJ 28/11/2005, p. 203)

Em face de todo o exposto, dou parcial provimento à apelação, tão-somente para afastar a decadência da impetração do mandado de segurança, e com fulcro no art. 515, do CPC, acolho a preliminar de prescrição arguida em contra-razões, e julgo extinto o processo com resolução do mérito (CPC, 269, IV).

É como voto.

Consuelo Yoshida Desembargadora Federal

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 e, conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada, em conformidade com o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 3, 14 de fevereiro de 1996.

Há que se averiguar se a ação via judicial tem o mesmo objeto do processo administrativo.

Assim, a Recorrente optou por discutir na via judicial a seguinte matéria:

No caso, a apelante impetrou o mandado de segurança com o objetivo de assegurar o reconhecimento contábil no balanço encerrado em 31/10/1999 da diferença de correção monetária de janeiro de 1.989, no percentual de 70,28%, ou, alternativamente, no percentual de 42,72%, bem como da diferença de 10,14%, relativo ao mês de fevereiro de 1.989, de forma a ser autorizada a apropriação de tais índices para fins fiscais na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, afastando-se eventuais atos ou sanções contra a impetrante pela utilização de tal procedimento.

O lançamento de ofício se fundamenta:

001 - GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE
SALDOS DE PREJUÍZOS INSUFICIENTES

Glosa de valores compensados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, a título de prejuízo(s) fiscal(is) apurado(s) em período(s)-base anterior(es), tendo em vista a insuficiência de saldos apurados e informados nas respectivas declarações de períodos anteriores.

O saldo de prejuízos acumulados existentes no sistema SAPLI até 31/12/1998 era de R\$60.214,74 [...], que foi totalmente compensando no processo administrativo fiscal nº 13839.002309/2004-65, por meio de Auto de Infração emitido com suspensão da exigibilidade por força de Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 1999.61.05.018370-6 da 4ª Vara Federal em Campinas (art. 151, incisos II e IV do CTN).

Em decorrência de glosa fiscal efetuada no referido auto de infração, o prejuízo fiscal do ano-calendário de 1999 apurado pelo contribuinte, no valor de R\$739.140,46, converteu-se em lucro real tributável, sobre o qual foi feito o lançamento tributário acima referido.

Cotejando o objeto da ação judicial e objeto do lançamento, pode-se verificar que não são os mesmos. Cabe assim, nessa segunda instância de julgamento, o reexame das matérias constantes no recurso voluntário, porque não se caracterizou a sua desistência.

No Acórdão da 5ª TURMA/DRJ/CPS/SP nº 05-23.441, de 24.09.2008, fls. 207-212, consta:

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os julgadores da 5ª Turma da DRJ Campinas, por unanimidade, em DEIXAR DE APRECIAR o mérito na parte em que há identidade com a matéria submetida ao Poder Judiciário e no mais JULGAR PROCEDENTE o lançamento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Nos presentes autos não há renúncia às instâncias administrativas atinente ao presente processo e por essa razão fica descaracterizada a preliminar de igualdade de objetos entre o lançamento de ofício e a decisão judicial. Afastada a renúncia à instância administrativa pela evidência da não identidade de objeto com a ação judicial, tem cabimento o exame do mérito da impugnação apresentada em face do lançamento ofício pela autoridade de primeira instância de julgamento no que se refere à matéria diferenciada.

Por essa razão os autos devem retornar à autoridade de primeira instância de julgamento para apreciar o mérito do litígio em relação à matéria diferenciada, ou seja, em relação tão-somente à glosa de prejuízo fiscal compensado indevidamente, tendo em vista a verificação de saldo insuficiente nos sistemas internos da RFB.

Ressalte-se que, nesse sentido, fica afastada a possibilidade de reexame do referido saldo de prejuízo fiscal acumulado existente no sistema SAPLI até 31.12.1998, que foi totalmente compensando no processo administrativo fiscal nº 13839.002309/2004-65, “por meio de Auto de Infração [lavrado] com suspensão da exigibilidade por força de Medida Liminar concedida [na ação judicial de] nº 1999.61.05.018370-6 [ajuizada junto a] 4ª Vara Federal em Campinas”.

Em assim sucedendo, voto por dar provimento em parte ao recurso voluntário para determinar o retorno dos autos à autoridade de primeira instância de julgamento para apreciar o mérito do litígio em relação à matéria diferenciada.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

Processo nº 13839.000706/2005-83
Acórdão n.º **1803-002.275**

S1-TE03
Fl. 343

CÓPIA