MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº. : 10670.001254/99-74
Recurso nº. : 124.441
Matéria : IRPJ – Ano: 1995
Recorrente : ASAMAR S/A
Recorrida : DRJ - JUIZ DE FORA/MG
Sessão de : 22 de março de 2001
Acórdão nº. : 108-06.445

AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO- A pronúncia sobre o mérito de auto de infração, objeto de contraditório administrativo, fica inibida quando, *simultaneamente*, foi submetido ao crivo do Poder Judiciário. A decisão soberana e superior do Poder Judiciário é que determinará o destino da exigência tributária em litígio.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por ASAMAR S/A.

Acordam os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso, face a opção pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

NELSON LOSSO FILHO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 ABR 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, TÂNIA KOETZ MOREIRA, JOSÉ HENRIQUE LONGO, MARCIA MARIA LORIA MEIRA e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.

Processo nº. : 10670.001254/99-74
Acórdão nº. : 108-06.445

Recurso nº : 124.441
Recorrente : ASAMAR S/A

RELATÓRIO

Contra a empresa Asamar S/A., foi lavrado auto de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, fls. 01/05, por ter a fiscalização constatado a seguinte irregularidade, em revisão sumária da declaração de rendimentos, descrita às fls. 02 do auto de infração.

"Compensação de prejuízo fiscal na apuração do lucro real superior a 30% do lucro real antes das compensações e compensação a maior do saldo de prejuízo fiscal na apuração do lucro real" – infrações detectadas nos meses de março a maio e julho a setembro de 1995.

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação em cujo arrazoado de fls. 94/106 alega em apertada síntese o seguinte:

1- em preliminar, que não deve ser conhecido o auto de infração, porque impetrou perante a 12ª Vara Federal de Belo Horizonte ação de Mandado de Segurança, Processo nº 95.0004298-3, onde discute a limitação da compensação do prejuízo fiscal em 30% do lucro real;

2- obteve liminar e a referida ação se encontra atualmente no aguardo de julgamento de Recurso de Apelação;

3- por estar o objeto da presente ação fiscal submetido ao exame soberano do Poder Judiciário, tal questão está fora do alcance da apreciação na esfera administrativa;

4- transcreve ementa de acórdão desta Câmara para reforçar seu entendimento e conclui que falece total competência à Delegacia de Julgamento e ao

Conselho de Contribuintes para a pronúncia sobre o mérito da presente autuação, visto estar a mesma sob o crivo do Poder Judiciário;

5- no mérito, alega afronta a princípios constitucionais, que torna flagrantemente inconstitucional os artigos das leis nº 8.981/95 e 9.065/95 que versam a respeito do limite de compensação de prejuízos fiscais;

6- a MP nº 812/94, convertida na lei nº 8.981/95, é ilegal, no que diz respeito à compensação integral dos prejuízos fiscais, sua limitação a 30% do lucro líquido ajustado, com infringência aos princípios constitucionais da irretroatividade e do direito adquirido, com violação, ainda, das definições estampadas no art. 43 do CTN, relativas ao conceito de renda;

7- está configurado um verdadeiro empréstimo compulsório ao ser efetuada esta limitação, sem ter sido respeitada as condições para sua exigência.

Em 04/09/2000 foi prolatada a Decisão nº 1173/2000, fls. 123/130, onde a Autoridade Julgadora "a quo" considerou procedente o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

> *"Prejuízo Fiscal. Compensação. A partir do ano-calendário de 1995, os prejuízos fiscais ocorridos em períodos-bases anteriores somente podem ser compensados com o lucro líquido, ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação tributária de regência, até o limite de 30% (trinta por cento) do referido lucro ajustado.*
> *Processo Administrativo Fiscal*
> *Inconstitucionalidade. Argüição. A autoridade administrativa não possui competência para apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa unicamente ao Poder Judiciário.*
> *Normas de Administração Tributária*
> *Concomitância entre processo administrativo e judicial. Somente a concessão de liminar em Mandado de Segurança e o depósito do montante integral suspendem a exigibilidade do crédito tributário, quando o contribuinte procura a via judicial. Outras medidas jurídicas, como Recurso de Apelação, apresentado em ação judicial com sentença desfavorável ao contribuinte, não foram contempladas pelas legislação tributária.*
> *Lançamento Procedente."*

Cientificada em 19/09/2000, AR de fls. 135, e novamente irresignada com a decisão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário, em cujo arrazoado de fls. 136 a 154, repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, agregando ainda:

1- sua contrariedade pela decisão de primeira instância não conhecer de todos os pontos de sua impugnação, não podendo a autoridade se esquivar do dever de julgar, devendo toda matéria constante da impugnação ser examinada, no resguardo da garantia da ampla defesa;

2- cita entendimento deste Conselho no sentido de que não há impedimento para a constatação de inconstitucionalidade de norma pelas autoridades administrativas federais.

Constam das fls. 108 e 115/122 cópia da sentença em que foi denegada a segurança e cassada a liminar e tela de remessa ao TRF da 1ª RF de Apelação no Mandado de Segurança, não julgada até a data da lavratura do auto de infração.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro NELSON LÓSSO FILHO - Relator

O recurso é tempestivo, levando-se em consideração a data de sua postagem constante do envelope de fls. 159.

A autuação teve como fundamento a insuficiência de recolhimento de Imposto de renda, motivada pela falta de cumprimento pela empresa do limite de compensação de prejuízo fiscal previsto no art. 42 da Lei 8.981/95, com a nova redação dada pelo art. 15 da Lei nº 9.065/95, assim redigido:

> "Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995 poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado."
> Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante do prejuízo fiscal utilizado para a compensação."

Da análise dos autos, vejo que não posso concordar com os fundamentos da decisão singular para tomar conhecimento da impugnação apresentada pela empresa, sob o argumento de que só em relação aos créditos com a exigibilidade suspensa por liminar em mandado de segurança é que ocorreria concomitância entre o processo administrativo e judicial, porque, com base na lei n.º 6.830/80, art. 38, parágrafo único, c/c art. 1º , § 2º, do decreto-lei n.º 1.737/79, a propositura de ação judicial importa na renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, independentemente da suspensão ou não do crédito tributário.

É pacífico o entendimento deste Conselho quanto a possibilidade da lavratura de auto de infração para a constituição de crédito tributário, mesmo estando diante de medida judicial. Neste sentido já orientava em 1993 o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGNF/CRJN n.º 1.064/93, cujas conclusões aqui transcrevo:

> *"a) nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver sido, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do art. 142 e respectivo parágrafo único, do Código Tributário Nacional."*

Visa o lançamento prevenir decadência do direito da Fazenda Nacional quanto ao crédito tributário, ficando sua exigibilidade adstrita ao tipo de ação impetrada junto ao Poder Judiciário. Caso haja liminar concedida em mandado de segurança, ficará suspensa a exigência do crédito tributário lançado, conforme estabelecido no art. 151, IV do CTN.

No caso, o litígio sobre a limitação de 30% para a compensação do prejuízo fiscal com o lucro real, conforme previsão da Lei nº 8.981/95, teve sua esfera deslocada para o exame pelo Poder Judiciário, não podendo dele conhecer a esfera administrativa, que junto com a recorrente devem curvar-se à decisão daquele órgão.

Sobre o assunto transcrevo texto de Seabra Fagundes no seu livro O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário:

> *"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.*
>
> .....
>
> *55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o*

> *processo executório. Há , portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força. " (Editora Saraiva – 1984 – pag. 90/92)*

Consoante enunciado do Inciso XXXV, do art. 5º do nosso Estatuto Supremo, "a lei não poderá excluir à apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito".

Destarte, mesmo relativamente à decisão administrativa irreformável pode-se impor o controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Amilcar de Araújo Falcão, sobre o tema sublinhou:

> *"Mesmo aqueles que sustentam a teoria da chamada coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de res judicata propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, quando ocorresse, sob o nome de irretratabilidade."* (Apud Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles - Malheiros - 19ª ed. - p. 584).

Nesse mesmo sentido, preleciona o inolvidável administrativista Hely Lopes Meirelles:

> *"A denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam the final enforcing power e que traduz livremente como o poder conclusivo da justiça comum."* (Op. Cit. p. 584).

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em parecer exarado no processo nº 25.046, de 22/09/78 (DOU de 10/10/78), onde se conclui pela

impossibilidade de conhecer o mérito do litígio administrativo, quando objeto de contraditório na via judicial, assentou o seguinte entendimento:

> *"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.*
> *33.Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo, diretamente.*
> *34.Assim sendo, a opção pela via judicial importa, em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado."*
> *35.....*
> *36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim."*

Ao aprovar o citado parecer, o Dr. Cid Heráclito de Queiroz, à época sub-procurador-geral da Fazenda Nacional, agregou as seguintes considerações:

> *"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente à 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 inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal de 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."*

A própria Secretaria da Receita Federal, através do Ato Declaratório Normativo - CST nº 03 - DOU de 15/02/96 - com fundamento nas conclusões do referido parecer, orienta o julgador da primeira instância administrativa a não conhecer de matéria litigiosa submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Vejo que o art. 38 da lei nº 6.830/80 ditou normas no sentido de que a dívida ativa da União somente pode ser discutida na esfera judiciária por meio de ação de execução fiscal e seus embargos, possibilitando a utilização de mandado de segurança, ação de repetição de indébito e ação anulatória da dívida. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo determina que o uso pelo contribuinte de qualquer uma dessas ações importará em renúncia ao direito de interposição de contestação na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto, "in verbis":

> *"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.*
> *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."*

Das lições anteriormente apresentadas, concluo que não cabe a este Tribunal Administrativo se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia sujeita ao julgamento do Poder Judiciário.

Assim, pelos fundamentos expostos, voto no sentido de não conhecer do recurso de fls. 136/154.

Sala das Sessões (DF) , em 22 de março de 2001

NELSON LÓSSO FILHO