



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº. : 10825.000965/99-01
Recurso nº. : 124.282
Matéria : IRPJ – Ano: 1995
Recorrente : SAMPAIO GÓES S/A COMERCIAL IMPORTADORA
Recorrida : DRJ - RIBEIRÃO PRETO /SP
Sessão de : 05 de dezembro de 2000
Acórdão nº. : 108-06.310

IRPJ - 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.

IRPJ – AÇÃO JUDICIAL– EXIGÊNCIA DE MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA - Incabível a imposição de multa de ofício quando comprovado estar a contribuinte sob o pálio de decisão judicial favorável recorrível, visto que não se pode imputar ato ilícito àquele que exercendo seus direitos procura a proteção do Poder Judiciário e deste recebeu proteção, mesmo que provisória. Os juros de mora independem de formalização por meio de lançamento e serão devidos sempre que o principal estiver sendo recolhido a destempo, salvo a hipótese de depósito do montante integral.

IRPJ– INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe a este Conselho negar vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo.

TAXA SELIC – JUROS DE MORA – PREVISÃO LEGAL - Os juros de mora são calculados pela Taxa Selic desde janeiro de 1997, por força da Medida Provisória nº 1.621. Cálculo fiscal em perfeita adequação com a legislação pertinente.

Recurso conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por SAMPAIO GÓES S/A COMERCIAL IMPORTADORA

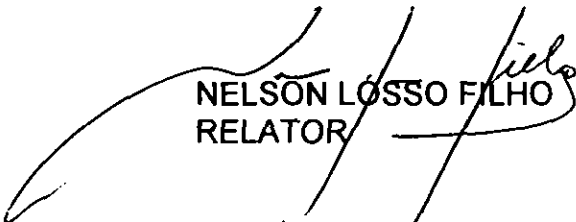
ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONHECER em parte do recurso para

Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



NELSON LÓSSO FILHO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 5 MAR 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. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

Recurso nº. : 124.282
Recorrente : SAMPAIO GÓES S/A COMERCIAL IMPORTADORA

RELATÓRIO

Contra a empresa Sampaio Góes S/A Comercial e Importadora, foi lavrado auto de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, fls. 02/08, por ter a fiscalização constatado as seguintes irregularidades, descritas às fls. 03 do auto de infração e Termo de Verificação Fiscal de fls. 10/11:

"01- Glosa de prejuízos compensados indevidamente – Inobservância do limite de 30% (infração não sujeita à redução por prejuízo). Valores calculados através da planilha de compensação prejuízos: Compensação indevida de prejuízo(s) fiscal(is) apurado(s), tendo em vista a inobservância do limite de compensação de 30% do lucro líquido, ajustado pelas adições e exclusões previstas e autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, conforme Termo de Verificação Fiscal e Anexos.

28/02/1995	26.927,20
31/05/1995	132.662,40
31/10/1995	198.226,72
30/11/1995	55.680,43

Inconformada com a exigência, apresentou a autuada impugnação que foi protocolizada em 04/08/2000, em cujo arrazoado de fls. 140/200, alega em apertada síntese o seguinte:

1- ajuizou Medida Cautelar Inominada nº 95.033607-3 e Ação Ordinária nº 95.0036764-5 perante a 13ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, pleiteando a compensação integral dos prejuízos fiscais bem como das bases de cálculo negativas da contribuição social sem as limitações previstas nas leis nº 8.981/95 e 9.065/95;



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

2- Na Medida Cautelar nº 95.0033607-3 obteve liminar para que pudesse compensar integralmente os prejuízos fiscais apurados até 31/12/94. Posteriormente, em ambas as ações, foram concedidas sentenças procedentes declarando o seu direito de efetuar a compensação não só dos prejuízos fiscais, bem como das bases de cálculo negativas da CSL apuradas até 31/12/94, afastando a aplicabilidade das limitações impostas pelos art. 42 e 58 da lei nº 8.981/95. A União apelou ao TRF, estando o recurso pendente de julgamento;

3- é inaplicável ao presente caso o artigo 38 da Lei nº 6.380/80, não havendo renúncia à esfera administrativa, visto que as medidas judiciais foram ajuizadas antes da autuação que originou o processo administrativo e este deve ser aplicado apenas quando ocorre a interposição de medidas após a lavratura do auto de infração;

4- não houve opção pela via judicial em detrimento da via administrativa e o não conhecimento da sua impugnação estará ferindo o princípio constitucional da ampla defesa;

5- com o advento do art. 2º da Lei nº 9.784/99, o artigo 38 da Lei nº 6.380/80 foi tacitamente revogado;

6- transcreve ementas de acórdãos deste Conselho que vem ao encontro de seu entendimento;

7- 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 a violação ainda das definições estampadas no art. 43 do CTN, relativas ao conceito de renda;

8- está configurado um verdadeiro empréstimo compulsório, ao ser efetuada esta limitação de compensação de prejuízos, trazendo à colação diversas ementas de julgados de Tribunais neste sentido.

Em 13/03/2000 foi prolatada a Decisão nº 457, fls. 204/211, onde a Autoridade Julgadora "a quo" considerou procedentes os lançamentos, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

"Compensação de prejuízos – A compensação de prejuízos efetuada em desconformidade com os preceitos legais, sujeita o contribuinte ao lançamento de ofício.

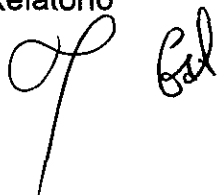
Inconstitucionalidade – Arguição - A autoridade administrativa é incompetente para apreciar arguição de inconstitucionalidade de lei.

Multa de ofício – A multa de lançamento de ofício somente é excluída no caso de suspensão da exigibilidade do crédito por meio de liminar em mandado de segurança.

Lançamento Procedente."

Cientificada em 14/04/2000, AR de fls. 217, e novamente irressignada com a decisão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolizado em 12/05/2000, em cujo arrazoadado de fls. 218/231 repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, agregando sua contrariedade quanto a imposição de juros de mora e da multa de ofício e a utilização da taxa Selic, por considerá-la inconstitucional.

É o Relatório

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'F' followed by a smaller, less distinct mark.

Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

VOTO

Conselheiro - NELSON LÓSSO FILHO – Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento na parte cuja matéria é distinta da discutida na esfera judicial.

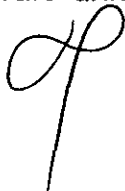
À vista do contido no processo, constata-se que a contribuinte, cientificada da Decisão de Primeira Instância, apresentou seu recurso apoiada por decisão judicial determinando à autoridade local da SRF o encaminhamento do recurso a este Conselho, fls. 299/306.

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 esta Instância não deve tomar conhecimento de parte do recurso apresentado pela empresa, 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, que



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

considerou que a propositura de ação judicial importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa.

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 suspensiva da exigibilidade do tributo. 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.”

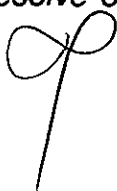
Visa o lançamento prevenir decadência do direito da Fazenda Nacional quanto ao crédito tributário, ficando sua exigibilidade adstrita ao tipo de ação impetrada junto ao Poder Judiciário.

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



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

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.

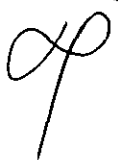
Amilcar de Araújo Falcão, sobre o tema sublinhou:

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:



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

"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



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

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.

De outro modo, verifico que a identidade de objeto entre os processos administrativo e judicial cinge-se ao questionamento acerca da possibilidade, ou não, da limitação de 30% do lucro real para a compensação de prejuízo acumulado, não sendo objeto da lide a aplicação da multa de ofício e dos juros de mora lançados no auto de infração, isto é, a contrariedade no tocante a multa e juros não é matéria submetida ao exame do Poder Judiciário, pelo que merece ser apreciada por este Colegiado, evitando a ocorrência do cerceamento ao direito de defesa.

Como consta dos autos, à época da lavratura do auto de infração existia sentença em Medida Cautelar Inominada, após concessão de liminar, reconhecendo o direito de compensação de integral de prejuízos fiscais acumulados até 31/12/94 com o lucro real de períodos subseqüentes, estando, portanto, a empresa ao resguardo de decisão recorrível, no que é perfeitamente aceitável o lançamento para garantir a não ocorrência do prazo decadencial. Porém incabível qualquer imposição de penalidade, porque não se pode imputar qualquer ilícito àquele que fez



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

valer seus direitos constitucionais de acesso ao Judiciário, e deste recebeu proteção, mesmo que provisória. O objetivo fundamental da penalidade é o ato antijurídico, ausente no caso em questão, devendo, portanto, ser excluída da exigência a multa de ofício.

Os juros moratórios sempre serão devidos, exceção feita no caso da ocorrência de depósito, não dependendo de seu lançamento no auto de infração, sempre que o principal for recolhido a destempo, pois representam uma expressão meramente econômica, ao traduzir o valor do uso do numerário, não maculando a exigência a indicação de que o tributo lançado, se devido, está sujeito a juros variáveis em função da demora no cumprimento da obrigação.

As alegações apresentadas pela recorrente a respeito da aplicabilidade da taxa SELIC por ferir normas e princípios constitucionais, não podem aqui ser analisadas, porque não cabe a este Conselho discutir validade de lei.

Estando o lançamento ancorado em norma legal ingressada regularmente no mundo jurídico, não cabe a este Tribunal apreciar qualquer vício de inconstitucionalidade, atribuição reservada no nosso ordenamento jurídico, em caráter original e definitivo, ao Poder Judiciário, mais precisamente ao Supremo Tribunal Federal, ao teor do mandamento contido nos artigos 97, e 102, III, "b" da Constituição Federal.

Portanto, como regra geral não cabe a este Tribunal Administrativo manifestar-se a respeito de inconstitucionalidade de norma, apenas quando exista decisão definitiva em matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal é que esta possibilidade pode ocorrer, o que não é o caso em questão.

Além do mais, vejo que o Supremo Tribunal Federal proferiu nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 4-7 de 7.03.1991), que a aplicação de juros moratórios acima de 12% ao ano não ofende a Constituição, pois seu dispositivo



Processo nº. : 10825.000965/99-01
Acórdão nº. : 108-06.310

que fixa a limitação ainda depende de regulamentação para ser aplicado. Assim está ementado tal julgado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. TAXA DE JUROS REAIS: LIMITE DE 12% AO ANO. ARTIGOS 5º, INCISO LXXI, E 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo § 3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei Complementar regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se referem o "caput" e seus incisos do mesmo dispositivo..." (STF pleno, MI 490/SP).

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de conhecer em parte do recurso, dando-lhe parcial provimento para excluir a multa de ofício.

Sala das Sessões (DF) , em 05 de dezembro de 2000


NELSON LOSSO FILHO