MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº : 10825.001008/98-11
Recurso nº : 124.261
Matéria : CSL - Ex.:1996
Recorrente : OLAPA TRANSPORTES LTDA.
Recorrida : DRJ - RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 23 de fevereiro de 2001
Acórdão nº :108-06.430

RECURSO VOLUNTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - A apresentação de ação judicial anterior a ação fiscal importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela liminar.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS DE MORA – TAXA SELIC – É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%, a partir de 01/04/1995, os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

MULTA DE OFÍCIO – Incabível a aplicação de multa de ofício, quando o sujeito passivo se encontra sob a tutela do Poder Judiciário, mediante obtenção de sentença que o favorece, ainda que não definitiva.

Recurso parcialmente conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela OLAPA TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONHECER em parte do recurso, para dar-lhe provimento parcial, a fim de afastar a imposição da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

MARCIA MARIA LORIA MEIRA
RELATORA

FORMALIZADO EM: 26 MAR 2001

Participaram ,ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, TÂNIA KOETZ MOREIRA, JOSÉ HENRIQUE LONGO e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.

Processo nº : 10825.001008/98-11
Acórdão nº : 108-06.430

Recurso nº : 124.261
Recorrente : OLAPA TRANSPORTES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a Recorrente foi lavrado o auto de infração de fls. 01/05, para exigência da Contribuição Social sobre o Lucro - CSSL, em virtude de compensação indevida de base de cálculo negativa de períodos anteriores, apurada em função de compensação de prejuízos que excedeu o limite de 30% do lucro líquido, no ano-calendário de 1995, com infração aos art.42 da Lei nº8.981/95.

Tempestivamente, a autuada impugnou o lançamento em cujo arrazoado de fls. 80/108 alegou, em breve síntese:

1- a matéria em discussão já sofreu o pronunciamento do Egrégio Tribunal de Justiça, que decidiu no processo nº98.030079598-1, que tem como partes a impugnante e o Delegado da Receita Federal, que as limitações à dedução dos prejuízos fiscais constantes dos artigos 42 e 58 da Lei nº8.981/95, não podem ser impostas no exercício de 1995, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade da lei;

2- o aresto teria garantido o direito adquirido em relação aos prejuízos acumulados até 1994;

3- a Administração não poderia deixar de se pronunciar a cerca da inconstitucionalidade da lei embasadora do auto de infração;

4- a restrição imposta à compensação de prejuízos fere os princípios de irretroatividade da lei tributária, da anterioridade, da legalidade e da isonomia;

5- a limitação imposta pelos arts 42 e 58 da Lei nº8.541/92 implicaria em um empréstimo compulsório, cuja instituição seria permitida somente por lei complementar;

6- referente aos juros de mora, questionou a aplicação da taxa SELIC, alegando que a exigência de juros acima de 12% ao ano é ilegítima e inconstitucional;

7- afirmou, ainda, que a aplicação da multa de ofício 'seria aviltante e confiscatória.

Sobreveio a decisão de primeiro grau, acostada às fls. 124/128, pela qual a autoridade monocrática manteve integralmente o crédito tributário lançado, pelos fundamentos que estão sintetizados na ementa abaixo transcrita:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal.

Ano-calendário: 1995.

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETO.
A segurança concedida contra ato de autoridade em relação a determinado exercício é inaplicável aos exercícios seguintes.

LEI. ICONSTITUCIONALIDADE ARGUIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

Irresignada com a decisão singular, interpôs recurso a este Colegiado, fls.134/164, com os mesmos argumentos apresentados ao julgador singular.

Por força da sentença proferida em ação civil pública contestando a MP nº1.863/52, tendo sua última edição sob o nº1973, de 28.07.2000, os autos foram encaminhados a este E. Primeiro Conselho, sem o depósito prévio do valor correspondente a 30% do crédito tributário atualizado, conforme fls.165/170.

É o relatório.

VOTO

Conselheira MARCIA MARIA LORIA MEIRA - Relatora

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

A matéria em discussão já foi objeto de pronunciamento da Quarta Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça, que deu provimento à apelação em mandado de segurança nº167602 (fl.58), impetrado pela autuada, que decidiu:

> *"As limitações à dedução dos prejuízos fiscais constantes da Lei nº8981/95, em seus artigos 42 e 58,* ***não podem ser impostas no exercício de 1995, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade da lei, pois pretende colher em suas malhas situações consumadas a lume de legislação anterior, e, embora publicada em 31.12.94, mas somente dada a publicidade em janeiro de 1995" (grifei)***

O acórdão do TRF- 3ª Região considerou inaplicável a limitação à dedução de prejuízos imposta pela Lei nº8981/95, com relação ao exercício de 1995. Neste caso, o exercício de 1995 mencionado do acórdão, refere-se ao próprio ano de 1995, ou não teria nenhum sentido a ementa acima transcrita. Entendo que o autor do feito se confundiu, levando a autoridade singular ao mesmo equivoco.

Desta forma, a matéria em litígio foi deslocada para exame perante o Poder Judiciário.

Existe hoje entendimento harmonizado, tanto na esfera administrativa como judicial, sobre a possibilidade da formalização do lançamento de crédito tributário, mesmo diante de medida suspensiva da exigibilidade do tributo.

Neste sentido a orientação contida no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGNF/CRJN/Nº 1.064/93), de cuja conclusão destaco:

> *"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".*

O crédito tributário deve ser constituído para salvaguarda da Fazenda Pública em relação ao prazo decadencial, ficando, todavia, a sua exigibilidade vinculada ao comando da ação que tramita perante o Poder Judiciário. Se há liminar concedida em mandado de segurança estará suspensa a exigibilidade do crédito lançado, ao teor do que estabelece o art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

No caso, o lançamento foi formalizado em virtude da autuada ter infringido art.42 da Lei nº8981/95.

Vale ressaltar que a submissão de matéria ao crivo do Poder Judiciário, inibe qualquer pronunciamento da autoridade administrativa sobre aquele mérito, porque ambas as partes, contribuinte e administrador tributário, devem curvar-se à decisão definitiva e soberana daquele órgão, que tem a prerrogativa constitucional do controle jurisdicional dos atos administrativos, de quem não poderá ser excluída qualquer lesão ou ameaça a direito, ao teor do artigo 5º, inciso XXXV, da atual Carta.

Sobre o assunto, assim se manifestou SEABRA FAGUNDES, no seu clássico "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 - 1.984 - pag. 90/92)

Desta forma, sujeitando-se os atos administrativos às decisões do Poder Judiciário, por princípio, se o contribuinte ingressar na via judicial, estará renunciando às instâncias administrativas, uma vez que qualquer decisão administrativa que for prolatada não terá eficácia frente à decisão judicial, que a ela se sobrepõe. Neste sentido, tem função didática, a norma insculpida no § 2º, do art.1º, do Decreto-lei nº1.737/79, ao esclarecer que "*a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.*"

Esse mesmo entendimento está reproduzido no parágrafo único, do art. 38, da Lei 6.830/80, e, também, a matéria já foi objeto de estudo pela Procuradora Geral da Fazenda Nacional, em parecer no processo nº25.046, de 22.09.78 (DOU de 10.10.78), provocado por este Conselho de Contribuintes, de onde se extraem conclusões elucidativas, convergentes para o posicionamento aqui adotado de supressão da via administrativa. Pela extrema clareza, são aqui reproduzidas algumas dessas conclusões:

"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."

Aprovando o mencionado parecer, o Dr. CID HERÁCLITO DE QUEIROZ, então sub-procurador-geral da Fazenda Nacional, emitiu 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."

Não cabe aqui, também, a alegação de que tal postura estaria limitando o preceito da ampla defesa, estampado no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, haja vista que ela estaria sempre assegurada, "*com os meios e recursos a ela inerentes*", na garantia fundamental traduzida no outro mandamento,

inserto no inciso XXXV, do mesmo artigo, no sentido de que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."*

Entendo que falece competência a este colegiado, para se pronunciar sobre o mérito da mesma controvérsia submetida ao crivo do Poder Judiciário, quer seja a ação judicial prévia ou posterior ao lançamento. No entanto, a busca da tutela jurisdicional não inibe o procedimento administrativo do lançamento, para acautelar o direito da Fazenda Pública e, uma vez lançado o tributo, a exigibilidade do crédito fica adstrita à solução da controvérsia a ser ditada pelo Judiciário, com grau de definitividade para as partes.

No entanto, outros assuntos que não são objeto de pronunciamento pelo judiciário deverão ser apreciados na esfera administrativa, para não cercear o direito de defesa do contribuinte, tais como, como base de cálculo, aplicação de multa e juros.

A recorrente questiona a aplicação da multa de ofício e de juros SELIC.

Quanto à incidência de juros moratórios pela taxa SELIC, não procede a objeção da recorrente visto que, enquanto pendente a mora do sujeito passivo, devem ser imputados os encargos previstos na legislação vigente no período de competência dos próprios encargos, incidência que não guarda qualquer relação com a data da ocorrência do fato gerador. Ademais, admite o art. 161 do CTN que a lei possa fixar o percentual dos juros moratórios, sendo de 1% (um por cento) somente na hipótese da sua omissão.

Também, a aplicação da multa de ofício de 75%, com base no art.44, inciso I, da Lei nº9.430/96, é incabível tendo em vista que a recorrente se encontra sob a tutela do Poder Judiciário.

Por todo o exposto, VOTO no sentido de conhecer em parte do recurso para dar-lhe provimento parcial, a fim de afastar a imposição da multa de ofício.

Sala de Sessões - DF em, 23 de fevereiro de 2001

MARCIA MARIA LORIA MEIRA