



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76
Recurso nº. : 125.245
Matéria : IRPJ - EX.: 1997
Recorrente : BANCO PORTO SEGURO S.A.
Recorrida : DRJ-SÃO PAULO/SP
Sessão de : 11 DE AGOSTO DE 2004
Acórdão nº. : 108-07.899

NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO – AUTO DE INFRAÇÃO – A notificação de lançamento é o meio pelo qual o contribuinte toma ciência de um lançamento, e é promovido pela autoridade administradora; o auto de infração é ato da autoridade fiscalizadora quando constata uma falta por parte do contribuinte.

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE - A coincidência entre a causa de pedir, constante no fundamento jurídico da ação declaratória, e o fundamento da exigência consubstanciada em lançamento, impede o prosseguimento do processo administrativo no tocante aos mesmos fundamentos, de modo a prevalecer a solução judicial do litígio. Qualquer matéria distinta em litígio no processo administrativo deve ser conhecida e apreciada.

LIMINAR AUTORIZANDO PROCEDIMENTO DO CONTRIBUINTE – LANÇAMENTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa – MULTA DE OFÍCIO – Tendo o Poder Judiciário concedido liminar para que a empresa efetuasse a compensação integral do prejuízo fiscal, o lançamento para prevenir a decadência não deve prever multa de ofício, posto que o contribuinte não se encontrava em mora, à época do lançamento.

TAXA SELIC – LEGITIMIDADE – A taxa de juros denominada SELIC, por ter sido estabelecida por lei, está de acordo com o art. 161, § 1º, do CTN, sendo portanto válida no ordenamento jurídico.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pelo BANCO PORTO SEGURO S.A.

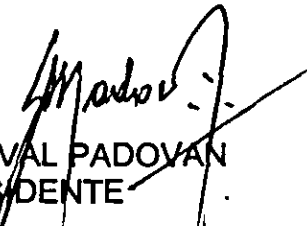


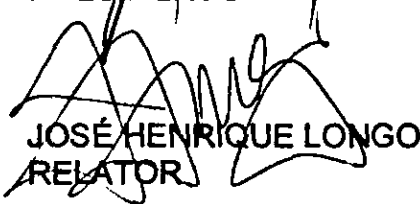
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


JOSÉ HENRIQUE LONGO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 SET 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON LÓSSO FILHO, LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, MARGIL MOURÃO GIL NUNES, KAREM JUREIDINI DIAS DE MELLO PEIXOTO e JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76
Acórdão nº. : 108-07.899
Recurso nº. : 125.245
Recorrente : BANCO PORTO SEGURO S.A.

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de IRPJ do ano de 1996 em razão da empresa não ter observado o limite de 30% do lucro líquido na compensação do prejuízo fiscal.

De acordo com as peças dos processos judiciais 95.0028777-3 e 95.0034209-0 perante a 9ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, foi concedida a liminar para autorizar a empresa autuada a proceder à compensação do prejuízo fiscal com a integralidade do lucro líquido.

A decisão da DRJ (fls. 138/143) conheceu em parte da impugnação e manteve o lançamento, estabelecendo a seguinte ementa:

"CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL – Medida cautelar com concessão de liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário alusivo ao tributo/contribuição. Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria que já é objeto de ação judicial.

MULTA DE OFÍCIO – É cabível a imposição de multa de ofício na constituição, destinada a prevenir a decadência, de crédito tributário cuja exigibilidade não tenha sido suspensa pela concessão de liminar em mandado de segurança."

Inconformada, a empresa apresentou seu Recurso Voluntário de fls. 150/176, com os seguintes argumentos em síntese:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76
Acórdão nº. : 108-07.899

- a) o auto de infração só se justifica quando há necessidade de aplicação de penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte; quando não há, deve ser aplicada a notificação de lançamento; como não há infração, merece ser cancelado o auto;
- b) com relação à concomitância entre processos judicial e administrativo, afirma que no judicial discute-se o direito em si mesmo, enquanto que no administrativo discute-se a hipótese em concreto, desencadeada pela autuação fiscal, ou seja, os períodos em que verificados os prejuízos e os seus montantes, o período em que houve a compensação e o seu *quantum*;
- c) o art. 38 da Lei 6830/80 prevê a situação em que o contribuinte interpõe medida judicial após a lavratura do auto de infração, de modo que não é aplicável ao caso em que a medida é antes do auto;
- d) o art. 51 da Lei 9784/99 prevê que a desistência da esfera administrativa somente ocorre quando manifestada por escrito, que deve ser aplicado em respeito ao princípio da especificidade;
- e) os dispositivos impeditivos da compensação integral dos prejuízos até 1994 são inconstitucionais (irretroatividade, direito adquirido, conceito de renda, empréstimo compulsório sem norma apropriada, confisco,);
- f) a multa não é aplicável, quando a exigibilidade do crédito tributário está suspensa; o não recolhimento decorre pelo fato de estar se valendo de um direito constitucional que lhe é assistido;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

g) a taxa Selic é inconstitucional e ilegal porque possui caráter remuneratório e não pode ser utilizada como taxa de juros moratórios; ademais não foi criada por lei.

A recorrente havia obtido liminar em mandado de segurança para que seu recurso fosse processado independentemente de garantia de instância, porém diante da denegação da segurança posteriormente arrolou bens às fls. 211/212.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76
Acórdão nº. : 108-07.899

VOTO

Conselheiro JOSÉ HENRIQUE LONGO, Relator

Preliminarmente, a empresa recorrente alega que o auto de infração deve ser cancelado pois o instrumento correto seria notificação de lançamento tendo em vista a ausência de infração.

A "notificação de lançamento" reclamada não é lançamento propriamente dito, como diz José Souto Maior Borges, pois é por meio dela que se dá ciência de algo que já existe¹. Ainda segundo esse mestre pernambucano, a determinação se auto de infração é lançamento corresponde a problema que preocupa a doutrina, sendo que em nota de rodapé cita Rubens Gomes de Sousa que afirmara que "os mesmos princípios que informam o lançamento podem ser aplicados quer ao auto de infração – ato da mesma natureza do lançamento, porquanto constata um fato, na hipótese, delituoso e lhe aplica um ordenamento jurídico preexistente -, quer à decisão de autoridade administrativa singular, que por provocação do contribuinte, em grau de reclamação ou de recurso hierárquico, porquanto tal decisão, quando confirma o lançamento, confunde-se praticamente com ele; quando o modifica, equivale a um lançamento novo; e, quando o revoga, é exercício de direito de controle (Estudos de Direito Tributário, São Paulo, Ed. Saraiva, 950, p. 43)" e menciona também o RE 88.967 que formalizou decisão de que "com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito

¹ in Lançamento Tributário, Ed. Malheiros, 2ª ed., 1999, pg 186



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

tributário (art. 142 do CTN) sendo que os recursos opostos pelo contribuinte na área administrativa têm apenas o efeito de suspender-lhe a exigibilidade².

O auto de infração, pelo disposto no art. 10 do Decreto 70235/72, merece ser lavrado quando a autoridade fiscalizadora constata falta por parte do contribuinte, ao passo que o lançamento previsto no art. 11 será promovido pela autoridade administradora do tributo. Ou seja, o auto de infração é aplicável quando o contribuinte comete uma falta, e esse é o entendimento do Fisco em relação ao que o ora recorrente realizou, tanto é que exigiu multa de ofício. Assim, como se trata de lançamento por homologação, caberia somente à fiscalização a homologação ou então a lavratura do auto de infração.

Portanto, afasto a preliminar.

O recurso voluntário traz argumentos sobre: (a) o poder-dever da autoridade administrativa de apreciar o tema da compensação integral de prejuízo fiscal, ainda que o mesmo assunto esteja sob o crivo do Poder Judiciário; (b) o mérito sobre a própria compensação; (c) a inaplicabilidade da multa; e (d) a inconstitucionalidade dos juros Selic.

Antes de tudo, releva esclarecer que o Código Tributário Nacional estabelece tanto a obrigatoriedade do funcionário administrativo em promover o lançamento (art. 142 e parágrafo único)³, quanto a suspensão da exigibilidade

² pág. 155/158

³ Geraldo Ataliba, em parecer, lecionou como a atividade de fiscalizar e lançar é vinculada, não podendo o agente fiscal deixar de cumprir "in casu" o disposto no art. 142 do CTN, porque lhe falta discricionariedade para essa atividade: *O controle das atividades dos contribuintes, o conhecimento dos fatos que se ligam direta e indiretamente à ocorrência dos fatos impositivos, o acompanhamento de todos os fatos que dão ensejo a qualquer das revelações de capacidade contributiva, assim qualificados pela lei, tudo isto requer quase plena liberdade para o fisco, agilidade e presteza de movimentos, possibilidade de ampla liberdade de indagação e investigação. (...) A tal liberdade corresponde o dever de examinar locais, livros e mercadorias, de contrastar toda e qualquer atividade econômica do contribuinte (...) Em contraste com esta liberdade – como visto – é inteiramente vinculada a atividade do lançamento.* (Estudos e Pareceres de Direito Tributário, vol. 2, RT, 1978, pág. 331)



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

tributária quando obtida pelo contribuinte liminar em medida judicial (art. 151, V). Disso infere-se que o crédito tributário deve ser lançado e, enquanto perdurar a liminar obtida, ser suspensa a sua exigibilidade; aliás, para a exigibilidade do lançamento estar suspensa, é premissa a existência do lançamento.

A discussão acerca da concomitância de processos judicial e administrativo não é nova nesta Câmara. Não a hipótese de ingresso de medida judicial após instaurado o processo fiscal, cuja previsão consta expressamente do art. 38 da Lei 6830/80; mas, sim, a hipótese de ser efetuado lançamento após iniciado o processo judicial.

Neste caso, o termo previsto no dispositivo legal acima mencionado, qual seja "renúncia" à defesa na esfera administrativa, tomado na acepção literal, não surtiria efeito, porque direcionado à defesa já apresentada no âmbito administrativo frente à posterior ação judicial objetivando cancelar ou declarar nulo o mesmo lançamento.

Entretanto, a interpretação sistemática a ser feita ao comando do art. 38 da Lei 6830, bem como de outros dispositivos, fornece sólidos fundamentos para que não se aprecie, nos limites do processo administrativo, a matéria que está sendo objeto de ação judicial.

Tais fundamentos já foram muito bem expostos no Acórdão 108-05.824, sessão de 17.08.99, da lavra do eminente Conselheiro Mário Junqueira Franco Jr., cujos trechos são citados em nota de rodapé⁴, e que foi assim ementado:

⁴ Mas a verdadeira questão, independentemente da extensão indevida do ato normativo (refere-se ao ADN/COSIT 03/97), tomados os fundamentos de sua edição, diz respeito a se, em verdade, há razão jurídica que impeça o prosseguimento de um processo administrativo quando proposta, antecipadamente à autuação, ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ou também mandado de segurança preventivo. Isto porque nos demais casos, em que juridicamente já se discute um crédito constituído, há legislação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

"AÇÃO DECLARATÓRIA - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE - A semelhança da causa de pedir, expressada no fundamento jurídico da ação declaratória, com o fundamento da exigência consubstanciada em lançamento, impede o prosseguimento do processo administrativo no tocante aos fundamentos idênticos, prevalecendo a solução do litígio através da via judicial provocada. Qualquer matéria distinta em litígio no processo administrativo deve ser conhecida e apreciada."

Por outras palavras, não há dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em diversas instâncias, mas, ao contrário, o direito processual evita inclusive a concomitância de ações conexas, litispendentes ou continentes, mediante determinação do juiz prevento para prolação da decisão a prevalecer para todas as ações. Não fosse assim, dar-se-ia azo a decisões antagônicas, o que não se admite no sistema jurídico.

específica presumindo a renúncia à esfera administrativa. E aqui reside a divergência que persiste nas decisões deste Tribunal administrativo.

Inclino-me no sentido de que há impedimento.

Já se salientou em citações acima que "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."

No âmbito do Poder Judiciário, a solução para o problema envolve a determinação das competências de Juízo, através da conexão ou continência, ou da litispendência, que deve inclusive ser alegada na primeira oportunidade processual. É insito ao direito processual evitar a concomitância de ações conexas ou idênticas, indicando quem exercerá jurisdição sobre uma delas, exclusivamente. (...)

Assim, o que se tem na concomitância de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária – ou mandado de segurança preventivo – não é identidade de objetos, mas sim da causa petendi próxima, identidade do fundamento jurídico, como no caso em apreço. Decidir-se-ia, portanto, a mesma relação jurídico-tributária, i.é., o mesmo fundamento da exigência fiscal.

Tal similitude, no campo tributário, é o bastante para, em prosseguir-se com o processo administrativo, possibilitar antagonismo entre Poderes distintos, bem como a concomitância de análise do mesmo fundamento da exigência por instâncias e Poderes diferentes, em clara afronta ao princípio de direito processual que busca justamente evitar tais conflitos.

Outrossim, a aplicação de princípio processual insito jamais significaria cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois justamente em consonância com o devido processo legal e em busca da celeridade processual para o rápido alcance da almejada justiça é que se procura evitar a concomitância de ações com o mesmo fundamento jurídico em instâncias distintas.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

Assim, uma vez identificada concomitância da causa de pedir em ambos os processos – judicial e administrativo – a saber, o direito de compensar o prejuízo fiscal sem qualquer limite, não há como, paralelamente à apreciação pelo Poder Judiciário, o Poder Executivo emitir juízo de valor.

Desse modo, entendo correta a decisão do Delegado de Julgamento em São Paulo na parte em que não conheceu a impugnação especificamente sobre os argumentos de mérito da possibilidade ou não da compensação integral do prejuízo fiscal.

Quanto a argumentos que não digam respeito ao tema já levado a juízo, tais como cálculo do lançamento em si, multa, juros, etc., deve o julgador administrativo apreciá-los. É o caso da multa contra a qual o contribuinte sustenta não ser cabível, em razão de estar abrigado por medida judicial a seu favor.

De fato, a multa de 75% lançada pelo inadimplemento da obrigação tributária há de ser cancelada, pois, quando da lavratura do auto de infração, a recte. gozava de medida liminar que a autorizava a proceder à compensação integral dos prejuízos fiscais. Portanto, se estava suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não era legítima a imposição de multa de ofício em razão da ausência da mora. Esse posicionamento foi convalidado pelo art. 63 da Lei 9430/96⁵ e encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE – A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio, tornando definitiva a exigência nessa esfera. (CSRF/01-03.227)"

⁵ Art. 63 – Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativos aos tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade estiver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000484/99-76

Acórdão nº. : 108-07.899

Em relação à alegação de inconstitucionalidade da cobrança de juros com base na Selic, valho-me da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 4-7 de 7.03.1991).

Como é de notório conhecimento, o órgão responsável pela guarda da Constituição Federal brasileira, o STF, já decidiu que a aplicação de juros moratórios acima de 12% ao ano não ofende a Carta Magna, pois, seu dispositivo que limita o instituto ainda depende de regulamentação para ser aplicado. Veja-se a jurisprudência firmada sobre essa questão:

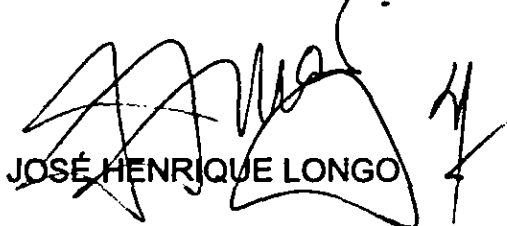
"DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. TAXA DE JUROS REAIS: LIMITE DE 12% AO ANO. ARTIGOS 5º, INCISO LXXI, E 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

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)."

Ademais, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês, *se a lei não dispuser de modo diverso* (art. 161, § 1º). No caso, a lei (MP 1.621) dispôs de modo diverso, devendo, pois, prevalecer.

Em face do exposto, conheço parcialmente do recurso, afasto a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para afastar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 11 de agosto de 2004.


JOSÉ HENRIQUE LONGO