



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Recurso nº. : 135.494
Matéria : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO- EX.: 1998
Recorrente : EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em FORTALEZA/CE
Sessão de : 13 DE MAIO DE 2004
Acórdão nº. : 105-14.445

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS – AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES – IMPOSSIBILIDADE – A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento “ex officio”, enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.

JUROS DE MORA - SELIC - Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - A contribuição social sobre o lucro líquido, “ex vi” do disposto no art. 149, c.c. art. 195, ambos da C.F., e, ainda, em face de reiterados pronunciamentos da Suprema Corte, tem caráter tributário. Assim, em face do disposto nos arts. nº 146, III, “b”, da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica disposta sobre a matéria, ou de lei anterior recebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do auto de infração, não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário. Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência em relação ao período de apuração relativo ao segundo trimestre de 1997, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luis Gonzaga Medeiros Nóbrega e Corintha Oliveira Machado. Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afasta a multa

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

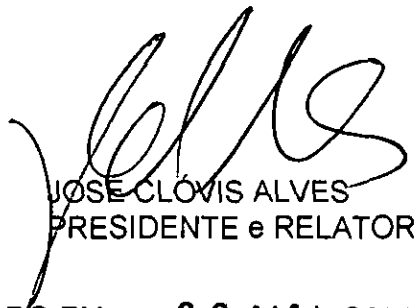
2

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90

Acórdão nº. : 105-14.445

de ofício. Vencidos os Conselheiros Luis Gonzaga Medeiros Nóbrega e Corinθο Oliveira Machado.



JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE e RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: DANIEL SAHAGOFF, EDUARDO DA ROCHA SCHMITD, IRINEU BIANCHI e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

3

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

Recurso nº. : 135.494
Recorrente : EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S.A

RELATÓRIO

EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S.A CNPJ 06.626.253/0001-51, já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 100/123, da decisão da 3ª Turma da DRJ em Fortaleza, que julgou procedente o lançamento consubstanciado na página 03.

A acusação fiscal fundamenta-se no fato de que a contribuinte efetuou a compensação de bases negativas da CSL de períodos anteriores com os bases positivas dos segundo, terceiro e quarto trimestres de 1997, em valores superiores a 30% das mesmas, em desacordo com o estabelecido no art. 58 da Lei nº 8.981/95, e art. 16 da Lei nº 9.065/95.

Em 20 de março de 1996 a empresa teve deferida liminar em Mandado de Segurança (fl 58/59*), garantindo-lhe a compensação integral dos prejuízos e base negativas da CSL, não estando portanto sujeito à limitação imposta pelas Leis 8981 e 9.065/95.

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência, nos termos da impugnação de fls. 18 a 49, onde pede preliminarmente a nulidade do auto de infração, pois exigiu multa não tendo portanto respeitado a suspensão prevista no artigo 151 do CTN, em seguida diz que a limitação é inconstitucional e finalmente que a multa é indevida por estar protegido por medida judicial e contra os juros calculados pela taxa SELIC por ser remuneratória.

A 3ª Turma da DRJ em Fortaleza através do acórdão 1.919 de 12.09.2.002 decidiu rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário e manteve a multa e os juros.



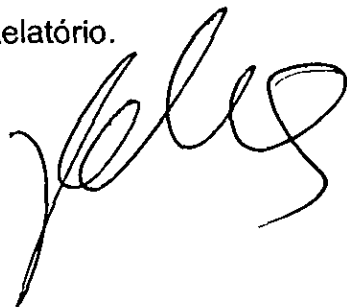
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

Ciente da decisão em 307/12/2002 (AR fl. 94), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 28/01/03 (protocolo fl. 95), onde repete as argumentações da inicial.:

Como garantia recursal arrolou bens.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail, positioned below the text "É o Relatório."

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

5

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

VOTO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

O recurso é tempestivo, porém somente pode ser conhecido na parte não submetida ao Poder Judiciário.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA:

Analisando os autos verifico que o lançamento (fl. 04) se refere aos 2º, 3º e 4º semestres de 1997, cujos fatos geradores se completaram em 30/06/97; 30/09/97 e 31/12/97 como bem demonstrou o autuante à fl. 05. Noto também que o contribuinte tomou ciência da exigência em 04 de julho de 2.002, (fl. 03).

É jurisprudência mansa e pacífica na CSRF que o IRPJ bem como as contribuições são tributos regidos pela modalidade de lançamento por homologação desde o ano calendário de 1992, pois a Lei nº 8.383/91 introduziu o sistema de bases correntes, assim o período decadencial com a ocorrência do fato gerador, conforme artigo 150 parágrafo 4º da Lei nº 5.172, verbis.

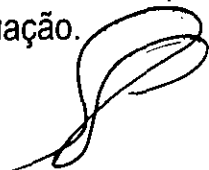
Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Sabemos que o direito não socorre aqueles que dormem, os prazos são fatais, se um contribuinte apresenta impugnação, recurso, embargos fora dos prazos legais e regimentais, perde o direito de discutir a questão a petição é julgada perempta. Vale ressaltar que argumentações pelo atraso, por parte do contribuinte, de falta de funcionário, falta de tempo, trabalho excessivo, nada disso é levado em conta, os prazos são fatais devem ser obedecidos.

Igual rigidez pode e deve ser aplicada ao sujeito ativo da relação tributária, se existe um prazo para tomar determinada iniciativa ela deve ser feita dentro dos prazos legais e processuais.

Talvez a autoridade lançadora não tenha se atentado para a jurisprudência mansa e pacífica tanto na esfera judicial como na administrativa de que os tributos regidos pela modalidade de lançamento por homologação o prazo decadencial inicia no momento de ocorrência do fato gerador do tributo ou contribuição.

Quanto às contribuições sociais, a partir de 1992, devemos analisar além dos dispositivos já apreciados a previsão contida no artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que tem a seguinte dicção:

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 45 - O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Para definirmos a posição neste julgado, necessário se faz analisar a presente norma à luz da Constituição Federal e Código Tributário Nacional.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

7

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

Para analisar a competência legislativa para estabelecer normas relativas à decadência é preciso considerar as normas gerais de legislação tributária da Constituição Federal de 1988, que assim prescreve:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(Grifamos).

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Pela simples leitura do texto constitucional podemos perceber que a Carta Magna reservou à Lei Complementar o poder de estabelecer normas gerais de direito tributário, não sendo, portanto, lei ordinária o veículo correto para reger os procedimentos gerais em matéria de tributos. A Constituição diferentemente da de 1967, especificou quais esses procedimentos gerais como sendo: **obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.**



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90

Acórdão nº. : 105-14.445

Para melhor entendimento nada melhor que historiar como tais procedimentos ganharam estatus constitucional, o que faremos transcrevendo parte da obra de Eurico Marcos Diniz de Santi, intitulada "DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO, editora Max Limonad – São Paulo,

"Na Constituição de 1946, figurava a expressão *normas gerais de direito financeiro*, presente no artigo 5º Inciso XV, b, proposto pela Emenda nº 938, do constituinte ALIOMAR BALEEIRO. Foi esse artigo que permitiu que, em 1º de dezembro de 1965, a referida Constituição recebesse a Emenda nº 18, que reestruturou o Sistema Constitucional Tributário. Essa emenda, por sua vez, possibilitou que, em 25 de outubro de 1966, o Projeto nº 4.834, de 1954, de autoria de RUBENS GOMES DE SOUSA, com apoio do Ministro OSVALDO ARANHA, se convertesse na Lei nº 5.172. Na Constituição de 1967, essa Lei foi recepcionada com fundamento no Art. 18, § 1º, como norma geral de direito tributário, e denominada Código Tributário Nacional pelo Ato Complementar nº 36, publicado no DOU de 14 de março de 1967. Atualmente encontra-se fundamentado no art. 146 da Constituição de 1988." (Páginas 83/84 da obra citada).

Segundo o autor, citando trechos do parecer de ALIOMAR BALEEIRO, justificando a Emenda Constitucional nº 938 e do Projeto de Lei nº 4.834/54, o CTN veio para por fim a disputa entre os entes tributantes, que não raro invadia o campo de competência de outra pessoa de direito público apossando-se de partilha de tributos de competência concorrente. A norma foi endereçada ao legislador ordinário dos três poderes tributantes: União, Estados e Municípios, de forma a barrar o legislador ordinário que, na ausência de uma norma superior, poderia como forma de atração de uma fonte produtora de tributos, encurtar os prazos decadenciais através de lei ordinária.

Mais adiante nas páginas 87/89, leciona:

"As normas gerais de direito tributário são sobrenormas que, dirigidas à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, visam à realização das funções certeza e segurança do direito, em consonância com os princípios e limites impostos pela Constituição Federal.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

9

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

Nenhum exercício de competência pode apresentar-se como uma carta em branco ao legislador complementar ou ordinário, pois toda competência legislativa, administrativa ou judicial já nasce limitada pelo influxo dos princípios constitucionais que informam o Sistema Tributário Nacional.

Do plexo de dispositivos expressos e princípios resulta o pacto federativo positivo firmado na Constituição Federal de 1988 e surge a expressa competência constitucional para, mediante lei complementar, disciplinar sobre matérias de decadência e prescrição no direito tributário."

Falando especificamente sobre a lei 8.212/91 o autor às páginas 93 e 94, escreve:

"Entretanto, diversamente do Código Tributário Nacional e da Lei de Execução Fiscal, a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 foi produzida sob pleno vigor do Art. 146, III, b da Constituição Federal de 1988, que expressamente determina que matéria de decadência e prescrição é de competência restrita à esfera da lei complementar.

Por não se tratar de lei complementar, entendemos que os dispositivos desta Lei afrontam expressamente a Carta Magna, apresentando-se incompatíveis com os requisitos constitucionais para a produção dessa categoria de normas jurídicas, destarte, ser submetidos ao respectivo controle de constitucionalidade para cumprir o disposto Texto Supremo."

Alio-me à tese o autor de que as normas gerais de direito tributário só podem ser reguladas mediante a expedição de Leis Complementares como determina o Art. 146 – III – "b" da Constituição Federal de 1988.

Tendo o Código Tributário Nacional estabelecido prazos quinquenais e não decenais como pretendido na Lei 8.212/91, opto nesse caso específico pela aplicação da lei maior em respeito à estrutura legislativa estabelecida na Constituição Federal e à segurança jurídica que deve sempre prevalecer nas relações entre o sujeito ativo e passivo em matéria tributária.

Alguém poderia argumentar que agindo desta maneira estaria este Tribunal Administrativo declarando a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

10

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

8.212/91, ofendendo portanto o princípio da unicidade de jurisdição, porém não podemos esquecer que o amplo direito de defesa está previsto na Constituição Federal inclusive no processo administrativo. O julgador na esfera administrativa não pode aceitar a aplicação de uma lei manifestamente inconstitucional sob pena de estar ferindo o princípio da ampla defesa previsto não só para o processo judicial mas também administrativo.

A interpretação de uma norma legal deve ser realizada obedecendo-se sempre a hierarquia das leis, partindo-se sempre da Constituição Federal e sempre que uma norma infra constitucional não siga as delimitações previstas na Carta Magna, pode e deve o operador do direito seguir a norma maior.

A tributarista Mary Elbe Gomes Queiroz Maia em sua obra – DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO E CONTROLE, editora DIALÉTICA 1999, página 81/82 leciona:

“Portanto não há como se deixar de reconhecer a competência das autoridades administrativas julgadoras, não para declarar (esta como competência exclusiva da Corte Suprema), mas para poderem deixar de aplicar, no caso concreto, norma legal inconstitucional ou recusar a aplicação de ato normativo infralegal quando considerá-lo ilegal.

Considerar a possibilidade aqui defendida como alcançada pela competência das autoridades administrativa, na verdade, é admitir que aquelas autoridades possam apreciar textos das leis de forma a interpretar os seus mandamentos sob a égide das disposições constitucionais, o que não poderia se constituir em desrespeito, violação ou usurpação de função ou subversão da ordem jurídica.

Deve-se, ainda, observar que inserido entre os princípios constitucionais a serem cumpridos se colocam a justiça e a segurança jurídica, nesta hipótese, sintetizados pela justiça fiscal, que dever ser buscada como uma das finalidades a que se destina a Administração Tributária, que somente poderá ser alcançada por meio da correta imposição tributária, como também, ainda, impõe-se a perfeita conformação de todos os atos administrativos com a Constituição, como lei maior, sob pena de inconstitucionalidade.”

Comungo plenamente com a tese da autora, o Presidente da República, em seu juramento promete cumprir e defender a Constituição Federal, esse juramento



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

11

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

deve se estender a todos os componentes do Poder Executivo, aplicar uma lei manifestamente inconstitucional seria quebra de tal juramento.

A Lei nº 8.212/91 como lei ordinária não poderia estabelecer normas gerais de direito tributário, reserva específica de lei complementar. Aos estabelecer prazo decadencial de dez anos contrariou o artigo 173 do CTN, e não tendo as duas leis o mesmo "estatus" uma não revoga a outra. Visualizado o conflito, em obediência ao princípio da hierarquia legislativa e da segurança jurídica, opto pela aplicação da lei maior, seguindo os prazos nela estabelecidos.

A CSRF de longa data pacificou o entendimento sobre a questão da decadência, como exemplo citamos o julgado abaixo:

Acórdão n.º : CSRF/01-04.347

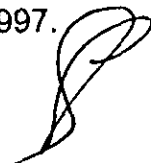
DECADÊNCIA – IRPJ - A partir de janeiro de 1992, por força do artigo 38 da Lei nº 8.383/91, o IRPJ passou a ser tributo sujeito ao lançamento pela modalidade homologação. O início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador do tributo, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN.

DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

A contribuição social sobre o lucro líquido, "ex vi" do disposto no art. 149, c.c. art. 195, ambos da C.F., e, ainda, em face de reiterados pronunciamentos da Suprema Corte, tem caráter tributário. Assim, em face do disposto nos arts. nº 146, III, "b", da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior recebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional.

Tendo o fato gerador do segundo trimestre de 1997 ocorrido em 30 de junho de 1997, a homologação tácita prevista no parágrafo 4º supra transcrito ocorrera em 30 de junho de 2.002, prazo quinquenal no qual a autoridade poderia rever o procedimento do contribuinte.

Considerando que o contribuinte fora cientificado da exigência em 04 de julho de 2.002, de acordo com a legislação supra transcrita, conclui-se ser caduco o lançamento em relação ao segundo trimestre de 1997.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

12

Processo nº. : 10380.009254/2002-90

Acórdão nº. : 105-14.445

Assim declaro insubsistente o lançamento em relação ao SEGUNDO TRIMESTRE DE 1997 por ter sido realizado após o prazo decadencial.

DA DEMANDA JUDICIAL.

Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário, e obteve liminar garantido a compensação de prejuízos e bases negativas da CSL.

Tendo em vista que a contribuinte ingressou com ação perante o Poder Judiciário discutindo especificamente a matéria de mérito objeto do auto de infração, nesse particular, houve concomitância na defesa, por meio da busca da tutela do Poder Judiciário, bem como o recurso à instância administrativa.

A opção da discussão da matéria perante o Poder Judiciário foi da recorrente, e o auto de infração lavrado, fundamentalmente, objetivou a constituição dos créditos tributários como medida preventiva dos efeitos da decadência.

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração por desobediência à ordem judicial não procede a alegação, a justiça ora nenhuma proibiu a SRF de formalizar o crédito tributário, aliás dever esse vinculado e obrigatório nos termos do artigo 142 § único da Lei nº 5.172/66, CTN.

A decisão de fl. 59*, tão somente assegurou a compensação dos prejuízos e bases negativas acumulados, com isso afastou a aplicação da limitação contida na MP 812/94 convertida na Lei nº 8.981/95 e repetida nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95.

Concluindo o auto de infração não é nulo, pois não houve determinação da justiça para que a autoridade não cumprisse sua obrigação legal prevista no artigo 142 do CTN.



Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

DO DIREITO - CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO

Quanto ao mérito da limitação de compensação, pelas notícias dos autos, continua a ser demandada na justiça.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 62. A vigência de medida judicial que implique a suspensão da exigibilidade de crédito tributário não impede a instauração de procedimento fiscal e nem o lançamento de ofício contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, inclusive em relação à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

§ 1º Se a medida judicial referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.

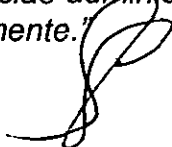
§ 2º A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, **importa renúncia às instâncias administrativas. (Grifamos).**

§ 3º O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

Cabe citar aqui, parte do parecer de autoria do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira:

"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.

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.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

14

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

No mesmo sentido o Sub-procurador Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiróz, assim pronunciou:

“11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente a 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 instância da Dívida Ativa, com decisão formal recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.”

No caso em tela, o contribuinte ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício. Por seu turno, a Autoridade Fiscal, com o intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.

Trata-se especificamente de ações concomitantes para julgamento do mesmo mérito, verificando-se, do exposto, que a contribuinte fez sua opção, escolhendo a esfera judiciária para discutir o mérito existente no presente processo.

Inútil seria este Colegiado julgá-lo, uma vez que a decisão final, a que será prolatada pelo Poder Judiciário, é autônoma e superior. O julgado do Poder Judiciário será sempre superveniente à decisão proferida nesta Corte. Se houverem ações concomitantes e os entendimentos forem divergentes a Decisão prolatada pelo Poder Judiciário será definitiva.

Por seu turno, na Lei nº 6.830, de 22/09/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o parágrafo único do artigo 38 igualmente prescreveu:

“Art. 8 - 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 de indébito ou ação anulatória de ato declarativo, esta procedida de depósito preparatório do valor do débito monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

15

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

Parágrafo único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Não teria sentido que o Colegiado se manifestasse sobre matéria já decidida pelo Poder Judiciário, posto que qualquer que seja a sua decisão prevalecerá sempre o que for decidido por aquele Poder.

Dessa forma, a solução da pendência foi transferida da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá o litígio com grau de definitividade.

Assim, a Administração deixa de ser o órgão ativo do Estado e passa a ser parte na contenda judicial; não será mais ela quem aplicará o Direito, mas o Judiciário ao compor a lide.

Não obstante, conclui-se que, se o contribuinte recorre ao Conselho após o ingresso no Judiciário, esse recurso sequer poderá ser conhecido por falta de fundamento legal para sua interposição, já que a própria lei estabelece a renúncia do contribuinte ao recurso administrativo. Se interposto antes de ingressar na Justiça, a lei decreta a desistência do mesmo, nada restando ao Conselho apreciar.

Vencida essa parte, relativa ao mérito quanto a limitação da compensação de prejuízos e bases negativas previstas nos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981/95 que está sendo discutida judicialmente, cabe tomar conhecimento das alegações quanto à formalização do auto de infração multa e juros de mora.

Os juros de mora lançados no auto de infração também são devidos pois, correspondem àqueles previstos na legislação de regência. Senão vejamos:

O artigo 161 do Código Tributário Nacional prevê:

"Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

16

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.” (grifei)

No caso em tela, os juros moratórios foram lançados com base no disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, conforme demonstrativo anexo ao auto de infração (fls. 06).

Assim, não houve desobediência ao CTN, pois o mesmo estabelece que os juros de mora serão cobrados à taxa de 1% ao mês no caso de a lei não estabelecer forma diferente, o que veio a ocorrer a partir de janeiro de 1995, quando a legislação que trata da matéria determinou a cobrança com base na taxa SELIC.

Quanto à cobrança da multa de ofício entendo haver razão ao contribuinte.

A Lei nº 9.430 trouxe profundas modificações quanto às exigências formalizadas para se evitar a decadência, dispondo inclusive quanto a acréscimos legais.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

{Art. 63, "caput", com redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.}

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90

Acórdão nº. : 105-14.445

do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo e, cumulativamente, houver sido efetuado o depósito integral do tributo objeto da ação judicial, inclusive dos encargos de juros e multa moratórios incorridos da data do vencimento da obrigação até o dia anterior ao da efetivação do depósito.

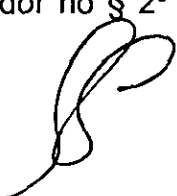
§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar ou a tutela antecipada interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até trinta dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Analisando os autos verifico que o contribuinte obteve liminar favorável à não limitação quanto à compensação do estoque de prejuízos existente em 1994 (fl. 59).

Ainda que tenha havido recurso da Fazenda é certo que não se tem ainda uma decisão final do Poder Judiciário sobre a questão.

O parágrafo segundo do artigo 63 da Lei 9.430/96, diz que a interposição de ação judicial favorecida com a medida liminar ou a tutela antecipada interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até trinta dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição. Ora se interrompe a incidência de multa de mora com muito mais razão impede a exigência de multa de ofício.

Qualquer penalidade para ser aplicada há necessidade de uma conduta delituosa por parte do contribuinte, ou seja qualquer ação ou omissão contrária à lei, porém se o contribuinte, antes de qualquer procedimento da autoridade tributária, toma a iniciativa de contestar na justiça a aplicação de determinada norma legal, não se pode punir o contribuinte em relação à norma demandada antes de trinta dias da decisão final na justiça como prevê o legislador no § 2º do artigo 63 da Lei 9.430/96, pois uma vez



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº. : 10380.009254/2002-90

Acórdão nº. : 105-14.445

concedida a liminar é porque há a fumaça do bom direito, é porque o juiz vislumbrou de início a razão do contribuinte, ainda que no futuro venha a mudar de opinião na sentença, é certo que enquanto não terminar a demanda, amparado estará o contribuinte pela justiça.

Ressalte-se ainda que quando a liminar é deferida ou há sentença de mérito, a autoridade impetrada (DRF) é comunicada, desde logo pode e deve determinar a feitura do lançamento que é vinculado e obrigatório, porém, tal lançamento deveria ser realizado sem a multa de ofício nos termos da legislação citada.

Se dois contribuintes obtêm liminar na Justiça sobre determinada matéria, ambos no julgamento singular vêm indeferidos seus pleitos, ambos recorrem, um tem a sorte de estar numa jurisdição com menos trabalho para a autoridade ou essa é diligente e manda formalizar o lançamento assim que é notificada da concessão da liminar, o fará com certeza dentro do período de vigência da dessa ordem judicial e sem, portanto sem a multa de ofício, outro que dá o azar de estar numa jurisdição onde o esse trabalho é deixado para realizar em outra época já depois do julgamento desfavorável na justiça, receberá contra sim um lançamento com multa de ofício.

Quando os dois processos chegam para julgamento no Conselhos têm situações absolutamente iguais, ambos recorreram à justiça, ambos tiveram deferida uma liminar, ambos recorreram, mas um processo vem com a multa de ofício outro sem tal penalidade e tal circunstância só ocorre por pura, absoluta e incontroversa morosidade da autoridade lançadora pois desde o momento da ciência da liminar poderia e deveria ter realizado o lançamento.

O direito não pode favorecer a parte que não age, no caso o sujeito ativo que teve oportunidade de fazer o lançamento sem a multa no período de vigência da liminar, e assim não o fazendo foi premiado com um crédito tributário maior relativo à multa de ofício, ora isso é um absurdo que não pode ser admitido por qualquer julgador, seja administrativo ou judicial.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

1

Processo nº. : 10380.009254/2002-90
Acórdão nº. : 105-14.445

porém se o contribuinte, antes de qualquer procedimento da autoridade tributária, toma a iniciativa de contestar na justiça a aplicação de determinada norma legal, não se pode punir o contribuinte em relação à norma demandada antes de trinta dias da decisão final na justiça como prevê o legislador no § 2º do artigo 63 da Lei 9.430/96, pois uma vez concedida a liminar é porque há a fumaça do bom direito, é porque o juiz vislumbrou de início a razão do contribuinte, ainda que no futuro venha a mudar de opinião na sentença, é certo que enquanto não terminar a demanda, amparado estará o contribuinte pela justiça.

Ressalte-se ainda que quando a liminar é deferida ou há sentença de mérito, a autoridade impetrada (DRF) é comunicada, desde logo pode e deve determinar a feitura do lançamento que é vinculado e obrigatório, porém, tal lançamento deveria ser realizado sem a multa de ofício nos termos da legislação citada.

Se dois contribuintes obtêm liminar na Justiça sobre determinada matéria, ambos no julgamento singular vêm indeferidos seus pleitos, ambos recorrem, um tem a sorte de estar numa jurisdição com menos trabalho para a autoridade ou essa é diligente e manda formalizar o lançamento assim que é notificada da concessão da liminar, o fará com certeza dentro do período de vigência da dessa ordem judicial e sem, portanto sem a multa de ofício, outro que dá o azar de estar numa jurisdição onde o esse trabalho é deixado para realizar em outra época já depois do julgamento desfavorável na justiça, receberá contra sim um lançamento com multa de ofício.

Quando os dois processos chegam para julgamento no Conselhos têm situações absolutamente iguais, ambos recorreram à justiça, ambos tiveram deferida uma liminar, ambos recorreram, mas um processo vem com a multa de ofício outro sem tal penalidade e tal circunstância só ocorre por pura, absoluta e incontroversa morosidade da autoridade lançadora pois desde o momento da ciência da liminar poderia e deveria ter realizado o lançamento.

O direito não pode favorecer a parte que não age, no caso o sujeito ativo que teve oportunidade de fazer o lançamento sem a multa no período de vigência da



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
MINISTÉRIO DA FAZENDA

1

Processo nº. : 10380.009254/2002-90

Acórdão nº. : 105-14.445

liminar, e assim não o fazendo foi premiado com um crédito tributário maior relativo à multa de ofício, ora isso é um absurdo que não pode ser admitido por qualquer julgador, seja administrativo ou judicial.

Diante do exposto.

1) Declaro insubsistente o lançamento em relação ao segundo trimestre de 1997, cujo fato gerador se completou em 30 de junho por caducidade no direito de lançar.

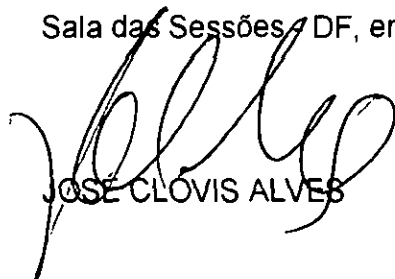
2) Rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração.

3) Não conheço do recurso na matéria de mérito que versa sobre a limitação de compensação de prejuízos artigos 42 e 58 da Lei 8.981/95 e 15 e 16 da Lei nº 9065, em virtude da concomitância de discussão do tema na esfera do Poder Judiciário.

4) Conheço do recurso em relação à multa e juros e dou provimento parcial para afastar a multa de ofício.

É como voto.

Sala das Sessões / DF, em 13 de maio de 2004.



JOSE CLÓVIS ALVES