



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Cleo/8

Processo nº. : 10665.000125/2001-69
Recurso nº. : 131.420
Matéria : IRPJ - Ex: 1997
Recorrente : AUTO PASSOS LTDA
Recorrida : 2ª TURMA /DRJ EM BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 18 DE SETEMBRO DE 2002
Acórdão nº. : 107-06.792

RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - A opção do contribuinte pela via judicial, antes ou depois de autuada pelo fisco, implica em renúncia à instância administrativa (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38, parágrafo único).

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Havendo a falta ou insuficiência no recolhimento do imposto, não se pode relevar a multa a ser aplicada por ocasião do lançamento “ex officio”, nos termos do artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96. Em tal situação, somente descabe a sua imposição quando a exigibilidade do imposto ou da contribuição tiver sido suspensão, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

JUROS DE MORA - SELIC - Os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensão por decisão administrativa ou judicial (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RI/R94, art. 988, § 2º, e RIR/99, art. 953, § 3º). E, a partir de 1º/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, c/c art. 161 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AUTO PASSOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso em relação à matéria submetida ao Poder Judiciário, CONHECER das demais matérias e NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792



JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE



CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 NOV 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ, EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES e NEICYR DE ALMEIDA.

Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

Recurso nº. : 131.420
Recorrente : AUTO PASSOS LTDA

RELATÓRIO

AUTO PASSOS LTDA, empresa já qualificada nos autos, foi autuada (fls.1/2), por compensar prejuízos fiscais de períodos-base anteriores na apuração do Imposto de Renda do Ano Calendário de 1996 superior a 30% do lucro líquido ajustado (Lei nº 8.981/95, art. 42, e Lei nº9.065/95, arts. 12 e 15).

Foi-lhe aplicada a multa de 75% sobre a diferença de imposto exigido e os juros de mora, calculados com base na taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia para títulos Federais – SELIC.

A empresa Impugnou a exigência (fls.103/122), alegando, preliminarmente, que ingressara em Juízo com mandado de segurança para garantir-se do direito de compensar prejuízos fiscais de períodos anteriores ao ano-calendário de 1995, não obtendo liminar nem a segurança, em primeira e segunda instâncias, motivo pelo qual apresentou recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, onde ainda guarda julgamento, falecendo, nestas condições, competência à DRJ e ao Conselho de Contribuintes competência para se pronunciar sobre o mérito da autuação visto estar a mesma sob o crivo do Poder Judiciário.

No mérito, sustenta em resumo, que os dispositivos combatidos ensejam a tributação do patrimônio e ofendem o art. 43 do Código Tributário Nacional; é uma forma de empréstimo compulsório disfarçado, revestindo, outrossim, forma de confisco. Violam o princípio da capacidade contributiva. Contesta a validade da multa de lançamento de ofício e a de mora, recorrendo a respeito. Insurge-se contra a aplicação da multa de lançamento de ofício e dos juros de mora ao argumento de que não se achava inadimplente, pois se encontrava em situação de



Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

prejuízo fiscal, ou seja, não possuía imposto a pagar. Repele a aplicabilidade da taxa de juros com base na SELIC, citando doutrina e precedentes judiciais.

A 2ª Turma da DRJ em Belo Horizonte (fls. 144/150) não conheceu da impugnação quanto à exigibilidade do imposto de renda, por se tratar de exigência objeto de discussão na esfera judiciária, que importa renúncia à esfera administrativa. Diz que não cabe à autoridade administrativa julgar a matéria do ponto de vista constitucional, exceto quando houver declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei, de tratado ou de ato normativo.

A multa de lançamento de ofício tem aplicação obrigatória (alínea "c" do inciso do art. 106, do Código Tributário Nacional, c/c art. 4º da Lei nº 8.218, de 29/08/91, e inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96). Igualmente os juros de mora com base na Selic estão em conformidade com o CTN, art. 161 e § 1º e o art. 13 da Lei nº 9.065 e § 3º da Lei nº 9430/96.

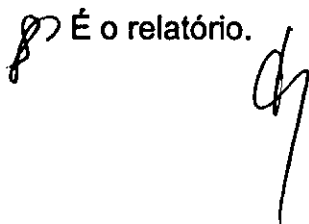
Assevera a decisão que não ocorreu na espécie nenhuma das hipóteses que propiciam a nulidade do auto de infração. Declara definitivo o lançamento em relação à matéria de mérito submetida ao Poder Judiciário, e, quanto aos demais aspectos examinados, julgou procedente o auto de infração.

Intimada da decisão de primeira instância em 07/05/02 (fls. 154), a empresa apresentou o seu recurso a este Colegiado (fls. 155/180), em 29/05/02 (fls. 155), contestando os fundamentos da decisão recorrida, e bem assim renovando os argumentos não acolhidos em primeira instância.

Seu recurso é lido na íntegra para melhor conhecimento do Plenário..

O recurso do contribuinte teve seguimento mediante o arrolamento de bem imóvel (fls. 203/206), em garantia do crédito tributário, sendo aceito pela autoridade preparadora que deu seguimento ao recurso (fls. 209/210).

É o relatório.



Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

VOTO

Conselheiro CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, Relator:

O recurso foi interposto dentro do prazo legal, e teve seguimento em face do arrolamento de bens apresentado (fls. 210).

Da matéria submetida ao Poder Judiciário:

Inicialmente, cabe consignar que a autoridade julgadora de primeira instância (fls. 146 e 149) e a recorrente, em seu recurso (fls. 158), afirmam que a matéria ainda se encontra pendente de decisão final do Poder Judiciário.

Como se verifica dos documentos acostados aos autos, a empresa recorreu ao Poder Judiciário, com vistas a eximi-la do limite de 30% para compensar prejuízos de exercícios anteriores com os lucros apurados no exercício de 1997.

Assim procedendo, renunciou à instância administrativa, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 22/09/80.

Com efeito, dizem o artigo 38 e seu parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80:

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



Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

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 a ser decidida pelo Poder Judiciário, posto que qualquer que seja a sua decisão prevalecerá sempre o que for decidido por aquele Poder.

O litígio foi, pois, transferido da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá a pendência com grau de definitividade.

Nesta situação, 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.

A autoridade administrativa deverá tão-somente findar a fase administrativa, com a decisão de primeira instância, fazendo, com isso, nascer o título executório, nos precisos termos do disposto no parágrafo único do art. 62 do Decreto nº 70.235/72.

O referido artigo e seu parágrafo único estão assim redigidos:

"Artigo 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios." (grifei)

Como o recurso ao Conselho de Contribuintes é um simples  prolongamento da fase administrativa, a legislação vigente (lei nº 6.830/80, art. 38), a 

Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

exemplo da anterior (Decreto-lei nº 1.737/79, art. 1º III, e §§ 1º e 2º), estabelece que o recurso ao Judiciário, com vistas à anulação do crédito tributário, implica na renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e na desistência de recurso acaso interposto.

Vale dizer que, se o contribuinte, ao ingressar no Judiciário, não interpusera recurso ao Conselho de Contribuintes renuncia à via administrativa. Se já o fez, desiste do recurso oferecido. E, neste caso, tem-se que a decisão de primeira instância torna-se definitiva, no âmbito administrativo.

É sábia a lei ao assim dispor. Não teria o menor sentido dois procedimentos paralelos, concomitantes, com o mesmo objeto e visando o mesmo fim (a composição da lide), quando se sabe que somente uma delas irá prevalecer, e que será a do Poder Judiciário, em face da estrutura organizacional tripartite dos poderes da República (C.F./88, Título IV, notadamente o disposto no Capítulo VI, desse Título). E também diante da prevalência das decisões judiciais na interpretação da lei (C.F./88, art. 5º, item XXXV).

De lembrar que cabe ao Poder Judiciário o controle jurisdicional dos atos administrativos, passando o Estado, nesse momento, a parte na relação jurídica formada com o ingresso do administrado na Justiça. Como já se disse, cessa o Poder da Administração de aplicar o Direito, no particular, cedendo o passo à Justiça. E o que nela for decidido deverá prevalecer por resultar da instância superior. Superior porque ela poderá alterar a decisão administrativa, enquanto esta não tem o condão de modificar aquela, e, portanto seria inócua sua prolação posterior.

Por derradeiro, deve-se consignar que não há incompatibilidade entre o comando legal, contido no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e o princípio do contraditório e da ampla defesa insculpido no item LV do art. 5º da

 Constituição Federal de 1988, assim redigido:



Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O que estabelece a Lei Maior é que, tanto no processo judicial, como no processo administrativo, conforme a instância em que a lide correr, serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em nenhum momento prescreve o texto constitucional que serão assegurados procedimentos paralelos e simultâneos com o mesmo objeto e o mesmo fim, em instâncias diferentes, administrativa e judicial, posto que a própria Lei Magna estabelece a prevalência desta sobre aquela (art. 5º, item XXXV).

O contribuinte pode defender-se na instância administrativa, com as referidas garantias, e, se nela sucumbir, recorrer ao Poder Judiciário, com iguais garantias. Pode, desde logo, ingressar no Judiciário, que é instância autônoma, o que significa dizer que o contribuinte não está obrigado a primeiro discutir a questão na esfera administrativa. O que não pode, não somente por uma questão de lógica e bom-senso, mas acima de tudo por expressa disposição legal (art. 38, par. ún. da Lei nº 6.830/80), é pelejar simultaneamente nas duas instâncias para anular o crédito tributário. D'onde se conclui 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.

No mais, o contribuinte pode peticionar e o fez. Mas isso não quer dizer que a pretensão inserta na petição tenha de ser acolhida. A autoridade poderá não conhecê-la, como o fez.

 E houve-se com acerto a autoridade de primeira instância.



Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

Como a matéria foi devolvida ao Conselho de Contribuintes, entendo que, igualmente, não se deve conhecer do recurso em relação à matéria submetida ao Poder Judiciário.

Da multa de lançamento de ofício:

A multa de lançamento de ofício não constitui matéria submetida ao Poder Judiciário; logo, foi corretamente conhecido o litígio pelo julgador "a quo" e, igualmente, deverá ser o recurso conhecido por esta Câmara.

Ela, contudo, deve prosperar pelas seguintes razões.

O art. 63 e seus §§ da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estão assim redigidos:

"Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição."

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), por seu turno, dispõe:



"Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

....."omissis".....

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança."

"

Como se vê, a lei afasta, desde logo, a hipótese de lançamento de ofício (art. 63, "caput") quando o lançamento vise prevenir a decadência de tributos e contribuições, cuja exigibilidade tiver sido suspensa por força de liminar em mandado de segurança, concedida antes do início de qualquer procedimento de ofício.

Não foi o que ocorreu no caso sob julgamento. A empresa, como ela mesma afirma, em sua impugnação e no seu recurso, não obteve a segurança, nem tampouco liminar no mandado de segurança interposto. Logo a empresa Não estava sob o manto do art. 63, da Lei nº 9.430/96

Havendo falta ou insuficiência no recolhimento do imposto não se pode relevar a multa a ser aplicada por ocasião do lançamento "ex officio", por força do disposto no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96.

Com efeito, o artigo 44, da Lei nº 9.430/96, prescreve:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;"

Do exposto se infere que todo lançamento "ex officio" decorrente da falta ou insuficiência do recolhimento do imposto deve ser acompanhado da exigência

da multa.

Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

No caso em tela, toma-se evidente que, sendo detectada pelo Fisco a ocorrência de irregularidade fiscal, sobre o valor do imposto ainda devido é cabível a multa prevista no art. 44, I, da Lei 9430/96.

Dos juros de mora:

Também em relação aos juros de mora a autoridade lançadora deve obedecer ao princípio da reserva legal.

Os juros moratórios foram lançados com fundamento no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, como consta do demonstrativo próprio, anexo ao auto de infração (fls. 50), e estão em consonância com a lei nacional.

Com efeito, dispõe o artigo 161 do Código Tributário Nacional:

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

Ocorre que o legislador ordinário, no uso da faculdade que lhe assegurou o § 3º supra, dispôs em contrário, estabelecendo, a partir de janeiro de 1995, a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC.

Por derradeiro, os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo  durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão


11

Processo nº : 10665.000125/2001-69
Acórdão nº : 107-06.792

administrativa ou judicial (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RIR/94, art. 988, § 2º e RIR/99, art. 953, § 3º).

Conclusão:

Por derradeiro, cumpre consignar, como se verifica às fls. 03/15, que, no ano calendário, a empresa compensou prejuízos acima da trava dos 30%. E em nenhum momento ela afirmou ter tido base de cálculo positiva capaz de compensar os saldos negativos nos períodos posteriores ao examinado e anteriores ao auto de infração.

Na esteira dessas considerações, deixo de conhecer do recurso em relação à matéria submetida ao Poder Judiciário e, no mais, nego-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 18 de setembro de 2002


CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES