



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Lam-5

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Recurso nº : 126.217  
Matéria : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – Ex.: 1996  
Recorrente : ORION AÉREO TÁXI S/A.  
Recorrida : DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC.  
Sessão de : 26 de julho de 2001  
Acórdão nº : 107-06.351

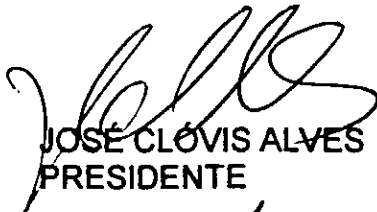
**RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** - A opção do contribuinte pela via judicial implica em renúncia à instância administrativa (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38, parágrafo único).

**MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO** – Descabe a sua imposição quando a exigibilidade do tributo ou contribuição tiver sido suspensa, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

**JUROS DE MORA** - Os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RI/94, art. 988, § 2º e RIR/99, art. 953, § 3º).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ORION AÉREO TÁXI S/A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em NÃO CONHECER do recurso em relação à matéria submetida ao Poder Judiciário e também, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL para afastar a multa de lançamento de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
JOSE CLÓVIS ALVES  
PRESIDENTE

  
CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES  
RELATOR

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

FORMALIZADO EM : 20 SET 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ, NATANAEL MARTINS, PAULO ROBERTO CORTEZ, EDWAL GONÇALVES SANTOS, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES e LUIZ MARTINS VALERO.



Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

Recurso nº. : 126.217  
Recorrente : ORION AÉREO TÁXI S/A.

## RELATÓRIO

ORION AÉREO TÁXI S/A., empresa já qualificada nos autos, ingressara em Juízo para garantir-se do direito de compensar as bases de cálculo negativas da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido de períodos anteriores ao ano –calendário de 1995, obtendo liminar em mandado de segurança, posteriormente. A União recorreu e a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª-Região, interpondo o sujeito passivo recurso especial e extraordinário, os quais até a data do recurso sob exame não teriam sido julgados.

Reformada a sentença pelo Tribunal Regional Federal da 4ª-Região, a fiscalização lançou o crédito tributário com multa de lançamento de ofício e juros de mora (fls.25/34).

A empresa Impugnou a exigência, sustentando, preliminarmente a inconstitucionalidade do ADN COSIT nº 3/96, e, no mérito, a ilegalidade e inconstitucionalidade das limitações à compensação estabelecidas porquanto, incidindo a Contribuição Social sobre o "lucro" ou renda, não é possível fazê-lo incidir sobre o patrimônio da pessoa jurídica. Somente haveria renda após a compensação de todo prejuízo existente.

Ademais, em relação às bases negativas anteriores à Lei nº 8.981/95 há direito adquirido de compensá-los integralmente, assegurado pelas leis vigentes ao

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

tempo em que foram apurados, sem possibilidade de serem suprimidos por lei nova. Assevera, que a limitação caracteriza empréstimo compulsório disfarçado, em clara ofensa à Constituição Federal. E também ofende os princípios da irretroatividade e da anterioridade Cita jurisprudência e manifestação da Doutrina em favor da sua tese.

Insurge-se, outrossim, contra a multa e os juros de mora, alegando ilegalidade do procedimento de ofício (75%), uma vez que a impugnante requereu e obteve tutela judicial (liminar e sentença concessiva de segurança), para compensar integralmente os prejuízos e as bases negativas.

A autoridade julgadora de primeira instância (fls. 86/97) não conheceu da impugnação quanto à exigibilidade da Contribuição Social, por se tratar de exigência objeto de discussão na esfera judiciária, que importa renúncia à esfera administrativa e julgou procedente a ação fiscal e manteve a multa de ofício sobre a parcela da Contribuição Social lançada, segundo a decisão judicial definitiva.

O julgador, apesar de declarar que não cabe à autoridade administrativa apreciar arguição de inconstitucionalidade, por transbordar os limites de sua competência, sustenta a constitucionalidade dos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95, realidade que foi reconhecida pela 1ª Turma do TRF da 4ª Região, ao prover o recurso da PGFN contra a decisão de primeira instância que concedera a liminar e a confirmara por sentença. Apóia-se no ADN COSIT nº 03/96 para não conhecer da impugnação quanto à exigibilidade da Contribuição Social.

Manteve o lançamento da multa porque quando do seu lançamento já fora cassada a liminar, não se enquadrando na hipótese do art. 63 e seu § da Lei nº9.430/96 e, assim, fora da tutela do art. 151, IV, do CTN. Na data do lançamento a medida liminar já havia sido cassada e negada a segurança, sendo que os recursos

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

extraordinário e especial interpostos não suspendem a execução da sentença (art. 497 do CPC).

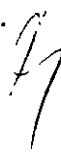
Na fase recursal (fls. 102/140), a empresa, preliminarmente, sustenta a inconstitucionalidade do ADN COSIT nº 03/96 e a sua inaplicabilidade ao caso concreto, que enseja o cerceamento do seu direito de defesa. Sustenta que a matéria que se está discutindo na esfera judicial não é a mesma àquela aduzida na impugnação, pois a recorrente está-se insurgindo na esfera administrativa, ou seja, a multa e os juros de mora (fls. 112).

Insiste a recorrente na legitimidade da compensação integral das bases de cálculo negativas, e de que há ofensa ao conceito de lucro e renda, os princípios da irretroatividade e da anterioridade e dos direitos adquiridos, discorrendo a propósito.

Quanto à multa é descabida porque a condição estabelecida no art. 63 da Lei nº 9.430/96 é que o contribuinte tenha ingressado em Juízo antes da ação fiscal e tenha recebido a concessão liminar, pouco importando que tenha sido cassada, não devendo prosperar o argumento de que os recursos extraordinário e especial interpostos não tenham efeito suspensivo. Sustenta que, consoante o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96, a multa cabível seria a de mora, mesmo assim após 30 dias da decisão definitiva. Decisão definitiva é a que transitou em julgado.

Os juros de mora, por seu turno, são indevidos simplesmente porque não há mora, reportando-se a ensinamentos da Doutrina.

Por fim, pede a reforma da decisão recorrida, cancelando-se a exigência a título de CSSL, atualização monetária, multa, juros e demais encargos.



Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

Cientificada da decisão de primeira instância em 05/03/01 (fls. 101), a empresa, apresentou o seu recurso a este Colegiado (fls. 102/140), em 03/04/01 (fls. 102), instruindo-o com a prova do depósito de 30% do crédito tributário exigido (fls. 142/143).

É o relatório.

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

## VOTO

Conselheiro CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, Relator:

Preliminarmente, não há cerceamento de direito de defesa ao recusar-se a autoridade julgadora de primeira instância de conhecer a impugnação da recorrente quanto ao mérito do lançamento da Contribuição Social porque os recursos especial e extraordinário interpostos e recebidos, ainda pendentes de decisão, não afastaram a realidade de que a matéria ainda se encontra pendente de decisão final do Poder Judiciário. Tampouco, as novas regras editadas com a MP 1.621-30, de 15/12/97, artigos 32 e 33, revogaram ou derogaram as restrições contidas no parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80 (Execuções Fiscais), assim como o art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/79. Se inconstitucionalidade existe, seria das novas regras e sua arguição teria como destinatário o próprio Poder Judiciário, quando da propositura da ação pertinente.

No mérito, como se verifica dos documentos acostados aos autos, a empresa recorreu ao Poder Judiciário, com vistas a eximi-la do limite para compensar a base de cálculo da contribuição referente ao exercício de 1996 com a base negativa de períodos anteriores.

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:



Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

**"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.**

**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**

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

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 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

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

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:

**"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

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

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.

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, não pode 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."

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

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”

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 for suspensa por força de liminar em mandado de segurança, concedida antes do início de qualquer procedimento de ofício.

Foi exatamente o que ocorreu. A empresa requereu e obteve liminar em mandado de segurança, antes de qualquer procedimento de ofício.

É verdade que, posteriormente, a liminar e a segurança concedidas foram cassadas pelo Tribunal Regional Federal e que o recurso à instância superior não tem efeito suspensivo.

Inobstante, é inegável que o contribuinte levantou a questão ao bater às portas da Justiça, e, por via indireta, levou o fato ao conhecimento do fisco.

Ora, se assim é, sucumbente a empresa, em decisão definitiva, ou seja, transitada em julgado, caberia ao fisco cobrar a Contribuição Social com a multa de mora, com a incidência desta interrompida no período compreendido entre a data da

Processo nº : 10920.000384/00-24  
Acórdão nº : 107-06.351

concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Ainda que não tivesse havido lançamento anterior, o fisco não poderia constituir o crédito e a multa de lançamento de ofício, como ocorreu na espécie.

É o que se depreende do disposto no art. 63 e seus §§, retrotranscritos.

O fato de o fisco deixar para lançar a contribuição após o pronunciamento do Judiciário não irá mudar o tratamento determinado pela lei, que deverá imperar em qualquer que seja o momento escolhido pela Administração para constituição do crédito.

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

Nesta ordem de juízos, deixo de tomar conhecimento do recurso interposto no que se refere à matéria submetida ao Poder Judiciário, e dou provimento parcial ao recurso para afastar a multa de lançamento de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 26 de julho de 2001.



CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES