



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

CLEOS

Processo nº : 10980.013520/98-81
Recurso nº. : 122.363
Matéria : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - Ex: 1993
Recorrente : DOURADA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES
MOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida : DRJ em CURITIBA - PR
Sessão de : 07 de junho de 2000
Acórdão nº. : 107-05.993

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS
PROCESSUAIS - NULIDADES** - Se os atos administrativos são
praticados com observância de medida liminar concedida em
mandado de segurança, não há que se falar em nulidades.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS
PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA
CONCOMITANTES** - A busca da tutela jurisdicional do Poder
Judiciário acarreta a renúncia ao litígio administrativo e impede a
apreciação das razões de mérito por parte da autoridade
administrativa a quem caberia o julgamento da lide.

**MANDADO DE SEGURANÇA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO -
IMPROCEDÊNCIA DA MULTA** - Tendo o Poder Judiciário, em
sede de mandado de segurança, concedido ao contribuinte
sentença favorável em seu pleito, suspendendo a exigência do
crédito tributário, não é cabível a aplicação de multa de lançamento
de ofício. Aplicação do art. 63 da Lei nº 9.430/96 e do AD(N) CST
nº 1/97.

**ACRÉSCIMOS LEGAIS – JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC -
CABIMENTO** - Não obstante o sujeito passivo esteja sob a tutela do
Poder Judiciário, cabível é o lançamento dos acréscimos legais,
juntamente com os tributos devidos, quando a medida liminar
concedida não vedar a sua formalização.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
por DOURADA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial para afastar tão so

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

a aplicação da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO
PRESIDENTE


NATANAEL MARTINS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 AGO 2000

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

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

Recurso nº. : 122.363
Recorrente : DOURADA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS
LTDA.

RELATÓRIO

DOURADA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS
LTDA., já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 221/240, da decisão prolatada às fls. 207/213, da lavra da Sra. Delegada da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de Contribuição Social, fls. 89.

Na peça básica da exigência fiscal, a autoridade autuante informa
que:

"O contribuinte impetrou junto a 7ª Vara da Justiça Federal do Paraná, Mandado de Segurança, objetivando a compensação integral dos resultados negativos apurados em balanços anuais até 31/12/91, na base de cálculo da contribuição social sobre o lucro apurada em 30/06/92 e exercícios futuros.

Em primeira instância a liminar foi deferida em 05/08/94 e a segurança concedida em 27/09/95 (fls. 30 a 35).

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso de Apelação.

Em 19 de agosto de 1997, a Apelação foi julgada pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 36), dando provimento ao apelo da União, ou seja, somente são dedutíveis os valores negativos mensais apurados após 01/01/92 – Legalidade da Instrução Normativa DRF nr. 90/92.

Conforme demonstrativos de fls. 80 a 85 apresentados pelo contribuinte em atendimento ao Termo de Intimação datado de 23/09/98 e na cópia da declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – Anexo 3 às fls. 66 a 67, o contribuinte

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

compensou as bases de cálculo negativa de 31/12/90 e 31/12/91, com bases de cálculo de períodos posteriores, infringindo, dessa forma, a legislação citada abaixo.

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Anos-base: 88 a 92 – Artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 7.689/88.

Anos-base: 93 e 94 – Artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 7.689/88; artigos 38 e 39 da Lei nº 8.541/92."

Inaugurando a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com protocolização da peça impugnativa de fls. 97/110, seguiu-se a decisão de primeira instância, assim ementada:

**"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO
CSLL**

AÇÃO JUDICIAL.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas (ADN 3/1996-COSIT).

ATIVIDADE DE LANÇAMENTO.

A suspensão da exigibilidade do crédito não impede sua constituição mediante lançamento de ofício, com a lavratura de auto de infração, dada a vinculação e obrigatoriedade, características dessa atividade.

MULTA DE OFÍCIO.

Não estando, quando do lançamento de ofício, suspensa a exigibilidade por liminar em mandado de segurança, é cabível a exigência da multa de ofício.

JUROS DE MORA.

Em face da legislação de regência é cabível a incidência de juros de mora sobre crédito regularmente constituído, decorrente de lançamento de ofício.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

Ciente da decisão em 20/03/2000 (AR fls. 220), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 19/04/2000, onde reprisa, em tese, os argumentos apresentados na defesa inicial

Às fls. 241, cópia do recibo de depósito correspondente a 30% do crédito tributário, destinado ao seguimento do recurso administrativo, nos termos da legislação em vigor.

É o Relatório.

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

VOTO

Conselheiro NATANAEL MARTINS, Relator

O Recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Inicialmente cabe apreciar o fato acerca do questionamento sobre a possibilidade ou não de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício. A esse respeito, o Juízo da 7ª Vara de Justiça Federal em Curitiba-PR, ao conceder a medida liminar em favor da recorrente, deixou de se manifestar sobre a impossibilidade da constituição do lançamento tributário.

Verifica-se, do exposto, o equívoco da pessoa jurídica ao argumentar a impossibilidade do lançamento de ofício, pois o prolator da liminar não o impede em momento algum. De modo que a discussão em torno da validade jurídica do auto de infração, no que respeita a sua formalização tornou-se desnecessária ou vazia de sentido, ainda que os efeitos da liminar estivessem operando quando da sua lavratura.

Mesmo que a liminar tivesse o condão de impedir o lançamento de ofício (que, como demonstrado acima, não teve), os seus efeitos, à época da lavratura, já não mais se operavam (o Acórdão que deu provimento à apelação em mandado de segurança data de 19 de agosto de 1997 e o auto de infração foi lavrado em 05 de novembro de 1998).

Nessas circunstâncias, andou a autoridade lançadora ao aplicar o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o qual determina que: *“Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria*

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Assim, não cabe à autoridade responsável, optar por lançar ou não o tributo ou escolher o momento que bem lhe aprouver para fazê-lo. E o lançamento levado a efeito não concorreu para a nulidade do Auto de Infração, pois sua lavratura não estava impedida pela liminar, além disso, nenhum prejuízo causou à contribuinte, de modo a impedir manifestar o seu amplo direito de defesa.

Quanto ao mérito, duas são as questões levantadas pela recorrente: a compensação integral dos resultados negativos apurados em balanços anuais até 31/12/91, na base de cálculo da CSLL apurada em 30/06/92 e exercícios futuros e da imposição de acréscimos legais e da multa de ofício.

Quanto à primeira questão, vimos de ver do Relatório, preferiu a recorrente optar pela via judiciária, visando obter resposta sobre ser correto ou não o seu procedimento, de sorte, também, a se precaver contra eventuais ações fiscais, sem dúvida por estar ciente de que naquela esfera, ao obter o direito aplicável à espécie, restaria solucionado definitivamente a controvérsia. Ao ser autuada pelo Fisco Federal, apresentou impugnação ao lançamento, insurgindo-se contra o mérito da exigência, paralelamente, portanto, às medidas impetradas junto ao Poder Judiciário.

Ainda que o auto de infração atacado tenha sido lavrado após o ingresso em juízo, para apreciação, pelo Poder Judiciário, de semelhante matéria, não poderia a Autoridade julgadora, ao contrário do que entende a recorrente, manifestar-se acerca da questão, posto que impedida de fazê-lo em razão do procedimento inicial do contribuinte e em face da soberania daquele órgão que possui a prerrogativa constitucional referente ao controle jurisdicional dos atos administrativos.

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

Nesse sentido, assim se pronunciou o Procurador da Fazenda Nacional Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira:

“30. O Decreto nº 70.235, de 6/3/72, contém as normas processuais da fase contenciosa administrativa. No pressuposto de que ocorra, já, aí, a inconformidade do contribuinte.

31. O art. 62, desse Decreto, dispõe apenas sobre a suspensão da execução. E o parágrafo único permite, a par da existência de pretensão formulada em Juízo, que se complete a individualização da obrigação, fazendo nascer o título. Existindo este, materializado e individualizado, estaria finda a fase administrativa. Esta só se prolonga em razão do recurso voluntário facultado ao contribuinte.

32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial, importa, em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir da autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo, válido, dado por intempestivo, ou incabível por falta de garantia, ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.

37. Portanto, desde que a parte ingressa em Juízo contra o mérito da decisão administrativa - contra o título materializado da

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

obrigação - essa opção via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior."

(extraído de transcrição constante de estudo elaborado pela DISIT/SRRF/10ª RF).

Subscrevendo tais considerações e conclusões, o então Sub-Procurador Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiróz, assim alinhavou a questão, dentre outros:

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à Jurisdição administrativa -, pela impugnação da exigência (recurso latu sensu), seguida, ou mesmo antecedida, de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual - ordenatória, declaratória ou de outro rito - a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento - exceto na hipótese de mandado de segurança, ou medida liminar, específico - até a inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal da instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial." (idem, idem).

Da lição de Seabra Fagundes (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário - Ed. Saraiva, 1984, p. 90/92), se extrai os seguintes ensinamentos:

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.

55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional ... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos conseqüentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo; outra, formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força."

Diante disso, verifica-se que a Autoridade recorrida agiu com observância da estrita legalidade ao recusar-se quanto à análise do mérito da principal questão objeto dos autos, porquanto a renúncia à instância administrativa (e a desistência de qualquer manifestação de defesa nesta esfera, por conseguinte), está mais que caracterizada, ainda que a recorrente tenha batido às portas do Poder Judiciário antes da lavratura do Auto de Infração, posto tratar-se de semelhante matéria de mérito sobre a qual houve o ingresso em Juízo.

Também o artigo 1º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79, dispondo sobre o assunto aqui tratado, esclarece:

"A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória de nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Conclui-se, portanto, que a este Colegiado, tal como na instância "a quo", é defeso manifestar-se acerca do mérito da questão, visto que submetida ao crivo do Poder Judiciário.

DA MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO

A recorrente, ao tempo da pratica dos que motivaram a lavratura do auto de infração achava-se protegida pelos efeitos da tutela do Poder Judiciário. O

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

direito postulado e efetivamente exercido, conseqüentemente, se fez amparado pela sede jurisdicional que lhe fora concedida.

Por seu turno, o enquadramento legal para a aplicação da multa de ofício, segundo consta do auto de infração, é o artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91, que dispõe:

"Art. 4º - Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou a diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS serão aplicadas as seguintes multas:

I - de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e na de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte."

Verifica-se que a recorrente não praticou o delito que motivou a penalidade que lhe foi imposta, porquanto se achava amparada em sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Com efeito, mesmo tendo-se presente a tese de que a obrigação tributária (conseqüentemente as penalidades decorrentes de seu descumprimento) independeria da intenção do agente, a verdade é que a imposição de penalidade pressupõe a ocorrência de um ilícito.

Nesse sentido é clara a lição de Sacha Calmon Navarro Coelho:

"Caracterizada a infração deve ser a sanção. Vimos de ver que a hipótese de incidência das normas sancionantes é precisamente o ilícito. Com a realização da infração "in concreto" incide o mandamento da norma sancionante. Vale dizer: realizado o "suposto" advém a "conseqüência", no caso a sanção, conforme prevista e nos exatos termos dessa mesma previsão." (Teoria e Prática das Multas Tributárias, 2ª Ed., Forense, p.39).

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

Além disso, a multa de lançamento de ofício pressupõe o exercício específico fiscalizatório das autoridades administrativas no sentido de, pessoalmente, evidenciarem a falta cometida pelo contribuinte, conforme assevera Mitsuo Narahashi:

"... se o contribuinte ou o responsável não houver dado conhecimento da ocorrência do fato gerador ao sujeito ativo, ficará sujeito à multa de lançamento de ofício, além de outras cominações previstas em lei." (Revista Dialética de Direito Tributário nº 13, p. 62).

Os fatos ocorridos, à evidência, não se ajustam às hipóteses descritas em lei como ensejadores da penalidade imposta - falta de recolhimento na medida em que o pagamento não se verificou por estar a recorrente ao abrigo de segurança concedida pelo Poder Judiciário, desobrigando-a do pagamento da exação.

A Lei nº 9.430/96, em seu artigo 63, veio por um fim a quaisquer dúvidas a respeito da aplicabilidade ou não da multa de ofício no presente caso, ao dispor:

"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 houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei 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 : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

Por se tratar de regra de penalidade de caráter benéfico, por força do art. 106, II, "c", do CTN, seus efeitos são retroativos, como assim, aliás, expressamente orientou a Receita Federal no AD(N) nº 1/97, "verbis":

"II - o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96, aplica-se inclusive aos processos em andamento constituídos até 31.12.96."

DOS JUROS MORATÓRIOS

Relativamente aos juros exigidos, a jurisprudência deste Colegiado é no sentido de que os mesmos são cabíveis, pois tratam-se de remuneração de capital, exigíveis em face de os valores devidos não terem sido, a tempo e hora, recolhidos aos cofres da União.

Caberia razão à recorrente, caso esta tivesse efetuado o depósito judicial preventivo, o que não aconteceu, sendo, portanto, aplicáveis à matéria.

Quanto à forma de cálculo dos juros de mora lançados no auto de infração com base na taxa SELIC, também 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 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)

Processo nº : 10980.013520/98-81
Acórdão nº : 107-05.993

No caso em tela, os juros moratórios foram lançados com base no disposto no artigo 84, § 5º, da Lei nº 8.981/95, c/c 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. 47).

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.

Nesta ordem de juízos, voto no sentido de conhecer do recurso em parte, para rejeitar a preliminar de nulidade e, quanto ao mérito, afastar da exigência, a multa lançada de ofício.

Sala das Sessões, 07 de junho de 2000.


NATANAEL MARTINS