



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº.: 13807.004177/2001-31

Recurso nº.: 137116

Matéria : IRPJ

Recorrente : DRJ – SÃO PAULO/SP

Recorrida : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

Sessão de : 17 de março de 2004

Acórdão nº.: 101-94.524

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO –

Somente enseja nulidade, os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa; falhas formais relacionadas com o Mandado de Procedimento Fiscal ou o meio utilizado para formalizar o crédito tributário, se auto de infração ou notificação de lançamento, não dão causa para invalidar todo o procedimento fiscal.

IRPJ – AÇÃO JUDICIAL – CONCOMITÂNCIA –

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitiva, neste âmbito, a exigência do crédito tributário, ante a competência privativa do Poder Judiciário atribuído pela CF, art. 102.

JUROS DE MORA – TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa –

Em não havendo depósito do valor integral do crédito tributário que se encontra com sua exigibilidade suspensa por força de medida judicial, cabível a exigência dos juros moratórios.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC –

A utilização da taxa Selic para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, não cabendo aos órgãos do Poder Executivo deliberar sobre a sua aplicação.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos no recurso interposto por COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade

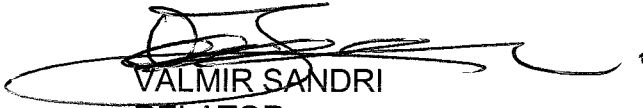
Processo nº.: 13807.004177/2001-31

Acórdão nº. : 101-94.524

suscitada e, no mérito, conhecer em parte do recurso, para negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



VALMIR SANDRI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SANDRA MARIA FARONI, PAULO ROBERTO CORTEZ e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

RELATÓRIO

COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, já qualificada nos autos, recorre a este E. Conselho de Contribuintes, de decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo-SP, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 107/108, relativo a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 1997 e 1998, por ter sido apurado a seguinte irregularidade:

001 – EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES

EXCLUSÕES INDEVIDAS

VALORES COM EXIGIBILIDADE SUSPensa

Redução indevida da base de cálculo do IRPJ em função de exclusões a título de “efeitos do Plano Verão”.

De acordo com o Termo de Constatação Fiscal, a contribuinte impetrou Medida Cautelar Inominada contra a União Federal, objetivando a dedução do lucro para fins de apuração das bases de cálculo do IRPJ e CSLL, dos efeitos do “Plano Verão” (Lei n. 7.730/89), consubstanciados na aplicação do índice de 70,28%, relativo à correção monetária sobre as demonstrações financeiras correspondentes ao ano-base de 1989.

Na Ação Ordinária distribuída por dependência, a empresa teve decisão (não definitiva), na qual foi julgado, parcialmente, procedente o pedido do contribuinte, admitindo o índice de 42,72%, e não o índice pleiteado de 70,28%, referente ao IPC de janeiro/89.

Intimada do auto de infração, impugnou o feito às fls. 116/133, esclarecendo, inicialmente, que o procedimento por ela adotado está amparado não por liminar, mas por sentença de mérito proferida nos citados autos (Medida Cautelar).

Preliminarmente, alega vícios do Mandado de Procedimento Fiscal, por não cumpridos os requisitos exigidos pela Portaria SRF nr. 1.265/99, dado que o tributo fiscalizado por meio do presente processo administrativo é o IRPJ e o período de fiscalização compreende os anos-base de 1997 e 1998, diferentemente do que veio disposto no procedimento de fiscalização do referido MPF-F, ou seja, que o tributo a ser fiscalizado seria o IRPJ, nos anos-base de 1996 e 1997.

Continuando, alega que o MPF-F e também os demais MPF-Complementares, não merecem prosperar pelo fato de terem sido expedidos pelas autoridades incompetentes, quais sejam, o Chefe da Divisão de Fiscalização da Indústria e o Chefe Substituto da Divisão de Fiscalização e Indústria, pois não consta da Portaria nr. 1256/99, que os mesmos são competentes para a expedição dos MPF.

Alega ainda, que os MPF-F e MPF-C estão eivados de vícios, pois, que a ciência do contribuinte sempre ocorreu, tardiamente, ou seja, alguns dias após a expedição das referidas ordens, havendo clara afronta ao princípio da publicidade dos atos administrativos.

Entende que foi utilizado meio inadequado para a constituição do crédito tributário, pois, a lavratura do auto de infração só se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte, e que no caso, não havendo tais infrações, o instrumento jurídico para garantir a constituição do crédito é a notificação de lançamento.

Alega que não se poderá aplicar ao caso sob exame, o artigo 38 da Lei nr. 6.830/80, porquanto a Medida Judicial foi ajuizada anteriormente à autuação que originou o presente processo, e ainda, que o art. 51 da Lei nr. 9.784/99, revogou a norma do parágrafo único, do artigo 38 da Lei nr. 6.830/80.

Para afastar o argumento de que não renunciou, expressamente, a via administrativa, alega que no processo judicial se discute o direito em si mesmo, a

constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que não permite a utilização do saldo da correção monetária verificado com a aplicação do índice de 70,28% sobre as demonstrações financeiras relativas ao ano-base de 1989, para fins de apuração do lucro real, não examinando, em nenhum momento o *quantum* objeto da autuação, ao passo que no processo administrativo, examina-se a hipótese, em concreto, desencadeada pela autuação fiscal, e seus respectivos montantes.

No mérito, tece considerações acerca dos efeitos do denominado "Plano Verão", que distorceu sobremaneira a base de cálculo do tributo, por não considerar a inflação de 70,28% ocorrida no mês de janeiro de 1989.

Entende que, se não aceito o índice de 70,28%, deve-se ao menos ser considerados os índices de 42,72% em janeiro/89 e 10,14% em fevereiro/89, conforme já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça.

Assevera que é obrigação de todos os funcionários públicos, a aplicação em primeiro lugar os princípios constitucionais, deixando, por conseguinte, de aplicar Lei que afronta a Constituição Federal.

Entende inaplicável a exigência dos juros de mora, porquanto, a matéria posta nos presentes autos encontra-se *sub judice*, transcrevendo acórdão do E. Conselho de Contribuintes neste sentido.

Alega também, que a taxa de juros calculada com base na taxa Selic é ilegal e inconstitucional, porquanto possui natureza jurídica, totalmente, diferente da "mora" por parte do devedor, e porque não foi criada por lei, o que ofende ao princípio constitucional da legalidade.

Requer ao final o cancelamento do auto de infração.

À vista de sua impugnação, a autoridade julgadora de primeira instância, julgou procedente o lançamento (fls. 142/151), não tomando conhecimento da impugnação na parte em que o contribuinte discute a mesma matéria levada à

decisão do Poder Judiciário, não afasta a aplicação da norma considerada inconstitucional pela Recorrente, entende que o procedimento fiscal adotado e o auto de infração estão de acordo com a legislação, assim como, os juros moratórios, ficando o acórdão assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ

Ano-calendário: 1997, 1998

Ementa: Concomitância entre o processo judicial e o administrativo – A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, antes da autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas.

Inconstitucionalidade – À esfera administrativa não compete afastar a aplicação de norma regularmente publicada e em vigor.

Ação fiscal – O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) pode ser alterado após a sua emissão, visando incluir períodos a serem fiscalizados e prorrogar o prazo de validade.

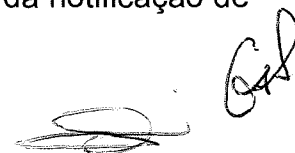
Auto de infração – O auto de infração é o instrumento adequado para formalizar o crédito tributário resultante de ação fiscal direta.

Juros de Mora – A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência dos juros moratórios calculados até a data do efetivo pagamento. A cobrança de juros moratórios equivalentes à taxa SELIC tem previsão legal, devendo prosperar sua exigência.

Lançamento Procedente.

Intimada da decisão *a quo*, tempestivamente, recorre a este E. Conselho de Contribuintes (fls. 154/179), aduzindo, em síntese, os mesmos argumentos despendidos na sua exordial às fls. 116/133, quais sejam, da nulidade do MPF por vício formal, porque expedido por autoridade incompetente, porque as ciências do MPF-C ocorreram de forma intempestiva, ou seja, após o decurso do prazo de validade do MPF-C anterior.

Entende como inadequado o meio utilizado pela fiscalização para constituir o crédito tributário, ou seja, via auto de infração, ao invés da notificação de lançamento.



Novamente, alega que há uma interpretação incorreta por parte da administração do artigo 38 da Lei n. 6.830/80, quando se nega a apreciar matéria levada ao Poder Judiciário pelo contribuinte, tecendo uma série de considerações a respeito.

Quanto ao mérito, alega novamente os efeitos do denominado "Plano Verão", da competência para não aplicar Lei que afronta a Constituição Federal, dos juros de mora incidente sobre tributos com sua exigibilidade suspensa em decorrência de decisão proferida em Medida Cautelar, assim como, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora.

Requer ao final o cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.A smaller, more compact handwritten signature in black ink, featuring a prominent loop at the top and a few additional strokes.

VOTO

Conselheiro VALMIR SANDRI, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme se verifica do relatório, preliminarmente, a Recorrente argúi a nulidade dos Mandados de Procedimento Fiscal-F e Complementares; a uma porque, incompetente a autoridade expedidora dos mesmos; a duas porque, as ciências ocorreram de forma intempestiva, tendo em vista que se deu a ciência após o decurso do prazo de validade do MPF-C anterior; e a três porque, inadequado o meio utilizado para constituir o crédito tributário – auto de infração -, ao invés de notificação de lançamento.

Ao que pese os argumentos despendidos pela Recorrente para invalidar todo o procedimento fiscal, entendo, com a *devida vênia*, que os mesmos não tem como prosperar, pois, eventuais irregularidades formais porventura ocorridas quanto à observância das regras pertinentes ao Mandado de Procedimento Fiscal, não são suficientes para viciar o lançamento, se, como ocorre na espécie dos autos, foram seguidas às disposições legais pertinentes à lavratura do auto de infração, e os atos e termos constantes do processo foram lavrados por pessoa competente, no caso, Auditor Fiscal, a teor do art. 142 do CTN.

De fato, eventuais incorreções e/ou omissões no Mandado de Procedimento Fiscal, não são causa para invalidar ato praticado por Auditor Fiscal da Receita Federal, cuja competência é derivada diretamente da lei, cabendo a ele, independentemente de observância de normas administrativas, cumprir as determinações contidas no art. 142 do CTN, ou seja, sempre que apurar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, deverá determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo da obrigação tributária e, sendo a hipótese, impor a respectiva penalidade caso se

verifique a ocorrência de infração à lei, sob pena de responsabilidade funcional, haja vista ser ato vinculado e obrigatório.

O fato é que o MPF consiste em uma ordem administrativa, emanada de dirigentes das unidades da Secretaria da Receita Federal, servindo, por um lado, como instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais em relação a tributos administradas pela Secretaria da Receita Federal, e por outro lado, como requisito de validade da realização de procedimento fiscal, na medida em que confere ao sujeito passivo da obrigação tributária um instrumento hábil para certificar-se da regularidade da ação fiscalizadora.

Da mesma forma, não pode prosperar seus argumentos no sentido de que foi utilizado meio impróprio para constituir o crédito tributário, ou seja, auto de infração ao invés de notificação de lançamento, tendo em vista que para o caso em questão – local da verificação da falta -, a lei determina que seja lavrado auto de infração, conforme disposto no art. 10, do Decreto nr. 70.235/72.

Não fossem os argumentos acima que pó si só afastam de plano as nulidades argüidas, o fato é que o Decreto 70.235/72 que regulamentou o processo administrativo fiscal, somente considera nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termo do art. 59, incisos I e II, do referido diploma legal, o que, evidentemente, não se aplica ao presente caso, devendo, portanto, ser afastadas as preliminares suscitadas pela Recorrente.

Quanto ao mérito, a Recorrente argúi o seu direito de ver reconhecido administrativamente os índices de 42,72% no mês de Janeiro/89 e 10,14% no mês de fevereiro/89, computados sobre as suas demonstrações financeiras, porquanto, já reconhecido na decisão judicial (Ação Declaratória) e pelo E. Superior Tribunal de Justiça, e sendo assim, inaplicável para o presente caso o disposto no art. 38 da Lei nr. 6.830/80, tendo em vista que a medida judicial precedeu a presente exigência

Ocorre que, o que se discute administrativamente e no Poder Judiciário é a mesma matéria e objeto, ou seja, os efeitos da correção monetária de 70,28% não considerado no denominado “Plano Verão” e deduzidos pela Recorrente na base de cálculo da exigência ora questionada, não se tratando, desta forma de eventuais erros ou defeitos ocorridos quando do lançamento, ou ainda, de questão diversa ventilada na ação judicial, o que evidentemente caberia análise por este E. Conselho, independentemente da ação judicial.

Logo, não sendo esta a situação, não pode se admitir que a autoridade julgadora administrativa possa se manifestar sobre questão que se encontre *sob judice* no âmbito judicial, sob pena de usurpar competência do Poder Judiciário, que possui caráter privativo para julgar em definitivo os litígios, competência esta atribuída pela Constituição Federal, art. 102.

Desta forma, mesmo que já reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça à defasagem de correção monetária ocorrida por ocasião do “Plano Verão”, ou seja, considerados “*inter partes*” os índices “pro rata” de 42,72% e 10,14%, não pode o julgador administrativo se pronunciar a respeito dos mesmos, tendo em vista a simultaneidade de processo administrativo e ação judicial com a mesma matéria e objeto.

Quanto aos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário suspenso em virtude da medida judicial, deve ser observado que de acordo com a legislação em vigor, os juros de mora são devidos mesmo durante o período de suspensão da respectiva cobrança por decisão administrativa ou judicial, consoante disposto no art. 953 do RIR/99 e art. 161 do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, é farta a jurisprudência deste E. Conselho de Contribuintes no sentido de que, nos lançamentos formalizados para evitar a decadência, no curso do processo judicial proposto antes do início do procedimento fiscal, são exigíveis os juros de mora, exceto quando houver depósito do valor integral do crédito tributário, a partir da data da efetivação do depósito, o que diga-se de passagem, não é o caso ora analisado.

Quanto à utilização da taxa Selic para a exigência dos juros moratórios, deve ser observado que a mesma esta devidamente determinada em lei, ou seja, art. 84 da Lei n. 8.981/95 e art. 13 da Lei n. 9.065/95, cabendo apenas à Administração Tributária a sua aplicação nos casos de tributos e contribuições não pagos nos prazos previstos na legislação.

De todo o exposto, entendo que não merece qualquer reforma a bem fundamentada decisão recorrida, a qual peço *vênia* para adota-la como se minha fosse.

Sendo assim, voto no sentido de afastar as preliminares suscitadas, não conhecer da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário, e NEGAR provimento ao recurso quanto às demais matérias.

É como voto.

Sala das Sessões (DF), em 17 de março de 2004


VALMIR SANDRI

