



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

PROCESSO Nº : 13808.002992/2001-55
RECURSO Nº : 129.644
MATÉRIA : CSLL – EXS: DE 1997
RECORRENTE : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A
RECORRIDA : DRJ EM SÃO PAULO(SP)
SESSÃO DE : 05 DE DEZEMBRO DE 2002
ACÓRDÃO Nº : 101-94.030

PRELIMINAR. LANÇAMENTO. NULIDADE. Não procede a alegação de nulidade do lançamento quando o Auto de Infração indica os dispositivos legais infringidos e os respectivos termos de verificação descreve minuciosamente as irregularidades cometidas pelo sujeito passivo.

PRELIMINAR. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. Quando o sujeito passivo apresentou a declaração de rendimentos do exercício com opção pela apuração anual do lucro real, o termo inicial da decadência é o 1º dia do período seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

OPÇÃO POR VIA JUDICIAL. A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas. Confirmação da decisão de 1º grau que não conheceu do mérito.

CSLL. COMPENSAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. LIMITE DE 30%. POSTERGAÇÃO DE PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÃO. A tese da postergação de pagamento de imposto ou contribuição, por inobservância do regime de competência só pode ser aceita se comprovado pagamento do tributo em períodos posteriores visto que persistindo bases de cálculo negativas, inócorre a alegada postergação (PN/COSIT nº 02/96).

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Concedida a liminar em mandado de segurança, não cabe lançamento de multa de ofício, conforme estabelecido no artigo 63, da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência de juros moratórios calculados até a data do efetivo pagamento. A cobrança de juros moratórios à taxa SELIC está regulada pelo artigo 13 da Lei nº 9.065/95, cujo dispositivo não foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e nem suspensa a sua execução pelo Senado Federal e, portanto, está em pleno vigor.

Rejeitada a preliminar suscitada e, no mérito, provido, parcialmente.

PROCESSO Nº: 13808.002992/2001-55
ACÓRDÃO Nº : 101-94.030

RECURSO Nº. : 129.644
RECORRENTE: VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A**.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, não conhecer do litígio submetido ao crivo do Poder Judiciário e, na parte conhecida, dar provimento parcial para excluir a multa de lançamento de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral que conhecia do recurso voluntário.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 20 DEZ 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, SANDRA MARIA FARONI, RAUL PIMENTEL, PAULO ROBERTO CORTEZ e CELSO ALVES FEITOSA.

PROCESSO Nº: 13808.002992/2001-55

ACÓRDÃO Nº : 101-94.030

RECURSO Nº. : 129.644

RECORRENTE: VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A

RELATÓRIO

A empresa **VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A**, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob nº 60.703.923/0001-31, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo(SP), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

No Auto de Infração, de fls. 197 e 198, e seus anexos foi constituído crédito tributário de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no valor de R\$ 6.765.286,25, acrescido da multa de lançamento de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) e dos juros moratórios.

Este crédito tributário incidiu sobre lucro líquido alterado para maior em virtude da limitação de 30% do mesmo lucro ajustado, na compensação da base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de período-base encerrado em 31 de dezembro de 1996.

O sujeito passivo compensou a base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, sem a observância do limite de 30% do lucro líquido ajustado, com amparo na sentença de mérito proferida no processo de Mandado de Segurança nº 95.0005867-7, pelo Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

A autuação fiscal capitulou infração no artigo 2º e §§, da Lei nº 7.689/88, nos artigos 57, 'caput', §§ 2º, 3º e 4º e 58 da Lei nº 8.981/95, artigo 19 da Lei nº 9.249/95 e artigo 16 da Lei nº 9.065/95.

Na decisão de 1º grau, a exigência foi mantida na sua totalidade, consubstanciada na seguinte ementa:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO. A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, antes da autuação, como o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas.

INCONSTITUCIONALIDADE. À esfera administrativa não compete a análise da constitucionalidade ou legalidade das normas jurídicas.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. Cabível o lançamento da multa de ofício quando houver falta de pagamento ou recolhimento de tributo, nos casos em que a exigibilidade do crédito tributário não estiver suspensa.

JUROS DE MORA. CABIMENTO. 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 SILIC tem previsão legal, devendo prosperar sua exigência.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

No recurso voluntário, de fls. 272 a 300, protocolado no dia 15 de janeiro de 2002, a recorrente levanta a preliminar de nulidade do lançamento, pela carência da tipificação e enquadramento legal para o lançamento.

No mérito, tece longas considerações sobre a inconstitucionalidade da tributação pretendida especialmente quanto ao direito adquirido e princípio de capacidade contributiva.

Sustenta a recorrente que o direito a compensação foi adquirido no período em que foi apurado o prejuízo ou a base de cálculo negativa e que uma vez incorporado este prejuízo ou a base negativa ao patrimônio da pessoa jurídica, o resultado apurado em período subsequente deve, necessariamente, compensar os prejuízos ou as bases negativas de períodos anteriores, sob pena de tributação de lucro inexistente e ferindo a capacidade contributiva.

Além disso, insurge-se contra a cobrança da multa de lançamento de ofício, face ao disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96 e, também, porque a recorrente estava protegida pela medida liminar em mandado de segurança assegurando-lhe o direito de compensar os prejuízos fiscais ou as bases negativas de períodos anteriores.

Manifesta contrariedade, também, quanto à exigência de juros moratórios tendo em vista que a exigência do crédito tributário estava suspensa por medida liminar e, também, contra a utilização da taxa SELIC que representa remuneração de capital e atualização monetária de aplicações financeiras.

Nesta fase recursal, a recorrente apresentou Memorial focalizando, basicamente, os seguintes tópicos:

1 – na declaração de rendimentos, a base de cálculo foi apurada na modalidade de lucro real, com uso de balanços de suspensão, portanto, com efetiva apuração mensal;

2 – para apurar a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido aplicam-se as mesmas normas estabelecidas para o imposto sobre a renda de pessoa jurídica;

3 – visivelmente, o procedimento adotado pela fiscalização visou exclusivamente burlar os efeitos da decadência, uma vez que, se efetivasse o lançamento com bases mensais, não poderia lançar o imposto de janeiro e fevereiro e até maio de 1996, mas se considerassem tais valores em dezembro, provavelmente, a recorrente jamais percebesse a artimanha e uma vez aceita a decadência até o mês de maio de 1996, o todo o lançamento está prejudicado por que a base de cálculo eleita é acumulada de janeiro a dezembro de 1996.

É o relatório.

V O T O

Conselheiro: KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade e concedida a segurança dispensando o depósito recursal de 30% do valor do litígio, deve ser conhecido por esta Câmara.

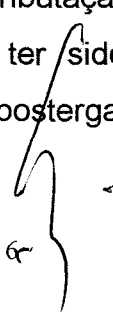
PRELIMINARES

O Auto de Infração indicou os dispositivos legais infringidos de forma clara e o Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades, anexado a fls. 189 e 194, descreveu pormenorizadamente as irregularidades cometidas pelo sujeito passivo.

A infração está perfeitamente tipificada e o enquadramento legal está perfeito e o sujeito passivo apresentou sua impugnação e o seu recurso voluntário e, portanto, não está caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

Desta forma, se o sujeito passivo pode exercer o seu direito de ampla defesa, em toda a sua plenitude, não há que se cogitar de nulidade do lançamento e nem de cerceamento do direito de defesa.

Nesta fase processual, a recorrente levanta a tese de que o lançamento estaria equivocado porque o prejuízo fiscal compensado a maior no ano-calendário de 1996 teria sido objeto de tributação nos anos subseqüente e, que se fosse o caso de lançamento, deveria ter sido efetuado na forma do Parecer Normativo COSIT nº 02/96 e a título de postergação de pagamento de imposto por inobservância do regime de competência.



Esta tese é relevante, mas para que seja aceita, o sujeito passivo deveria ter demonstrado que efetivamente foi pago o imposto nos anos subseqüentes.

Sem esta demonstração, a autoridade julgadora de 2º grau não pode examinar a ocorrência da alegada postergação de pagamento de imposto, por inobservância do regime de competência, já que o próprio Parecer Normativo COSIT Nº 03/96 alerta que se foi apurado prejuízos fiscais nos períodos posteriores, não há que cogitar-se de postergação de pagamento de imposto.

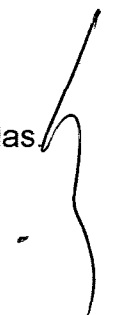
No Memorial, foi requerida a decadência do direito de a Fazenda Pública da União de constituir crédito tributário correspondente ao período de janeiro a maio de 1996 tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado no dia 21 de junho de 2001.

No exercício de 1997, correspondente ao ano-calendário de 1996, a recorrente apresentou a declaração de rendimentos com apuração anual do lucro real e, portanto, não cabe a arguição de decadência relativamente aos meses de janeiro a maio do mesmo ano.

O levantamento do balanço ou balancete de suspensão/redução não se equipara a apuração do lucro real e, portanto, o fato gerador da contribuição social sobre o lucro líquido é anual e não mensal.

O sujeito passivo teve a oportunidade de optar pela apuração mensal ou anual do lucro real, mas preferiu a alternativa de apuração anual e, portanto, não cabe alteração da opção validamente manifestada, após a lavratura do Auto de Infração.

Rejeitam-se as preliminares suscitadas.



MÉRITO

Quanto ao mérito, o sujeito passivo preferiu recorrer ao Poder Judiciário para assegurar o direito de compensação da base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de anos anteriores, com o lucro líquido apurado no balanço encerrado em 31 de dezembro de 1996.

No processo de Mandado de Segurança Preventivo nº 95.0005867-7, a recorrente obteve a liminar em 24 de fevereiro de 1995 e a sentença definitiva em 1º de setembro de 1998 e consoante Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades, anexadas as fls. 189 a 194, esta sentença teria sido reformada em 21 de junho de 2000 pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

De qualquer forma, o litígio foi submetido ao crivo do Poder Judiciário e de acordo com a orientação emanada da Secretaria da Receita Federal, no Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03/96, a autoridade administrativa está impedida de examinar a matéria.

Desta forma, entendo que a autoridade julgadora de 1º grau pautou seu procedimento em conformidade com a orientação emanada da superior administração e não pode ser criticado por este motivo.

Entretanto, quanto à aplicação da multa de lançamento de ofício e da cobrança de juros moratórios, a taxa SELIC, na íntegra o litígio judicial e deve ser objeto de exame em qualquer instância administrativa.

MULTA DE LANÇAMENTO

Quanto à multa de lançamento de ofício, entendo que tem razão a recorrente.

Embora na data da lavratura do Auto de Infração, (28 de junho de 2001), a exigibilidade do crédito tributário não estivesse suspensa porque a sentença de 1º grau havia sido reformada pelo Tribunal Regional Federal (21 de junho de 2000), o artigo 63 da Lei nº 9.430/96 que rege a matéria é clara quando determina:

“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 artigo 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, nos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito 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.”(destaquei)

O texto diz que não cabe o lançamento da multa de ofício quando a exigibilidade **houver sido suspensa** e não **enquanto estiver suspensa** e, portanto, desde que seja concedida a liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributária, incabível a exigência da multa de ofício.

A segunda condição imposta no § 1º é a de que a liminar tenha sido concedida antes de qualquer procedimento de ofício e no caso dos autos, o sujeito passivo estava beneficiado com a liminar e, também, com a sentença em mandado de segurança, antes da lavratura do Auto de Infração.

O terceiro aspecto relevante é a de que se a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora e restabelece a multa de mora 30 dias após a data da publicação da decisão judicial de considerar devido o tributo ou contribuição, o texto legal deixa claro que não há margem para a aplicação da multa de lançamento de ofício.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

Quando foi lavrado o Auto de Infração, o sujeito passivo não estava acobertado pela liminar ou decisão judicial transitada em julgado tendo em vista que a sentença judicial de 1ª instância havia sido reformada pelo Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região.

Desta forma, o lançamento do crédito tributário não estava proibido e mesmo que a exigibilidade estivesse suspensa, o artigo 161 do Código Tributário Nacional não dispensa a incidência dos juros de mora quando estabeleceu:

“Art. 161 – O crédito não integralmente pago no vencimento á 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 garantias prevista nesta Lei ou em lei tributária.

...

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

Como se vê, o Código Tributário Nacional só prevê a dispensa dos juros de mora na hipótese de pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito tributário.

Por outro lado, o artigo 5º do Decreto-lei nº 1.736/79, é taxativo quando determina que:

“Art. 5º - A correção monetária e os juros de mora serão devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial.”

No concerne à taxa SELIC, como juros de mora, de esclarecer que a sua incidência está prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, com a seguinte redação:

“Art. 13 – A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea ‘c’ do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea ‘a.2’, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais acumulada mensalmente.”

Os dispositivos legais citados não foram julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e nem suspensão a sua execução pela Resolução do Senado Federal, de forma que são aplicáveis aos fatos geradores ocorridos na vigência dos textos legais mencionados.

Desta forma e enquanto não for suspensão a execução das leis julgadas inconstitucionais, a autoridade administrativa tem o dever de cumprir e fazê-las cumprir, sob pena de responsabilidade funcional, como prescrito no artigo 142, do Código Tributário Nacional.

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, dar provimento parcial para excluir a multa de lançamento de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 05 de dezembro de 2002


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR