



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 13808.002993/2001-08  
Recurso nº. : 129.530  
Matéria : IRPJ – Ex: 1997  
Recorrente : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A  
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP  
Sessão de : 26 de janeiro de 2005  
Acórdão nº. : 101-94.814

**NORMAS GERAIS – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – DECADÊNCIA SUSCITADA – IMPROCEDÊNCIA** - O direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, conforme determina o art. 173, do Código Tributário Nacional. Realizado o lançamento de ofício na fluência do prazo de cinco anos, improcede a preliminar de decadência.

**IRPJ – LUCRO INFLACIONÁRIO – REALIZAÇÃO** – Comprovado de forma indubitosa, mediante a realização de diligência fiscal em torno de documentos comprobatórios apresentados pelo sujeito passivo na fase recursal, a existência de incorreções no lançamento de ofício, impõe-se os ajustes necessários para excluir do crédito tributário a parcela excedente.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS – AÇÕES JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES – IMPOSSIBILIDADE** – A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento “ex officio”, enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.

**POSTERGAÇÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO** – Considera-se ocorrida a figura da postergação no recolhimento do imposto de renda ou da contribuição social relativo a determinado período-base, apenas quando ocorre o recolhimento espontâneo do mesmo em período-base posterior. Para o acolhimento da ocorrência de postergação é imprescindível a sua comprovação.

**MULTA DE OFÍCIO – LANÇAMENTO DE OFÍCIO APÓS PERDA DE EFICÁCIA DE MEDIDA SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CABIMENTO** – Nos casos de lançamento de ofício são aplicáveis as penalidades pertinentes a este procedimento. A exceção prevista no artigo 63 da Lei 9.430/96 só é aplicável se ainda eficaz, à época do lançamento de ofício, medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, na forma dos incisos IV e V do artigo 151, do Código Tributário Nacional.


PROCESSO Nº. : 13808.002993/2001-08  
ACÓRDÃO Nº. : 101-94.814

JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC – O Código Tributário Nacional autoriza a fixação de percentual de juros de mora diverso daquele previsto no § 1º do art. 161.

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

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso quanto a matéria objeto de discussão judicial e REJEITAR a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para cancelar a exigência relativa ao lucro inflacionário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Sebastião Rodrigues Cabral e Valmir Sandri que também afastavam a multa de ofício.

  
MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS  
PRESIDENTE

  
PAULO ROBERTO CORTEZ  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 MAR 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

PROCESSO Nº. : 13808.002993/2001-08  
ACÓRDÃO Nº. : 101-94.814

RECURSO Nº. : 129.530  
RECORRENTE: VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A

## RELATÓRIO

VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A, já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 290/318, do Acórdão nº 00.114, de 27/11/2001, prolatado pela e. 10ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, que julgou procedente o crédito tributário constituído no auto de infração de IRPJ, fls. 207.

A acusação fiscal diz respeito às seguintes parcelas apuradas no lucro tributável apurado em 31/12/1996:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	VALOR TRIBUTÁVEL
Prejuízo fiscal compensado acima de 30%	103.578.608,71
Lucro Inflacionário realizado	3.082.632,75
TOTAL TRIBUTADO	106.661.241,46

O sujeito passivo compensou prejuízos fiscais acumulados em anos anteriores, 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 da Seção Judiciária de São Paulo.

A fiscalização entendeu que foram infringidos os seguintes dispositivos legais: artigo 196, inciso III, 197, § único, do RIR/94 e artigo 15, § único, da Lei nº 9.065/95.

Quanto ao lucro inflacionário, a autoridade lançadora demonstrou a seqüência e a evolução do lucro inflacionário diferido pelo sujeito passivo e regularmente declarado, bem como a sua realização, conforme planilhas de fls. 17 a 22, infringindo os artigos 195, 417, 418, 419 e 422 do RIR/94, combinado com os artigos 5º, 7º e 8º, da Lei nº 9.065/95 e, ainda, os artigos 6º, § único e 7º da Lei nº 9.249/95.

A Turma de Julgamento de primeira instância decidiu pela procedência do lançamento, conforme acórdão citado, cuja ementa tem a seguinte redação:

*“PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. 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 a análise da constitucionalidade ou legalidade das normas jurídicas.*

*LUCRO INFLACIONÁRIO. REALIZAÇÃO MÍNIMA. A realização do lucro inflacionário acumulado em percentual inferior ao limite mínimo estabelecido pela legislação implica lançamento de ofício.*

*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 de juros moratórios, calculados até a data do efetivo pagamento. A cobrança de juros moratórios equivalentes à taxa SELIC tem previsão legal.*

*LANÇAMENTO PROCEDENTE”*

No recurso voluntário, de fls. 290/318, protocolado em 15/01/2002, a recorrente levanta a preliminar de nulidade do lançamento, pela carência da tipificação e enquadramento legal para o lançamento.

No mérito, tece 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 negativa ao patrimônio da pessoa jurídica, o resultado apurado em período subsequente deve, necessariamente,



compensar os prejuízos de períodos anteriores, sob pena de tributação de lucro inexistente e ferindo a capacidade contributiva.

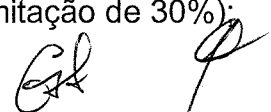
Embora tenha reiterado os argumentos expressos na impugnação, na fase recursal nada acrescentou quanto a realização do lucro inflacionário diferido.

Além disso, insurge-se contra a cobrança da multa de lançamento de ofício, face ao disposto no art. 63 da Lei n. 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 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 apresentou memorial enfatizando, basicamente, os seguintes tópicos:

- a) na declaração de rendimentos, o imposto foi apurado na modalidade de lucro real, com uso de balanços de suspensão, portanto, com efetiva apuração mensal;
- b) no mês de janeiro de 1996, com apuração mensal de resultados, tanto o excesso de compensação de prejuízos fiscais como eventual realização do lucro inflacionário, deveriam ser apurados mensalmente e não em 31/12/1996, último dia do ano, como procedeu a fiscalização (lucro real antes da compensação de prejuízos fiscais de R\$ 4.671.342,20, foi compensado com os prejuízos acumulados do exercício de 1993, de R\$ 4.671.342,20, com valor tributável zero, quando, com a limitação de 30%, houve uma compensação a maior de R\$ 3.269.939,50);
- c) no mês subsequente, fevereiro de 1996, repetiu-se o fato (lucro real de R\$ 12.234.912,49, foi compensado com prejuízos fiscais acumulados do exercício de 1993, de R\$ 12.234.912,49, com excesso a tributar de R\$ 8.564.438,40, face à limitação de 30%);



- d) 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, todo o lançamento está prejudicado, porque a base de cálculo eleita é acumulada de janeiro a dezembro de 1996;
- f) o mesmo raciocínio deve ser aplicado para a realização do lucro inflacionário diferido, porquanto se decadente o período de janeiro a maio de 1996, a base de cálculo eleita para o mês de dezembro do mesmo ano que acumula os saldos de todos os meses, não representa valor correto;
- g) ainda que este raciocínio não seja aplicável, chama a atenção para o fato de que o LALUR registra realização de saldo credor de correção monetária – diferença IPC?BTNF-90, em todos os meses do ano-calendário de 1996;
- h) de qualquer forma e tendo em vista que pelos controles mantidos pelo sujeito passivo inexistente lucro inflacionário diferido, é provável que o controle interno mantido pela SRF tenha registrado a diferença IPC/BTNF-90, como lucro inflacionário diferido no período de 1990 a 1995 e, neste caso, como a recorrente não foi cientificada desta alteração, estaria decadente o direito de a Fazenda Pública alterar dados anteriores a 1º de julho de 1996.

Ao apreciar a matéria, este Colegiado decidiu pela conversão do julgamento em diligência, nos termos da Resolução nº 101-02.383, de 05 de dezembro de 2002, para que a fiscalização realizasse os seguintes procedimentos:

1 – verificar a autenticidade dos registros contidos no LALUR, especialmente, quanto à realização do saldo credor da correção monetária, inclusive a diferença IPC/BTNF-90;



2 – justificar a metodologia adotada para obtenção da base de cálculo de R\$ 3.082.632,75, bem como demonstrar a origem dos valores registrados no LALUR como adição ao lucro líquido para a determinação do lucro real acima demonstrado;

3 – verificar se a parcela tributada de R\$ 3.082.632,75, está contida nos valores adicionados ao lucro líquido para a determinação do lucro real, conforme demonstrado pelo sujeito passivo na Parte “A” do LALUR;

4) aditar os esclarecimentos julgados convenientes para a elucidação da dúvida suscitada; e,

5) cientificar o sujeito passivo do teor do termo de diligências para que, em querendo, aditar os esclarecimentos necessários para subsidiar o julgamento deste litígio.

O atendimento à resolução proposta por esta Câmara, foi realizado conforme o Relatório Fiscal de fls. 433/436.

A interessada retorna aos autos com a manifestação de fls. 443/453, onde pretende seja confirmado pela Câmara o Relatório Fiscal elaborado pela autoridade encarregada da diligência proposta na mencionada resolução. Reforça também os argumentos apresentados por ocasião do recurso voluntário.

É o Relatório.



## VOTO

Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ , Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Como visto do relatório, trata-se de retorno de diligência conforme decidido por meio da Resolução nº 101-02.383, de 05/12/2002, para que fossem esclarecidas dúvidas remanescentes em relação ao item 02 do auto de infração – Lucro Inflacionário Realizado.

No que concerne à matéria referente a resolução, a acusação fiscal diz respeito à não inclusão na determinação do lucro real, do lucro inflacionário realizado no período-base de 1996, no valor de R\$ 3.082.632,75.

A diligência, realizada pela AFRF Luiz Maria Marques do Lago, da DEFIC em São Paulo - SP, dissipou todas as dúvidas então existentes, de sorte que este processo pode e deve ir a julgamento.

A autoridade encarregada da diligência fiscal, após a intimação da interessada e ao exame dos documentos apresentados, assim se manifestou:

*“a) Verifiquei a autenticidade dos registros contidos no LALUR, especialmente, quanto à realização do saldo credor da correção monetária, inclusiva a diferença IPC/BTNF-90;*

*b) Este item deve ser subdividido em duas partes:*

*a primeira parte – Justificar a metodologia para obtenção da base de cálculo de R\$ 3.082.632,75, deveria ser dirigida à autoridade fiscal, autora do feito que constatou a realização a menor do lucro inflacionário no valor de R\$ 3.082.632,75. Consta do processo à folha 203, uma planilha do Demonstrativo do Lucro Inflacionário, planilha esta feita pelo auditor autor do Auto de Infração. Nesta planilha, anexa a este termo, toma-se o saldo do Lucro Inflacionário em 31/12/1994, de R\$ 27.834.008,00 e conforme dita a legislação do Imposto de Renda, em todos os meses de 1995, foi realizado 1/120 do saldo do Lucro Inflacionário.*

Em 31/12/1995, com as correções devidas, havia um saldo de R\$ 30.826.327,51. Como a apuração do Lucro Real em 1996 foi anual, há que se realizar 10% deste saldo em 1996. Chega-se então ao valor de R\$ 3.082.632,75. Em resumo:

Data	Histórico do Lucro Inflacionário	Saldo (R\$)
31/12/1994	Saldo	27.834.008,00
31/12/1995	Saldo após correções e realizações obrigatórias	30.826.327,51
31/12/1996	Realização de 10% = R\$ 3.082.632,75	27.743.694,76

A segunda parte – demonstrar a origem dos valores registrados no LALUR como adição ao lucro líquido para a determinação do lucro real acima demonstrado, cabe ao contribuinte esta demonstração. No atendimento à intimação, apresentou uma planilha do cálculo da realização da C. M. Complementar IPC/90. Por esta planilha, tem-se em 31/12/94, um saldo da C. M. em Ufir de 185.250.669,85 Ufir e está resumida a seguir:

Data	Histórico da C.M. Compl. IPC/90	Saldo (UFIR)
31/12/1994	Saldo	185.250.669,98
	Soma das realizações nos meses de 1995	(39.969.463,65)
31/12/1995	Saldo após as realizações descritas	145.281.206,33
	Soma das realizações nos meses de 1996	(22.122.257,40)
31/12/1996	Saldo após realizações descritas	123.158.948,93

c) Para verificar se a parcela tributada de R\$ 3.082.632,75, está contida nos valores adicionados ao lucro real, conforme demonstrado pelo sujeito passivo na parte "A" do Lalur, temos que transformar as realizações de 1996 de UFIR para reais:

$$22.122.257,40 \text{ UFIR} * 0,8287 = \text{R\$ } 18.332.714,71$$

Há que se fazer uma observação importante: se é bem verdade que o valor realizado (R\$ 18.332.714,71) ultrapassa de muito o valor tributado no Auto de Infração (R\$ 3.082.632,75) a planilha do contribuinte declara um saldo de 31/12/96 a tributar de 123.158.849,93 UFIR que corresponde a

$$123.158.948,93 * 0,8287 = \text{R\$ } 102.061.821,00$$

saldo este bem maior que os R\$ 30.826.327,51 apontado em nossos sistemas.

d) Para cientificar o sujeito passivo do teor do termo de diligências para que, em querendo, aditar os esclarecimentos necessários para subsidiar o julgamento deste litígio, notificamos o mesmo do final da diligência e abrimos um prazo de dez dias para a sua manifestação, notificação anexa a este termo."

Como visto acima, a diligência fiscal demonstrou a incorreção do lançamento original, tendo procedido às necessárias verificações, demonstrando assim, a inexistência da parcela exigida no auto de infração a título de lucro inflacionário realizado, devendo, portanto, ser ajustada a decisão de primeira instância, nos exatos termos propostos pela autoridade diligenciante.

Assim, tendo em vista o parecer exposto no Relatório Fiscal pela autoridade diligenciante que concluiu pela inexistência do valor exigido no auto de infração, tendo em vista que a contribuinte realizou, no período-base correspondente (ano-calendário de 1996), parcela muito superior a título de lucro inflacionário (R\$ 18.332.714,71), do que aquela exigida no auto de infração (R\$ 3.082.632,75), sou pelo provimento do presente item.

Por oportuno, na manifestação realizada pela recorrente após a diligência fiscal proposta por este Colegiado, argüi a mesma, a ocorrência de decadência no lançamento de ofício sob exame.

O auto de infração trata de fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 1996, do qual a contribuinte tomou ciência em 28/06/2001 (fls. 207).

De acordo com a jurisprudência deste Primeiro Conselho de Contribuintes, definitivamente confirmada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, no sentido de que, antes do advento da Lei nº 8.383/91, o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica era tributo sujeito a lançamento por declaração, passando a ser por homologação a partir desse diploma legal.

Uma vez aceito tratar-se de lançamento por homologação, resta fixar dies a quo para contagem do prazo de decadência.

O lançamento por homologação é o lançamento tipo de todos aquele tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo a obrigação de quando ocorrido o fato gerador identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade, como explicitado no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

A Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes já firmou jurisprudência no sentido de que nos casos de lançamento por homologação, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia após a ocorrência do fato gerador.

Entre outros precedentes, transcrevo a ementa do Acórdão nº 101-93.783, de 21 de março de 2002, com a seguinte redação:

*“PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. A Câmara Superior de Recursos Fiscais uniformizou jurisprudência no sentido de que, a partir da Lei nº 8.383/91, o IRPJ sujeita-se a lançamento por homologação. Assim, sendo, o prazo para efeito da decadência é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Recurso provido.”*

No voto condutor do referido acórdão, a eminente Conselheira Sandra Maria Faroni tece seguintes considerações sobre o tema:

*“Assim, excetuada a hipótese de tributo cujo lançamento seja, por natureza, de ofício, e sem considerar os casos de dolo, fraude ou simulação, uma análise sistemática do CTN nos mostra que a legislação de cada tributo determina que, ocorrido o fato gerador, o sujeito passivo:*

*a) preste à autoridade administrativa informações sobre a matéria de fato, aguardando que aquela autoridade efetue o lançamento para, então, pagar o crédito tributário (art. 147); ou*

*b) apure por si mesmo o tributo e faça o respectivo pagamento, independentemente de prévio exame da autoridade administrativa (art. 150).*

*No caso da letra ‘a’ (lançamento por declaração), a ocorrência de omissão ou inexatidão na declaração ou nos esclarecimentos solicitados (art. 149, II, III e IV) dá ensejo ao lançamento de ofício, desde que não extinto o direito da Fazenda Nacional (art. 149, § único), o que só pode ser feito no prazo de cinco anos contados: (1) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado, nos casos de falta de declaração ou de entrega da declaração após esse termo; (2) da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal o lançamento anterior, se for esse o caso; ou (3) da data da entrega da declaração, se essa foi entregue antes do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado.*

*No caso da letra 'b' (lançamento por homologação), ocorrido o fato gerador a autoridade administrativa tem o prazo de cinco anos para verificar a exatidão da atividade exercida pelo contribuinte (apuração do imposto e respectivo pagamento, se for o caso) e homologá-la. Dentro desse prazo, apurando omissão ou inexatidão do sujeito passivo no exercício dessa atividade, a autoridade efetua o lançamento de ofício (art. 149, V). Decorrido o prazo de cinco anos sem que a autoridade tenha homologado expressamente a atividade do contribuinte ou tenha efetuado o lançamento de ofício, considera-se definitivamente homologado o lançamento e extinto o crédito (art. 150, § 4º), não mais se abrindo a possibilidade de rever o lançamento.”*

Tratando-se, no caso vertente, de imposto de renda referente ao ano-calendário de 1996, o lançamento de ofício já poderia ter sido efetuado em 1997. Assim, a contagem do prazo decadencial inicia-se em 01/01/1997, concluindo o prazo para a formalização do lançamento de ofício em 31/12/2001. Tendo o lançamento sido efetuado em 28/06/2001, não há que se falar em decadência para o presente caso.

Rejeito, portanto, a preliminar de decadência.

### COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS

A recorrente procedeu, no ano-calendário de 1996, a compensação de prejuízos fiscais acumulados de exercícios anteriores, sem respeitar o limite de 30% do lucro real antes da compensação, conforme estabelecido pelo artigo 15 da Lei nº 9.065/95.

O procedimento adotado estava amparado por sentença de mérito de primeira instância, proferida em 01/09/98, no Mandado de Segurança – Processo nº 95.0005867-7, da 3ª Vara Federal, tendo, posteriormente, a sentença sido reformada em 21/06/2000. Em decorrência, a interessada interpôs Embargos de Declaração, o qual encontra-se aguardando pronunciamento do juízo (fls. 24/29, 269/270).

Diante disso, tendo a contribuinte ingressado com ação perante o Poder Judiciário para discutir especificamente a matéria de mérito objeto do auto de infração, nesse particular, há concomitância na defesa, ou seja, a busca da tutela do Poder Judiciário, bem como o recurso à instância administrativa.

A opção da discussão da matéria perante o Poder Judiciário foi da recorrente, e o auto de infração lavrado, fundamentalmente, objetivou a constituição do crédito tributário como medida preventiva dos efeitos da decadência.

Cabe citar, aqui, parte do parecer de autoria do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira:

*“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.*

*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.”*

No mesmo sentido o Sub-procurador Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiróz, assim pronunciou:

*“11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente a 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 instância da Dívida Ativa, com decisão formal recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.”*



No caso em questão, o contribuinte ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício, obtendo a medida liminar que pleiteou. Por seu turno, a Autoridade Fiscal, com o intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.

Portanto, tratam-se de ações concomitantes para julgamento do mesmo mérito, verificando-se, do exposto, que a contribuinte fez sua opção, escolhendo a esfera judiciária para discutir o mérito existente no presente processo.

Não teria sentido que o Colegiado se manifestasse sobre matéria em debate no Poder Judiciário, visto que qualquer que fosse a sua decisão prevaleceria sempre o que seria decidido por aquele Poder.

Dessa forma, a solução da pendência foi transferida da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá o litígio com grau de definitividade.

Assim, a Administração, deixando de ser o órgão ativo do Estado e passando a ser parte na contenda judicial, quanto ao mérito em si da demanda, não mais pode julgar o litígio, cabendo ao Judiciário compor a lide.

Também não tem razão a recorrente quando alega que o lançamento foi indevidamente levado a efeito, tendo em vista tratar-se de postergação no pagamento do tributo.

Ocorre que a figura da postergação se manifesta sempre que o recolhimento efetivo e espontâneo é efetuado em período-base posterior àquele em que deveria ter sido pago.

No caso dos autos, a recorrente deixou de apresentar qualquer prova no sentido de ter ocorrido o caso de postergação, ou seja, que teria recolhido qualquer parcela do tributo em questão, em qualquer um dos períodos-base posteriores àqueles da ação fiscal.

Two handwritten signatures in black ink, one on the left and one on the right, positioned below the main text of the document.

Assim, resta improcedente a alegação de postergação suscitada pela recorrente.

### MULTA DE OFÍCIO

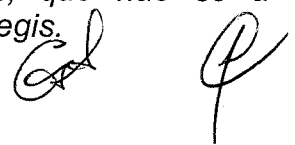
A jurisprudência desta Primeira Câmara tem caminhado no sentido de que, ao alcançar a liminar em medida judicial, não é mais cabível o lançamento da multa de ofício, mesmo que, posteriormente, ocorra a cassação da mesma antes do lançamento fiscal. Esse era o meu entendimento, porém, em razão do assunto retornar à discussão com maior freqüência e também, pela emergência de novas posições e argumentos, além da recente decisão prolatada pela Egrégia Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais que reverteu o entendimento anterior, acolho tal posição e peço vênias para reproduzir o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no Acórdão nº 108-07.671, de 28/01/2004, o qual adoto integralmente:

*“O artigo 63 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplica-se tão-somente aos débitos que estejam com exigibilidade suspensa, na forma como a própria Lei intitula o dispositivo. Aliás, é somente quando suspensa estiver a exigibilidade que se concebe lançamento para prevenir a decadência, pois, ao reverso, nada impediria a imediata inscrição em dívida e a cobrança judicial, ainda que o contribuinte já tivesse obtido, e perdido, a suspensão da exigibilidade.*

*Ademais, se houver identidade de causa de pedir, como sói acontecer nesses casos, a concomitância impede a apreciação de razões de mérito no âmbito administrativo, prevalecendo o decidido pelo Judiciário. Ora, se antes de qualquer decisão judicial, única possível no mérito da demanda, está o contribuinte desprotegido por medida liminar ou cautelar, possível a cobrança.*

*Apegam-se alguns doutos Conselheiros na expressão “houver sido suspensa”, constante do caput do citado artigo, como a dizer que por interpretação literal não se necessita estar acobertado por liminar no momento do lançamento, mas bastaria ter sido em algum período passado agraciado por decisão judicial de caráter preventivo.*

*Não posso concordar, permissa maxima venia. Todos sabemos que a linguagem é necessária mas insuficiente para se alcançar a melhor interpretação jurídica. Caso contrário, bastaria sermos letrados para descobrir os anseios da norma. Em verdade, a interpretação jurídica exige outros elementos, que não só a interpretação literal, para se vislumbrar a mens legis.*



*Ab initio, deve ser considerado um critério sistemático. E com ele retorno ao caput, onde está prevista a hipótese de lançamento para prevenir a decadência, e como já ressaltai, esta hipótese só se opera se **ainda eficaz** uma medida de cunho cautelar a proteger o contribuinte com a suspensão da exigibilidade. Inexistente essa, não mais seria caso de lançamento para prevenir a decadência, mas sim lançamento com automática exigência.*

*Mas há mais. A leitura do § 2º do próprio artigo 63 nos leva a entender que o contribuinte tem até o trigésimo dia após a cassação da liminar, ou publicação de qualquer outra decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, sem que sobre ela exista qualquer recurso com efeito suspensivo, para proceder ao pagamento sem multa de mora, ou seja, apenas com os juros.*

*Significa dizer que, após trinta dias sem o correspondente pagamento, perde o contribuinte esta condição especial, retornando a uma situação jurídica idêntica a de qualquer contribuinte em débito com a Fazenda nacional, sujeito aos acréscimos legais em procedimento espontâneo, ou seja, multa de mora e juros de mora.*

*Por outro lado, não vejo como extrair da norma em questão qualquer imposição limitativa a multa de mora, exclusivamente, para todo e sempre. Não é isso que a lei consigna. Se o contribuinte deixar de recolher sem multa de mora nos trinta dias após a cassação da liminar ou com multa de mora posteriormente, haverá um procedimento de ofício, **para o qual a legislação expressamente prevê a multa ex officio, ex vi do artigo 44 da mesma Lei 9.430/96.***

*Nem se diga, outrossim, que haveria situações antiisonômicas nos casos em que contribuintes, litigando a mesma causa, e com as mesmas vicissitudes processuais, acabariam com lançamentos distintos, dependendo do momento no qual tais atos de ofício ocorressem. Tal fato é possível, e adrede me fez votar em sentido oposto ao que agora faço. No entanto, essas circunstâncias, mormente em questões processuais ou de validade do ato no tempo, ocorrem com freqüência, sem que se possa vislumbrar um efeito vinculante em atos de ofício com sujeitos passivos distintos, ainda que em situações análogas ou até mesmo idênticas.*

*Se assim o fosse, bastaria, v.g., ter deixado o fisco de lançar um contribuinte, pelo decurso do prazo decadencial, para que todos os demais, com a mesma situação, ainda que já constituído crédito tributário, pudessem usufruir desta "imunidade", sob pena de se criar uma antiisonomia. Fatos diversos com contribuintes diversos ocorrem a toda hora, sem efeitos vinculatórios.*

*Por fim, também não se pode alegar que tendo o contribuinte provocado o Poder Judiciário, e conseqüentemente cientificado o fisco de sua demanda, já não mais se poderia falar em procedimento de ofício por parte deste último. Se esta assertiva fosse verdadeira, ou seja, se todo aquele que demanda*

*judicialmente estivesse imune a procedimentos de ofício na mesma questão, não seria então condição, para afastar a penalidade, a suspensão da exigibilidade na forma dos incisos IV e V do artigo 151 do CTN, pois bastaria a própria proposição da ação judicial, com liminar ou não, tornando absolutamente despciendo o próprio artigo 63 da Lei 9.430/96.”*

Na constituição do crédito tributário só não caberia lançamento de multa de ofício se, na data da lavratura do auto, o contribuinte estivesse amparado por liminar em mandado de segurança ou tivesse depositado o seu montante integral, de acordo com a legislação vigente à época do lançamento (Lei nº 9.430/96, art. 63 (redação original); CTN, art. 151, incisos II e IV). A retroação dos efeitos da decisão contrária em mandado de segurança foi abordada pela Súmula 405 do STF:

*“Denegado o Mandado de Segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.*

Assim, sou pela manutenção da multa de ofício.

#### JUROS DE MORA – TAXA SELIC

Os juros de mora lançados no auto de infração 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)



No caso em tela, os juros moratórios foram lançados com base no disposto no 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. 05).

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.

Por outro lado, a recorrente afirma ter efetuado o depósito judicial sobre as parcelas questionadas no judiciário. Porém, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 03), o autuante informa que: "Por oportuno deve ser observado que a autuada realizou parcialmente o depósito judicial dos valores exigidos". Além disso, de uma verificação das cópias dos DARFs juntados aos autos pela contribuinte, conclui-se que os valores depositados não correspondem ao montante dos tributos ora questionados.

Dessa forma, e ainda, considerando-se que os juros moratórios tratam-se de matéria de execução, a sua cobrança deverá ser realizada após decidida a lide no Poder Judiciário, caso este decida pela manutenção da exigibilidade dos tributos.

#### DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso em relação à matéria objeto de ação judicial, rejeitar a preliminar de decadência e, quanto ao mérito, dar provimento parcial para excluir o item relativo ao lucro inflacionário.

Sala das Sessões - DF, em 26 de janeiro de 2005

  
**PAULO ROBERTO CORTEZ** 