



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Mfaa-6

Processo nº : 16327.000427/98-51
Recurso nº : 141.473
Matéria : CSLL – EX: 1997
Recorrente : RIO DE LA PLATA PARTICIPAÇÕES LTDA (DEN. ANTERIOR
BANCO FRANCÊS URUGUAY S.A.)
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 10 DE NOVEMBRO DE 2004
Acórdão nº : 107-07.845

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

JUROS DE MORA - SELIC - 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/R94, art. 988, § 2º, e RIR/99, art. 953, § 3º). E, a partir de 1º/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, c/c art. 161 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RIO DE LA PLATA PARTICIPAÇÕES LTDA (DEN. ANTERIOR BANCO FRANCÊS URUGUAY S.A.)

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso, em relação à matéria submetida ao Poder Judiciário e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES
VICE - PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 06 DEZ 2004



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, NEICYR DE ALMEIDA, HUGO CORREIA SOTERO, OCTAVIO CAMPOS FISCHER e ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA. Ausente, justificadamente o Conselheiro MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'S' or 'L'.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

Recurso nº : 141.473
Recorrente : RIO DE LA PLATA PARTICIPAÇÕES LTDA (DEN. ANTERIOR
BANCO FRANCÊS URUGUAY S.A.

RELATÓRIO

RIO DE LA PLATA PARTICIPAÇÕES LTDA (SUCESSORA DE BANCO FRANCÊS URUGUAY S.A.) recorre (fls. 216/236) ao Primeiro Conselho de Contribuintes contra o Acórdão DRJ/SPOI Nº 4.210, de 29/10/2003 (fls. 193/201) que manteve o lançamento contra ela lavrado às fls. 126/127.

O relatório da decisão de primeira instância, por sua fidedignidade aos fatos ocorridos e às razões apresentadas pela defesa, merece transcrição:

"Trata-se de impugnação ao Auto de Infração de fls. 126/127, lavrado em 21 de setembro de 1998, contra o contribuinte em epígrafe, pela Deinf/SPO, por não haver o contribuinte adicionado à base de cálculo da CSLL o valor referente aos juros sobre o capital próprio. O lançamento foi efetuado, com base nos arts. 9º e 10, da Lei nº 9.249/1995, no montante abaixo discriminado:

CSLL...	R\$ 523.996,62
JUROS DE MORA(calculados até 31/08/1998).....	R\$ 169.932,10
MULTA PROPORCIONAL.....	<u>R\$ 392.997,47</u>
TOTAL	R\$ 1.086.926,19

2. O procedimento de fiscalização iniciou-se em 22 de julho de 1998, com o Termo de Intimação de fls. 01. Consta da Certidão de Objeto e Pé, expedida em 6 de agosto de 1998 (fls. 34), que o Banco Francês Uruguay S/A impetrou na Justiça Federal da 3ª Região, em 20 de março de 1997, o Mandado de Segurança nº 97.007219-3, objetivando obter a concessão de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

liminar para não adicionar os juros pagos a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido, com base na TJLP, conforme determinação do art. 9º, § 10º, da Lei nº 9.249/1995.

3. O pedido de liminar foi indeferido, tendo o contribuinte interposto o Agravo de Instrumento nº 97.03.019219-0, com pedido de efeito suspensivo ativo, visando a reforma da decisão proferida. O agravo foi recebido, com o despacho de 23 de abril de 1997 (cópia anexa às fls. 93/94 dos autos do presente), concedendo a providência requerida.

4. O auto foi lavrado para prevenir a decadência, em razão de estar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar, concedida nos autos do agravo acima referido. O contribuinte foi cientificado em 21 de setembro de 1998.

5. Irresignado, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 130/153, em 21 de outubro de 1998, por seus representantes legais, alegando em síntese que:

5.1. o auto seria nulo, por estar a exigibilidade suspensa por liminar concedida antes do início da ação fiscal;

5.2. seria admissível a lavratura de um Termo de Verificação Fiscal, ou de qualquer outra forma de efetivação do lançamento do crédito tributário, a fim de evitar a decadência, mas não o Auto de Infração, em razão de que a exigência do crédito estaria suspensa por força de ordem judicial;

5.3. no período de 01/01/1996 a 05/06/1996 somente poderia ser compelido ao pagamento da referida contribuição se calculada com a alíquota de 18%, nos termos da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 97.0008740-9, tendo o autuante aplicado, ao valor referente aos juros sobre o capital próprio a alíquota de 30%;

5.4. as penalidades, multa e juros, não poderiam ser exigidos, em razão da exigibilidade suspensa, diante do disposto pelo art. 63, da Lei nº 9.430/1996.

6. As questões aduzidas às fls. 135/152 (6/23 da impugnação), classificadas pelo impugnante como sendo de mérito, são as mesmas levadas à apreciação do judiciário, conforme cópia anexa do Mandado de Segurança nº 97.007219-3, às fls. 36/58."

97



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

A motivação do julgado consta do voto do relator sorteado, nos seguintes termos:

"A impugnação apresentada atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações posteriores, portanto, dela conheço.

DA RENÚNCIA À DISCUSSÃO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DAS MATÉRIAS LEVADAS À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

9. Consoante dispõem o art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979 e o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980, a propositura, pelo contribuinte, de Mandado de Segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

9.1. Nesse sentido, foi expedido o Ato Declaratório Normativo (ADN) nº 3/1996, pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, esclarecendo que:

"a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, 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".

9.2. Decorre do art. 38, da Lei nº 6.830/1980, do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79 e do ADN COSIT n.º 03/1996, que o momento da propositura da ação é irrelevante para se caracterizar a renúncia. A teor do disposto no item "e" do ADN nº 3/1996, é ainda oportuno esclarecer que persiste a renúncia às esferas administrativas, mesmo no caso de extinção do processo judicial, sem julgamento do mérito (artigo 267 do CPC).

9.3. Registre-se, também, que a coisa julgada proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderá ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais. Por isso, resta evidente que a propositura de ação judicial contra a Fazenda Nacional importa na renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário.

47
5



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

9.4 A respeito da inoccorrência da renúncia ao julgamento na esfera administrativa assim dispõe a alínea "b" do ADN n.º 03/96:

"b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p. ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.)."

9.5. Sendo assim, serão apreciadas nesta decisão as questões apresentadas na peça de defesa, que se referem à pertinência da constituição do crédito tributário com exigibilidade suspensa por meio de auto de infração, a alíquota de 30% aplicada a fatos geradores da CSLL ocorridos em 31/12/1996, e ao cabimento da aplicação dos juros de mora e da multa de ofício no caso. Estes aspectos não estão sendo discutidos na via judicial, portanto o contribuinte tem direito à discussão destes na via administrativa.

DA FORMALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO

10. O argumento apresentado pelo interessado quanto a não ser cabível a formalização do lançamento mediante "auto de infração", mas por qualquer outra forma para prevenir a decadência, deve ser analisado sob os ditames do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972.

10.1. Com efeito, o lançamento constitui atividade plenamente vinculada; a forma pela qual ele deve ser feito, portanto, está completamente regulada pela legislação. De fato, o art. 9º do Decreto 70.235/1972, dispõe:

"Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93)"

10.2. Já o artigo 10 do mesmo Decreto esclarece que o auto de infração é lavrado pelo auditor-fiscal, como ocorreu no caso do lançamento objeto deste processo, enquanto o artigo 11 estipula que a notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo, no caso as Delegacias ou Inspetorias da Receita Federal, nos seguintes termos:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:
(...)"



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

*Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:
(...)”*

10.3. Assim, o Auditor-Fiscal quando verifica, durante o seu trabalho, a ocorrência de infração à legislação tributária deve constituir o crédito tributário devido por meio de Auto de Infração, como foi feito neste caso. Ele não tem competência legal para lavrar Notificações de Lançamento (reservada aos delegados e inspetores), nem pode lançar tributo por meio de outro instrumento, como por exemplo o Termo de Verificação, como sugere o impugnante, porque não é documento hábil para esse efeito.

10.4. É oportuno frisar que o próprio Código Tributário Nacional (CTN), lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, dispõe no art. 142 o seguinte:

“Art. 142 - 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 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

10.5. Deste modo, considerando a obrigatoriedade do lançamento tributário, já que sua legislação reguladora tem caráter vinculante, não cabe à Autoridade Fiscal decidir se é oportuno ou conveniente fazer o lançamento. Uma vez ocorrida a obrigação tributária, surge para a Administração Tributária e seus agentes o dever de ofício de realizar o lançamento correspondente, sob pena de responsabilidade funcional.

10.6. Com efeito, o lançamento tributário efetivado nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário busca resguardar o interesse da Fazenda Pública, evitando a decadência, cujo prazo não é interrompido nem suspenso. Portanto, nem mesmo a existência de medida judicial que suspenda a cobrança do tributo constitui impedimento para a constituição do crédito tributário.

10.7. Nesse sentido, a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao apreciar o art. 62, do Decreto nº 70.235/1972, exarou o Parecer PGFN nº 743/1988,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

recomendando a constituição do crédito tributário, de ofício, pela fiscalização, com a finalidade de se evitar a decadência. Assim, o lançamento deve ser regularmente efetivado, restando sobrestadas, até a decisão judicial final, as ações de cobrança.

DA ALÍQUOTA DA CSLL

11. Alega o impugnante que a fiscalização teria indevidamente calculado a contribuição incidente sobre a adição dos juros sobre o capital próprio com a alíquota de 30%, desconsiderando a liminar obtida pelo contribuinte nos autos do Mandado de Segurança nº 97.0008740-9. A liminar concedeu-lhe o direito a pagar a contribuição no período de 01/01/1996 a 05/06/1996 com a alíquota de 18%, nos seguintes termos (fls. 115):

"Face a todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para o efeito de reconhecer o direito líquido da impetrante de não se sujeitar aos ditames da Emenda Constitucional nº 10/96, se prejuízo, entretanto, do recolhimento do tributo Contribuição social sobre o lucro à alíquota 18% (dezoito por cento) como prescrito pela Lei 9245, de dezembro de 1995, durante o período de 01 de janeiro de 1.996 até 05 de junho de 1.996, após o que passará a sujeitar-se aos ditames da Emenda Constitucional nº 10/96"(grifo no original)

11.1. Ora, o requerente, conforme cópia da DIRPJ/1997 anexa às fls. 2/27, procedeu à apuração anual do IRPJ e da CSLL. Sendo assim, a contribuição social foi calculada, mensalmente, por estimativa, com base na receita bruta, ocorrendo o fato gerador da CSLL, em 31 de dezembro de 1996.

11.2 Foi exatamente nesta data que o contribuinte apurou o balanço patrimonial e calculou os juros devidos a título de remuneração do capital próprio, incidente sobre as contas do patrimônio líquido e limitado à variação da TJLP. Portanto, correta a fiscalização em aplicar a alíquota de 30% para apurar a CSLL naquela data.

DOS JUROS DE MORA E DA MULTA DE OFÍCIO

12. Como acima relatado, a ação fiscal iniciou-se em 22 de julho de 1998, com o Termo de Intimação acostado às fls. 01, estando o contribuinte amparado desde 22 de abril de 1997, por liminar concedida nos autos do Agravo de Instrumento nº 97.0319219-0, que lhe permitia não adicionar os juros pagos a título de remuneração do capital (fls. 93/94).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

12.1. É de se esclarecer, porém, que consulta ao sistema de acompanhamento processual da Justiça Federal da 3ª Região (fls. 189/192) dá notícia que a sentença denegatória da Segurança, prolatada em 30 de outubro de 1998, foi publicada tão-somente em 6 de setembro de 2002 (fls. 191). O contribuinte impetrou apelação (fls. 192), que foi recebida com efeito devolutivo.

12.2. A autuação, por sua vez, ocorreu em 21 de setembro de 1998 (fls. 126/127), quando ainda era vigente o provimento judicial obtido pela interessada. Sendo assim, entendo que a multa por falta de recolhimento é incabível, por estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário à época da autuação, bem assim antes de qualquer procedimento de ofício, nos termos do art. 63, §1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que assim dispõe:

“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.

.....”

12.3. Assim, verificada a existência de medida liminar concedida em data anterior à da lavratura do Auto de Infração suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, constituído com o intuito de evitar a decadência, deve ser afastada a imposição da Multa de Ofício, em face de expressa determinação normativa.

13. Já a respeito dos juros moratórios, o CTN, em seu artigo 161, dispõe:

“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.”

13.1 Assim, os juros de mora são sempre devidos quando o principal é recolhido a destempo e não dependem de formalização através do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

lançamento. Ou seja, se a decisão do Poder Judiciário for favorável ao Fisco, os juros serão devidos desde o vencimento do crédito.

13.2. Na verdade, a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressas disposições legais, sendo que o ato administrativo do lançamento apenas formaliza a pretensão da Fazenda Pública, acrescentando à obrigação tributária, surgida com a ocorrência do fato gerador, o atributo da exigibilidade. Ademais, na forma da legislação em vigor, os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança estiver suspensa por decisão administrativa ou judicial (Decreto-lei n.º 1.736/79, art. 5º), não mais podendo prosperar o entendimento de que a suspensão da exigibilidade do crédito implicaria também a suspensão dos juros moratórios.

13.3. Aliás, este entendimento é pacífico no âmbito administrativo, a teor das ementas de Acórdãos do Conselho de Contribuintes a seguir transcritas:

“JUROS DE MORA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - IMPUGNAÇÃO - É cabível a aplicação de juros de mora, por não se revestirem os mesmos de qualquer vestígio de penalidade pelo não pagamento do débito fiscal, sim que compensatórios pela não disponibilização do valor devido ao Erário (art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736/79) - (ACÓRDÃO 201-73742. - Sessão de 12/04/2000);

IOF - Incidência e exigibilidade já discutida na esfera judicial, em mandado de segurança afinal denegado. Cobrança que se inicia, uma vez resolvida, pela decisão judicial, a suspensão de exigibilidade concedida naquela esfera. Cabimento da exigência da correção monetária e dos juros de mora, inclusive em relação ao período em que vigeu a suspensão. Recurso a que se nega provimento.- (ACÓRDÃO 201-64843 Sessão de 14/09/88);

IRPJ - JUROS DE MORA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXIGÊNCIA MORATÓRIA NA FASE RECURSAL - Os juros de mora são devidos mesmo durante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O ato administrativo de lançamento apenas formaliza a pretensão da Fazenda Pública, acrescentando à obrigação tributária, surgida com a ocorrência do fato



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

gerador, o atributo da exigibilidade (Acórdão 104-16045 - Sessão de 20/02/98);

JUROS DE MORA - A concessão de liminar em Mandato de Segurança não interrompe a fluência de juros de mora pelo atraso no pagamento da obrigação tributária que nasce com a ocorrência do fato gerador do tributo ou contribuição. (Acórdão 103-18684 - sessão de 12/06/97.)

13.4. Não há, pois, como acolher a pretensão do interessado, no tocante aos juros de mora.

CONCLUSÃO

14. Por todo o exposto, voto no sentido de considerar **procedente em parte** o lançamento, **devendo ser cancelada a multa de ofício**. O crédito tributário lançado deverá ser retificado, conforme os demonstrativos a seguir:.....".

Em seu recurso, a empresa preliminarmente, defende a tempestividade do recurso, sustentando a nulidade da intimação por edital em descordo com o art. 23 do Decreto n. 70.235/72, inclusive pela fixação do edital em repartição que não era a de sua jurisdição, argumentando que a repartição fiscal conhecia o endereço da sucessora.

A seguir, reproduz razões expendidas em sua impugnação, em que alega, em preliminar, que estando acobertada por liminar não poderia ter sido lavrado auto de infração contra ela. Ademais, de acordo com o mandado de segurança, o lançamento da CSLL, no período de 01/01/96 a 06/06/96, teria lugar à alíquota de 18% e o lançamento o fez pela de 30%. Sustenta a nulidade da peça básica que impôs o pagamento da multa e dos juros moratórios. Afirma também improceder os juros de mora lançados, uma vez que estava suspensa a exigibilidade do crédito tributário, citando pronunciamentos da Doutrina em favor de sua pretensão.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

A empresa fez o depósito de fls 238, em garantia recursal.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo-SP. encaminhou o processo ao Primeiro Conselho de Contribuintes, com o esclarecimento de que o recurso do contribuinte era intempestivo.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'd' followed by a vertical line.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

VOTO

Conselheiro - CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES - Relator.

Preliminarmente, o recurso é tempestivo.

A decisão de primeira instância já foi proferida indicando a designação da sucessora; logo, a intimação devia ter sido encaminhada para o endereço desta e não para o endereço da empresa já extinta. Não localizada a intimada, e feita a intimação por edital este deveria ter sido afixado na repartição fiscal do domicílio da sucessora, DRF em São Paulo, e não da sucedida, Delegacia Especial de Instituições Financeiras (fls. 206).

Desta forma, a sucessora somente tomou conhecimento do aresto recorrido, em 18/03/2004, quando seu procurador interveio nos autos (fls. 211). Nesta data, tem-se que foi intimada.

O termo final do prazo de trinta dias para interposição de recurso foi o dia 17/04/2004, que caiu num sábado, prorrogando-se o prazo para o dia 19/04/2004, uma segunda-feira. Como o recurso foi protocolizado em 19/04/2004, é tempestivo. E assente em lei, ou seja, no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 6/03/72, que tem força de lei. Dele, tomo conhecimento.

No mais, não há nulidades a proferir.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

O lançamento foi formalizado em auto de infração instrumento que, segundo o disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, é o adequado quando a exigência é feita pela fiscalização externa.

Por outro lado, o art. 142 e seu parágrafo único do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 63, da Lei nº 9.430/96, deixam claro a legitimidade da constituição do crédito tributário suspenso por medida judicial.

E essa necessidade de lançar o crédito tributário e a consequência de sua inobservância foram objeto do Resp nº 332.693 (2001-0096668), relatora Ministra Eliana Calmon, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, unânime, cuja ementa está assim redigida:

"TRIBUTÁRIO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. 1) O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (arts. 113 e 142 do CTN).
2. Dispõe a FAZENDA do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito tributário.
3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, nem por ordem judicial nem por depósito do devido.
4) Com depósito ou sem depósito, após cinco anos do fato gerador, sem lançamento, ocorre a decadência.
5. Recurso especial provido".

Merece especial atenção os seguintes excertos do voto da ilustre relatora:

"Quero aqui destacar que não houve pagamento antecipado ou não antecipado, como pode sugerir o disposto no art. 150 do CTN.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

A empresa apenas se antecipou, com a cautelar, para barrar a execução, se assim fosse procedido pelo Fisco que, antecedentemente, ainda teria de constituir o crédito tributário, o qual deixou escapar pelo decurso do tempo.

Sabendo-se que é decadencial o prazo para a constituição do crédito tributário e que o prazo decadencial não sofre suspensões ou interrupções, pois, como a história, tem marcha irreversível, surge a obrigação pela ocorrência do fato gerador e, a partir daí, nada pode barrar a fluência da decadência, senão o lançamento, que é da alçada única do Fisco, que terminou por não fazê-lo, na hipótese dos autos."

Vê-se que o auto de infração foi lavrado para garantir a Fazenda Nacional contra os efeitos da decadência o que é uma exigência da legislação tributária que prevalece, sem dúvida sobre o disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, derogando-o.

Logo, improcedente o argumento da nulidade do auto de infração por ter sido a matéria submetida ao Poder Judiciário. A suspensão de que trata o art. 151 do Código Tributário Nacional é da exigência, da exigibilidade. Da cobrança do crédito tributário, e não de sua constituição, posto que esta é uma imposição do próprio CTN, em seu artigo 142 e parágrafo único.

Em tal situação, a fiscalização tem de lançar o tributo que entende devido e não apenas aquele que figura da liminar, posto que, se assim não fosse, vencido o sujeito passivo, com trânsito em julgado, após o lustro contado do fato gerador da obrigação tributária, ter-se-ia operado a decadência e o fisco não poderia mais lançar a diferença entre o valor que entende correto e aquele que o contribuinte acha justo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

Da matéria submetida ao Poder Judiciário:

Os argumentos de mérito da empresa contrários à adição dos juros pagos a título de remuneração do capital próprio calculados sobre o patrimônio líquido, com base na TJLP são os mesmos oferecidos ao Poder Judiciário, de modo que há concomitância entre a matéria tratada no Poder Judiciário e a constantes destes autos.

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:

"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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

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.

E houve-se com acerto a autoridade de primeira instância.

Como a matéria foi devolvida ao Conselho de Contribuintes, entendo que, igualmente, não se deve conhecer do recurso em relação à matéria submetida ao Poder Judiciário.

Da diferença de alíquotas:

A recorrente não contestou o argumento da autoridade julgadora de primeira instância de que, tendo ela declarado o imposto e a CSLL com base no lucro real anual (fls. 2), quando ocorreu o fato gerador do tributo e da contribuição ela já estava sujeita à alíquota de 30%, segundo o próprio mandado.

Tivesse a empresa declarado pela regra geral, ou seja, pelo lucro real mensal poderia utilizar a alíquota de 18% nos primeiros cinco meses do ano de 1996.

A par disso, ela deveria também comprovar em seu recurso que o mandado de segurança teria transitado em julgado, para que o fisco não lançasse a diferença dos tributos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

E isso ela não fez.

Em face do exposto, não tem razão a contribuinte no que respeita a essa matéria diferenciada.

Da multa de lançamento de ofício:

Não tem a menor procedência a resistência do contribuinte na fase recursal quanto à multa de lançamento de ofício, uma vez que foi afastada na decisão de primeira instância.

Dos juros de mora:

Também em relação aos juros de mora a autoridade lançadora deve obedecer ao princípio da reserva legal.

Os juros moratórios foram lançados com fundamento no artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, como consta do demonstrativo próprio, anexo ao auto de infração (fls. 125), e estão em consonância com a lei nacional.

Com efeito, dispõe o artigo 161 do Código Tributário Nacional:

“Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.000427/98-51
Acórdão nº : 107-07.845

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)

Ocorre que o legislador ordinário, no uso da faculdade que lhe assegurou o § 3º supra, dispôs em contrário, estabelecendo, a partir de janeiro de 1995, a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC.

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; RIR/94, art. 988, § 2º, e RIR/99, art. 953, § 3º).

Conclusão:

Nesta ordem de juízos, deixo de tomar conhecimento do recurso interposto no que se refere à matéria submetida ao Poder Judiciário, e nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 10 de novembro de 2004

CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.