



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.003034/2004-16
Recurso nº 165.220 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.166 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2010
Matéria IRPJ - Ex(s): 2000
Recorrente EMPATE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

Assunto - Processo Administrativo Fiscal

NULIDADE - Não é nulo o lançamento efetuado quando em curso ação judicial de natureza preventiva, dado o dever da Administração Fazendária de proteger o crédito dos efeitos da decadência.

AÇÃO JUDICIAL – CONCOMITÂNCIA - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

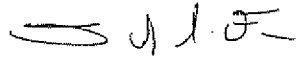
Assunto - Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 2).

JUROS DE MORA – SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 4)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos..

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade, NÃO TOMAR CONHECIMENTO do recurso quanto às matérias submetidas ao Poder Judiciário, e quanto ao mérito, NEGARAM provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



SANDRA MARIA FARONI – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 15 SET 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, Marcelo Cuba Neto (Suplente Convocado) e Valmir Sandri.

Relatório

O litígio posto a julgamento estabeleceu-se em torno de auto de infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, lavrado contra a empresa Empate Engenharia e Comércio Ltda, em virtude da apuração de excesso de compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores em relação ao limite máximo de 30% do lucro real antes da compensação.

Não foi aplicada multa de ofício e no auto de infração foi consignado que o crédito tributário lançado estava com a exigibilidade suspensa por força da Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 97.0001753-2 da 15ª Vara Federal-SP (arts. 151, incisos II e IV do CTN).

Em impugnação tempestiva o contribuinte suscitou nulidade do auto de infração por contrariar o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, na medida em que o provimento jurisdicional concedido nos autos do MS nº 2000.03.99.044072 suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo a lavratura de auto de infração.

Alegou ter direito adquirido de compensar seus prejuízos fiscais acumulados até 31/12/1994, pelas formas e prazos indicados, e que lei nova não poderia limitar esse direito. Invocou ainda a irretroatividade da lei fiscal; a duvidosa eficácia da MP 812/1994 a partir de 01.01.1995; a impossibilidade constitucional de confisco e inviabilidade de instituição de empréstimo compulsório sem atendimento dos requisitos expressos do artigo 148 da Constituição Federal.

Contestou os juros de mora, afirmando-os inaplicáveis pelo fato de a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ensejar a prorrogação do vencimento da obrigação fiscal, e imputou indevida sua exigência com base na taxa SELIC, na linha do que vem sendo decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, por não ter sido criada para fins tributários, o que representa afronta à Constituição Federal.

A Turma de Julgamento rejeitou a preliminar de nulidade, não tomou conhecimento da impugnação quanto às matérias abrangidas pela ação judicial e considerou procedente a exigência dos juros de mora.

Ciente da decisão em 13 de novembro de 2007, a interessada ingressou com recurso em 12 de dezembro reeditando a alegação de nulidade do auto de infração por ofensa ao art. 62 do Decreto nº 70.235/72, protestando pela necessidade de apreciação das matérias levadas preventivamente ao Poder Judiciário, e renovando as alegações de descabimento dos juros de mora e inaplicabilidade da Selic.

É o relatório.



Voto

Conselheira SANDRA MARIA FARONI

Recurso tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Preliminarmente, a interessada invoca impossibilidade de lavratura do auto de infração por estar suspensa a exigibilidade e por ofensa ao art. 62 do Decreto nº 70.235, de 1972.

A atividade do lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional. Assim, ainda que vigorando medida suspensiva da exigibilidade do crédito, se esse não se encontra regularmente constituído, haverá a autoridade administrativa de preservar a obrigação tributária do efeito decadencial, incumbindo-lhe, como dever de diligência no trato da coisa pública, investigar as atividades do contribuinte para verificar a ocorrência do fato gerador e efetuar o lançamento do tributo considerado devido até sua formalização definitiva na esfera administrativa. A medida suspensiva tem o condão de impedir que a Fazenda Pública formalize o título executivo mediante inscrição do débito na Dívida Ativa, mas não a inibe de cumprir seu dever legal de formalizar a exigência através do lançamento. O depósito do montante integral e a concessão de medida liminar ou tutela antecipada em ação judicial têm o condão de, apenas, impedir que a Fazenda Pública formalize o título executivo mediante inscrição do débito na Dívida Ativa, mas não a inibem de cumprir seu dever legal de investigar as atividades do contribuinte para verificar a ocorrência do fato gerador e efetuar o lançamento do tributo considerado devido. A cassação da liminar ou da tutela antecipada ou a superveniência de decisão de mérito contrária ao autor acarreta o restabelecimento da exigibilidade do crédito. Por outro lado, a superveniência de decisão judicial favorável ao contribuinte passada em julgado o extingue, conforme inciso X do art. 156 do Código Tributário Nacional.

Reporta-se, a Recorrente, ao art. 62 do Decreto nº 70.235/72. A esse respeito, oportuno transcrever trecho do Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 1.064/93, em resposta a consulta formulada pela Secretaria da Receita Federal:

" 13. Cremos, assim, haver demonstrado, à saciedade, que o mandamento contido no art. 151 do Código Tributário Nacional, ao prescrever a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupõe, inequivocamente, prévia verificação do lançamento

14. De relevo registrar-se aqui também que desta conclusão não discrepa o art. 62 do Decreto nº 70.235, de 6.03.72, invocada pelo consulente, verbis:

"Art. 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

h

Parágrafo único. Se a medida referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios "

15. Do preceito regulamentar supratranscrito, verifica-se que, suspensa a cobrança (portanto, a exigibilidade do crédito tributário), em virtude de medida judicial, não deverá ser "instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão".

16 Assim, há que interpretar-se este dispositivo regulamentar em consonância com o disposto no art. 151 do Código Tributário Nacional. Resulta daí, por corolário, que o legislador regulamentar não está ali a impedir que se efetue o lançamento, mesmo porque este, segundo a letra do parágrafo único do art 142 do CTN, constitui atividade administrativa vinculada a obrigatoria. Há, sim, em estrita observância ao mandamento regulamentar, que abster-se a autoridade fiscal de qualquer exigência, com relação ao sujeito passivo, com vista ao pagamento do débito apurado

17 Aliás, é expressa, neste sentido, a letra do parágrafo único do art. 62 do regulamento em questão, ao estipular que, em havendo processo fiscal instaurado, este deverá ter prosseguimento, exceto quanto aos atos executivos. Destarte, se existente processo fiscal, este seguirá o seu curso normal, com a prática de todos os atos administrativos pertinentes, exceto aqueles voltados a constranger o sujeito passivo à liquidação do "quantum debeatur".

18 Outrossim, colimando-se o preceito do art. 151 do Código Tributário Nacional, em relação ao disposto no art. 62 do Decreto nº 70 235/72, resulta que a autoridade fiscal, diante de medida liminar em Mandado de Segurança, ou ante o depósito integral do montante em litígio, em procedimento cautelar, deve efetuar o lançamento tributário, abstendo-se, contudo, de qualquer medida, em relação ao sujeito passivo, que vise constrangê-lo ao pagamento

19. Resulta daí, quer nos parecer que a "mens" do art 62 em comento c/c a do art. 7º, inciso I, do regulamento do processo administrativo fiscal e, especialmente, com a do art 145 do CTN, aponta no sentido de, nos casos em exame, uma vez efetuado o lançamento, dele seja cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária, suspendendo-se, a partir daí, o curso do procedimento, até ulterior decisão judicial, ou perda da eficácia da liminar concedida

20 Acresce ao sobredito, a ação recomendada se faz necessária, inclusive, para efeitos de prevenir a jurisdição, quando for o caso, ex-vi do art 9º § 2º, do regulamento em tela, litteris,

"§ 2º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer "

21 Em conclusão, e tendo em vista o argumento da consulente de que "o lançamento efetuado de maneira contrária ao que prescreve o dispositivo transcrito (art 62, Decreto 70 235/72) padeceria do vício de nulidade "(SIC, fls. 2), não poderíamos nos furtar de aduzir aqui o sempre lúcido e esclarecedor comentário do Dr. OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO, então Procurador Judicial e atualmente Procurador-Coordenador da Representação Judicial da Fazenda Nacional (in "Suplemento Tributário", LTr, 56/93), ao reportar-se ao Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da Região, no MS nº 93 04 048941-9 – PR, nos seguintes termos:

"O relator do focalizado Acórdão e Juiz Ari Pargendler escreveu: "O crédito, enquanto não reconhecido pela Administração, só poderá ser compensado por efeito de sentença" Consta, ainda, no Acórdão que o Poder Judiciário não pode impedir que a Fazenda promova o lançamento do crédito fiscal – "Até aí não vai o poder do Judiciário – o lançamento fiscal é um procedimento legal a que a autoridade fazendária está vinculada".

22 Ex positis, opina-se no sentido de que seja respondido à consulente:

- a) nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver sido, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do art 142 e respectivo parágrafo único, do Código Tributário Nacional;
- b) uma vez efetuado o lançamento, deve ser regularmente notificado o sujeito passivo (art. 145 do CTN c/c o art 7º, inciso I, do Decreto nº 70 235/72), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN);
- c) com o advento de decisão Judicial favorável à Fazenda Nacional, ou a perda da eficácia da medida liminar concedida, deve ser restabelecido o curso do processo fiscal,
- d) preexistindo processo fiscal à liminar concedida, deve aquele seguir seu curso normal, com a prática dos atos administrativos que lhe são próprios, exceto quanto aos atos executórios, que aguardarão a sentença Judicial, ou, se for o caso, a perda da eficácia da medida liminar concedida."

Portanto, não só é possível, porém, muito mais, é **obrigatório** que a autoridade administrativa exerça sua atividade, devendo sempre proceder ao lançamento do crédito tributário quando constate a ocorrência do fato jurídico tributário ou de infração à lei, independentemente de já se achar o sujeito passivo ao abrigo de medida judicial anterior ao procedimento fiscal.

Nesse mesmo sentido a lição de James Marins, para o qual "não só a Administração Fazendária pode como deve formalizar o crédito em discussão sob pena de

decadência do direito de fazê-lo, mesmo estando em curso a ação judicial de natureza preventiva”¹

Também a jurisprudência judicial assim tem entendido, a exemplo do acórdão do STJ no Recurso Especial 119.986-SP (1997/0011016-8 - D.J. 09/04/2001, pág. 0337), de relatoria da Ministra Eliana Calmon, do qual se transcreve a ementa:

**“TRIBUTÁRIO –CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO- LANÇAMENTO- Decadência.**

O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (art. 113 e 142, ambos do CTN)

Dispõe a FAZENDA do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito

O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção sequer por ordem judicial

A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não lançamento

Recurso especial não conhecido ” (negritos acrescentados)

Conhecimento de arguições de inconstitucionalidade

Quanto aos juros de mora, o artigo 166 do CTN reza que o crédito tributário não integralmente pago no seu vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta. E o art. 5º do Decreto-lei 1.736/79, determina que “ *a correção monetária e os juros de mora serão devidos inclusive no período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial*” .

Todas as matérias ventiladas são objeto de súmula deste Conselho, a saber:

Súmula CARF nº 1 Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais

16

¹ MARINS, James- (Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário, Dialética, S.P. p.90).”

Observo que mesmo a matéria sobre a qual descabe a discussão na esfera administrativa, dada sua submissão ao Poder Judiciário pelo contribuinte, também se encontra sumulada, sendo objeto da Súmula nº 3, com o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 3 Para a determinação da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro, a partir do ano-calendário de 1995, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento, tanto em razão da compensação de prejuízo, como em razão da compensação da base de cálculo negativa.

Rejeito a preliminar de nulidade, não tomo conhecimento do recurso quanto às matérias submetidas ao Poder Judiciário, e nego provimento ao recurso.



SANDRA MARIA FARONI.