



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Comp4

Processo nº. : 10805.002454/99-26
Recurso nº. : 128.270
Matéria : IRPJ - Ex: 1996
Recorrente : BTR FLOW CONTROL DO BRASIL LTDA
Recorrida : DRJ EM CAMPINAS - SP
Sessão de : 06 de dezembro de 2001
Acórdão Nº. : 107-06.495

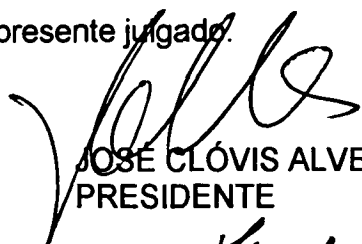
RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - A opção do contribuinte pela via judicial, antes ou depois de autuada pelo fisco, implica em renúncia à instância administrativa (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38, parágrafo único).

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Descabe a sua imposição quando a exigibilidade do tributo ou contribuição tiver sido suspensa, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

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; RIR/94, 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 BTR FLOW CONTROL DO BRASIL LTDA.

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


JOSÉ CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE


CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES
RELATOR

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

FORMALIZADO EM: 18 ABR 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ, PAULO ROBERTO CORTEZ, LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, MAURILIO LEOPOLDO SCHMITT(Suplente). Ausente por motivo justificado o Conselheiro EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS.



Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

Recurso nº : 128.270
Recorrente : BTR FLOW CONTROL DO BRASIL LTDA

RELATÓRIO

BTR FLOW CONTROL DO BRASIL LTDA, empresa já qualificada nos autos, ingressara em Juízo para garantir-se do direito de compensar prejuízos fiscais de períodos anteriores ao ano-calendário de 1995, obtendo liminar em mandado de segurança, na 13ª Vara Federal em São Paulo, em 29/02/96, com sentença favorável em 30/04/96. Em 16/11/98, a Sexta Câmara do TRF da 3ª Região, por unanimidade de votos, deu provimento à apelação e à remessa oficial. A sentença foi publicada no D.J.U. da União em 24/03/99, e foi à conclusão, em 03/4/99, para apreciação de Embargos de Declaração opostos pela Embargante/Apelada (fls. 30). Em 05/11/99, foi autuada pela fiscalização para pagamento de imposto de renda, multa de lançamento de ofício, agravada por não atendimento no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos, e juros de mora com base na SELIC.

A empresa Impugnou a exigência (fls.88/120), sustentando, em resumo, a ilegalidade formal da MP nº 812/94 por não atender os pressupostos da relevância e urgência exigíveis na Carta Magna para sua expedição. A Lei nº 8.981/95 não foi tornada pública a tempo de ser eficaz no ano-calendário de 1995, pois o D.O.U. de 31/12/94 somente circulou em 02/01/95. Sua aplicação, no exercício de 1995, fere o princípio da anterioridade insito na alínea "b", inciso III, do artigo 150 da Constituição Federal. Os arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95, por sua vez, violam o princípio da irretroatividade das leis (C.F., art. 150, III, "b") e o dos direitos adquiridos, consoante o disposto no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior e o art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.



Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

A impugnante sustenta também que os dispositivos combatidos ensejam a atribuição do patrimônio e ofendem o art. 43 do Código Tributário Nacional; é uma forma de empréstimo compulsório disfarçado, revestindo, outrossim, forma de confisco. Violam o princípio da capacidade contributiva. Contesta a validade da multa de lançamento de ofício e a de mora, recorrendo a respeito. Diz que a matéria em questão encontra-se " sub judice" , no Mandado de Segurança nº 96005770-2, em curso na 13ª Vara Federal de São Paulo. Justifica as razões do retardo do atendimento das intimações fiscais, alegando, também, ausência de dolo ou má-fé. Alega denúncia espontânea e sustenta a inaplicabilidade da taxa Selic a título de juros de mora.

A autoridade julgadora de primeira instância (fls. 151/157) não conheceu da impugnação quanto à exigibilidade do imposto de renda, por se tratar de exigência objeto de discussão na esfera judiciária, que importa renúncia à esfera administrativa.

Manteve a multa de lançamento de ofício porque, quando da lavratura do auto de infração, o TRF-3ª Região já havia provido a apelação e a remessa oficial, estando em aberto o débito respectivo. Não aceitou as ponderações do contribuinte para o atraso na prestação dos esclarecimentos, porque fora intimada várias vezes para o atendimento das solicitações. Repele, outrossim, o argumento de que a multa não seria devida por ter ocorrido denúncia espontânea, uma vez que os fatos não se ajustam à hipótese prevista no art. 38 do CTN. Manteve também a exigência de juros de mora, com base na Selic, por entender que o CTN, no art. 161 autoriza o legislador a dispor de modo diverso em relação à taxa de juros moratórios de 1% ao mês. O art. 3º da Lei nº 9.065/95 está de acordo com a lei nacional. Por último, assevera o julgador que, como a questão ainda está sendo discutida judicialmente, esclarece que nada será devido pelo contribuinte, caso obtenha sentença definitiva e favorável naquela esfera.

Na fase recursal (fls. 162/193), a empresa insurge-se contra os fundamentos do julgado, sustentando que não pode haver renúncia à instância,

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

administrativa quando o contribuinte, antes de qualquer procedimento de ofício, impetra medida judicial preventiva, pois semelhante entendimento enseja o cerceamento do seu direito de defesa, citando jurisprudência administrativa em favor de sua posição.

Insiste a recorrente na legitimidade da compensação integral das dos prejuízos fiscais, e de que há ofensa ao conceito de lucro e renda, os princípios da irretroatividade e da anterioridade e dos direitos adquiridos, discorrendo a propósito. E também de que se trata de empréstimo compulsório disfarçado, confisco e ofensa ao princípio da capacidade contributiva. Persevera na improcedência da multa seja de ofício ou de mora. Sustenta que a questão ainda se encontra "sub judice", descabendo a aplicação da multa de mora, ainda porque ocorrera denúncia espontânea, conforme jurisprudência dos Tribunais cujas ementas transcreve. Por fim, reitera a sua inconformidade com a exigência de juros de mora com base na taxa Selic.

Por fim, pede a reforma da decisão recorrida, cancelando-se o auto de infração.

Intimada da decisão de primeira instância em 16/08/01 (fls. 159-v), a empresa, apresentou o seu recurso a este Colegiado (fls. 165/193), em 13/09/01 (fls. 165), instruindo-o com a prova do arrolamento de bens para seguimento do seu recurso à instância superior (fls. 162/163).



É o relatório.



Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

VOTO

Conselheiro CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, Relator:

O recurso foi interposto dentro do prazo legal, e teve seguimento em face do arrolamento de bens apresentado às fls. 162/163

Da matéria submetida ao Poder Judiciário:

Inicialmente, cabe consignar que a autoridade julgadora de primeira instância (fls. 156, "in fine") e a recorrente, em seu recurso (fls. 169), afirmam que a matéria ainda se encontra pendente de decisão final do Poder Judiciário.

Como se verifica dos documentos acostados aos autos, a empresa recorreu ao Poder Judiciário, com vistas a eximi-la do limite de 30% para compensar prejuízos de exercícios anteriores com os lucros apurados no exercício de 1996.

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

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

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.

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)



Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

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 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 do contraditório e da ampla defesa insculpido no item LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assim redigido:

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

"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 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.

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

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 multa de lançamento de ofício:

A multa de lançamento de ofício não constitui matéria submetida ao Poder Judiciário; logo, foi corretamente conhecido o litígio pelo julgador “a quo”, e, igualmente, deverá ser o recurso conhecido por esta Câmara.

Ela, contudo, não pode prosperar pelas seguintes razões.

O art. 63 e seus §§ da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estão assim redigidos:

“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.

§ 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.”

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966),
por seu turno, dispõe:

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

“Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....”omissis”.....

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.”

”

Como se vê, a lei afasta, desde logo, a hipótese de lançamento de ofício (art. 63, “caput”) quando o lançamento vise prevenir a decadência de tributos e contribuições, cuja exigibilidade tiver sido suspensa por força de liminar em mandado de segurança, concedida antes do início de qualquer procedimento de ofício.

Foi exatamente o que ocorreu. A empresa requereu liminar em mandado de segurança, antes de qualquer procedimento de ofício.

O Poder Judiciário verificou a fumaça de bom direito, e, por isso, concedeu a liminar, sendo que no caso concreto, posteriormente, concedeu a segurança, ratificando o bom direito da empresa.

É verdade que, posteriormente, a liminar e a segurança concedidas foram cassadas pelo Tribunal Regional Federal e que o recurso à instância superior não tem efeito suspensivo.

Inobstante, é inegável que o contribuinte levantou a questão ao bater às portas da Justiça, e, por via indireta, levou o fato ao conhecimento do fisco.

Ora, se assim é, sucumbente a empresa, em decisão definitiva, ou seja, transitada em julgado, caberia ao fisco cobrar o imposto com a multa de mora, com a incidência desta interrompida no período compreendido entre a data da concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

O fisco não pode constituir o crédito e a multa de lançamento de ofício, como ocorreu na espécie, em que a reforma da sentença que concedeu a segurança não era definitiva.

É o que se depreende do disposto no art. 63 e seus §§, retrotranscritos.

Ainda porque, quando o retrotranscrito art. 63, "caput", diz que não caberá lançamento de multa de ofício quando a exigência HOUVER sido suspensa, está prestando uma homenagem à aparência de bom direito do contribuinte que intentou a ação, levando o fato ao conhecimento da Justiça e da Administração. Só por este fato o contribuinte fica vacinado contra a penalidade correspondente ao lançamento de ofício.

Quando, no § 2º desse dispositivo, a lei conclui que a 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 decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, está deixando claro que não há lugar para a multa de lançamento de ofício, enquanto a matéria ainda estiver sendo apreciada pelo Judiciário. Ou seja, enquanto não houver trânsito em julgado..Nessa situação, o fisco só pode lançar o tributo para garantir-se da decadência.

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 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, como consta do demonstrativo próprio, anexo ao auto de infração (fls. 50), e estão em consonância com a lei nacional.

Processo nº : 10805.002454/99-26
Acórdão nº : 107-06.495

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 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 dou provimento parcial ao recurso para afastar a multa de lançamento de ofício.



Sala das Sessões - DF, em 06 de dezembro de 2001



CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES