



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.002728/2002-27
Recurso nº. : 136.556
Matéria : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – Ex(s): 2000 e 2001
Recorrente : COVENAC COMÉRCIO DE VEÍCULOS NACIONAIS LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em CAMPINAS/SP
Sessão de : 13 DE MAIO DE 2004
Acórdão nº. : 105-14.443

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS – AÇÃO 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.

JUROS DE MORA - SELIC - Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

MULTA DE OFÍCIO: Uma vez obtida a liminar antes de qualquer procedimento de ofício e, não tendo a lide judicial sido concluída, indevida a exigência de multa de ofício. (Lei nº 9.430/96 art. 63).

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por COVENAC COMÉRCIO DE VEÍCULOS NACIONAIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e no mérito por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado Vencido o Conselheiro Luis Gonzaga Medeiros Nóbrega.

JOSE CLOVIS ALVES
PRESIDENTE e RELATOR

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº. : 10830.002728/2002-27
Acórdão nº. : 105-14.443

FORMALIZADO EM: 28 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: DANIEL SAHAGOFF,
CORINTHO OLIVEIRA MACHADO, EDUARDO DA ROCHA SCHMITD, IRINEU BIANCHI
e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail, positioned below the text of the document.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10830.002728/2002-27

Acórdão nº. : 105-14.443

Recurso nº. : 136.556

Recorrente : COVENAC COMÉRCIO DE VEÍCULOS NACIONAIS LTDA

RELATÓRIO

COVENAC COMÉRCIO DE VEÍCULOS NACIONAIS LTDA CNPJ 46.041.687/0001-93, já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 93/101, da decisão da 3ª Turma da DRJ em Campinas - SP, que julgou procedente o lançamento consubstanciado na página 04.

A acusação fiscal fundamenta-se no fato de que a contribuinte efetuou a compensação de bases negativas da CSL de períodos anteriores com os bases positivas apuradas em 31 de dezembro de 1.999 e 2.000, em valores superiores a 30% das mesmas, em desacordo com o estabelecido no art. 58 da Lei nº 8.981/95, e art. 16 da Lei nº 9.065/95.

Em 01 de dezembro de 1999 a empresa impetrou junto à Justiça Federal, Ação Ordinária de Caráter Declaratório com Pedido de Antecipação de Tutela, fls 37/48* contra a determinação de limitação de compensação de prejuízos fiscais e de bases negativas da CSL, previstas nos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981 e artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95.

Em 27 de janeiro de 1.997 a Meritíssima Juíza Federal Dra. Eliana Borges de Mello Marcelo, em decisão finalizada na página 55 (processo do IRPJ), julgou procedente a ação, declarou a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes que impedisse a autora de compensar o resultado negativo obtido até dezembro de 1994 com o resultado positivo apurado em exercícios subseqüentes, de forma integral, sem as limitações impostas pela legislação, correspondente a 30% (trinta por cento).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº. : 10830.002728/2002-27
Acórdão nº. : 105-14.443

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência, nos termos da impugnação de fls. 56 a 62, onde pede preliminarmente a nulidade do auto de infração, pois exigiu multa não tendo portanto respeitado a suspensão prevista no artigo 151 do CTN, em seguida diz que a multa é indevida por estar protegido por medida judicial e contra os juros calculados pela taxa SELIC por ser remuneratória.

A 3ª Turma da DRJ em Campinas São Paulo através do acórdão 2.047 de 26.08.2.002 decidiu rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, não conhecer da matéria submetida ao Poder Judiciário e manteve a multa e os juros.

Ciente da decisão em 17/03/2003, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 28/03/03 (protocolo fl. 93), argumentando, em síntese, o seguinte:

PRELIMINARMENTE a nulidade da decisão de Primeira Instância por ter mantido lançamento feito em desacordo com a legislação e decisão judicial.

No mérito repete as argumentações da inicial contra a multa e juros.

Como garantia recursal arrolou bens.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

VOTO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

O recurso é tempestivo, porém somente pode ser conhecido na parte não submetida ao Poder Judiciário.

Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário, e obteve sentença garantido a compensação de prejuízos e bases negativas formadas até 1994, decisão fl. 55 *).

Analisando os autos verifico que as compensações glosadas se formaram até o segundo semestre de 1992 (SAPLI fl. 92*), logo protegidas pela decisão judicial ainda não transitada em julgado.

Tendo em vista que a contribuinte ingressou com ação perante o Poder Judiciário discutindo especificamente a matéria de mérito objeto do auto de infração, nesse particular, houve concomitância na defesa, por meio da 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 dos créditos tributários como medida preventiva dos efeitos da decadência.

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração por desobediência à ordem judicial não procede a alegação, a justiça ora nenhuma proibiu a SRF de formalizar o crédito tributário, aliás dever esse vinculado e obrigatório nos termos do artigo 142 § único da Lei nº 5.172/66, CTN.

A decisão de fl. 55*, tão somente assegurou a compensação dos prejuízos e bases negativas acumulados até 1994., de acordo com a legislação anterior, com isso afastou a aplicação da limitação contida na MP 812/94 convertida na Lei nº



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10830.002728/2002-27

Acórdão nº. : 105-14.443

8.981/95 e repetida nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95, em relação ao estoque de prejuízos existente em 31.12.94.

Concluindo o auto de infração não é nulo, pois não houve determinação da justiça para que a autoridade não cumprisse sua obrigação legal prevista no artigo 142 do CTN.

Quanto a nulidade da decisão de primeira instância também não pode ser acatada, pois fora emanada da autoridade competente e não houve cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao mérito da limitação de compensação, pelas notícias dos autos, continua a ser demandada na justiça e embora o contribuinte não traga à discussão nesta esfera, apenas pelo amor ao debate trato do tema.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 62. A vigência de medida judicial que implique a suspensão da exigibilidade de crédito tributário não impede a instauração de procedimento fiscal e nem o lançamento de ofício contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, inclusive em relação à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

§ 1º Se a medida judicial referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.

§ 2º 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, **importa renúncia às instâncias administrativas. (Grifamos).**



§ 3º O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

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

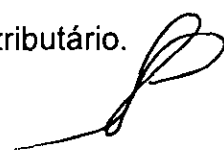
“Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

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 tela, o contribuinte ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício. Por seu turno, a Autoridade Fiscal, com o intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.



Trata-se especificamente 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.

Inútil seria este Colegiado julgá-lo, uma vez que a decisão final, a que será prolatada pelo Poder Judiciário, é autônoma e superior. O julgado do Poder Judiciário será sempre superveniente à decisão proferida nesta Corte. Se houverem ações concomitantes e os entendimentos forem divergentes a Decisão prolatada pelo Poder Judiciário será definitiva.

Por seu turno, na Lei nº 6.830, de 22/09/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o parágrafo único do artigo 38 igualmente prescreveu:

“Art. 8 - 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 de 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 já decidida pelo Poder Judiciário, posto que qualquer que seja a sua decisão prevalecerá sempre o que for 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 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.



Não obstante, conclui-se 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.

Vencida essa parte, relativa ao mérito quanto a limitação da compensação de prejuízos e bases negativas previstas nos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981/95 que está sendo discutida judicialmente, cabe tomar conhecimento das alegações quanto à formalização do auto de infração multa e juros de mora.

Os juros de mora lançados no auto de infração também são devidos pois, 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. 06).

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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10830.002728/2002-27

Acórdão nº. : 105-14.443

Quanto à cobrança da multa de ofício entendo haver razão ao contribuinte.

A Lei nº 9.430 trouxe profundas modificações quanto às exigências formalizadas para se evitar a decadência, dispondo inclusive quanto a acréscimos legais.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

{Art. 63, "caput", com redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.}

§ 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 e, cumulativamente, houver sido efetuado o depósito integral do tributo objeto da ação judicial, inclusive dos encargos de juros e multa moratórios incorridos da data do vencimento da obrigação até o dia anterior ao da efetivação do depósito.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar ou a tutela antecipada interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até trinta dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Analisando os autos verifico que o contribuinte obteve sentença favorável à não limitação quanto à compensação do estoque de prejuízos existente em 1994 (fl.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10830.002728/2002-27

Acórdão nº. : 105-14.443

55*) e, como a parte do prejuízo glosado se refere ao período protegido pela decisão judicial.

Ainda que tenha havido recurso da Fazenda é certo que não se tem ainda uma decisão final do Poder Judiciário sobre a questão.

O parágrafo segundo do artigo 63 da Lei 9.430/96, diz que a interposição de ação judicial favorecida com a medida liminar ou a tutela antecipada interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até trinta dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição. Ora se interrompe a incidência de multa de mora com muito mais razão impede a exigência de multa de ofício.

Qualquer penalidade para ser aplicada há necessidade de uma conduta delituosa por parte do contribuinte, ou seja qualquer ação ou omissão contrária à lei, porém se o contribuinte, antes de qualquer procedimento da autoridade tributária, toma a iniciativa de contestar na justiça a aplicação de determinada norma legal, não se pode punir o contribuinte em relação à norma demandada antes de trinta dias da decisão final na justiça como prevê o legislador no § 2º do artigo 63 da Lei 9.430/96, pois uma vez concedida a liminar é porque há a fumaça do bom direito, é porque o juiz vislumbrou de início a razão do contribuinte, ainda que no futuro venha a mudar de opinião na sentença, é certo que enquanto não terminar a demanda, amparado estará o contribuinte pela justiça.

Ressalte-se ainda que quando a liminar é deferida ou há sentença de mérito, a autoridade impetrada (DRF) é comunicada, desde logo pode e deve determinar a feitura do lançamento que é vinculado e obrigatório, porém, tal lançamento deveria ser realizado sem a multa de ofício nos termos da legislação citada.

Se dois contribuintes obtêm liminar na Justiça sobre determinada matéria, ambos no julgamento singular vêm indeferidos seus pleitos, ambos recorrem, um tem a sorte de estar numa jurisdição com menos trabalho para a autoridade ou essa



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº. : 10830.002728/2002-27
Acórdão nº. : 105-14.443

é diligente e manda formalizar o lançamento assim que é notificada da concessão da liminar, o fará com certeza dentro do período de vigência da dessa ordem judicial e sem portanto sem a multa de ofício, outro que dá o azar de estar numa jurisdição onde o esse trabalho é deixado para realizar em outra época já depois do julgamento desfavorável na justiça, receberá contra sim um lançamento com multa de ofício.

Quando os dois processos chegam para julgamento no Conselhos têm situações absolutamente iguais, ambos recorreram à justiça, ambos tiveram deferida uma liminar, ambos recorreram, mas um processo vem com a multa de ofício outro sem tal penalidade e tal circunstância só ocorre por pura, absoluta e incontroversa morosidade da autoridade lançadora pois desde o momento da ciência da liminar poderia e deveria ter realizado o lançamento.

O direito não pode favorecer a parte que não age, no caso o sujeito ativo que teve oportunidade de fazer o lançamento sem a multa no período de vigência da liminar, e assim não o fazendo foi premiado com um crédito tributário maior relativo à multa de ofício, ora isso é um absurdo que não pode ser admitido por qualquer julgador, seja administrativo ou judicial.

Diante do exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar de nulidade da decisão de Primeira Instância e no mérito dou-lhe provimento parcial para afastar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 13 de maio de 2004.


JOSE CLÓVIS ALVES