



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 13805.014017/96-19
Recurso nº. : 141.475
Matéria : CSLL – Exs: 1992 e 1993
Recorrente : RODESAN ELÉTRICA LTDA.
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 23 de junho de 2006
Acórdão nº. : 101-95.630

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – NULIDADE – Inexistindo qualquer falha, irregularidade ou vício formal ou material no auto de infração, em cuja lavratura foram observados todas as determinações do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS – AÇÕES JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES – IMPOSSIBILIDADE – A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento de ofício, 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.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR – Descabe a sua imposição quando a exigibilidade do tributo ou contribuição estiver suspensa.

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

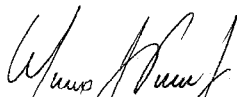
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por RODESAN ELÉTRICA LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade, conhecer em parte do recurso, para DAR-lhe provimento PARCIAL, para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

PROCESSO Nº. : 13805.014017/96-19
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.630



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR
RELATOR

FORMALIZADO EM: 05 OUT 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI e CAIO MARCOS CÂNDIDO.

PROCESSO Nº. : 13805.014017/96-19
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.630

Recurso nº. : 141.475
Recorrente : RODESAN ELÉTRICA LTDA.

RELATÓRIO

RODESAN ELÉTRICA LTDA., já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, por meio da petição de fls. 138/160, da Decisão DRJ/SPO nº 00359, de 31/01/2001, prolatada pelo Sr. Delegado da DRJ em São Paulo - SP (fls. 103/114), que julgou parcialmente procedente o crédito tributário constituído no auto de infração de CSLL, fls. 02.

Consta do auto de infração, a seguinte irregularidade fiscal:

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL

O crédito tributário apurado conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal – CSLL anexo, cujo lançamento ora se formaliza para evitar os efeitos da decadência, esta com sua exigibilidade suspensa, enquanto estiver pendente de decisão judicial a Medida Cautelar Inominada – Processo nº 93.11826-9.

Enquadramento legal: Art. 2º e §§, da Lei 7689/88. Art. 41 do Decreto 302, de 04/11/91.

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência, nos termos da impugnação de fls. 36/49.

O julgador de primeiro grau decidiu pela manutenção parcial do lançamento, nos termos do aresto acima citado, cuja ementa tem a seguinte redação:

CSLL

Data do fato gerador: 31/12/1991, 30/06/1992

NULIDADE – INADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO UTILIZADO – PRELIMINAR INAPLICÁVEL AO CASO – De acordo com as normas legais e jurisprudenciais em vigor, o instrumento adequado à constituição de crédito tributário, realizada por servidor competente, quando em trabalho de auditoria externa, é

o auto de infração, o qual deve ser lavrado inclusive em hipótese em que o crédito tributário correspondente não pode ser exigido.

ILEGALIDADE – Não se configura a hipótese de ilegalidade do auto de infração lavrado para constituir tributo e respectiva multa com base na legislação de regência.

INCONSTITUCIONALIDADE ARGÜIDA – CSLL – EXERCÍCIO DE 1992 – Não compete á autoridade administrativa apreciar a constitucionalidade das leis tributárias regularmente postas no cenário jurídico do país, cabendo-lhe somente observar o fiel cumprimento da legislação em vigor.

MATÉRIA LEVADA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – CSLL – EXERCÍCIO DE 1993 – A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário acarreta a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade administrativa.

MULTA DE OFÍCIO – RETROATIVIDADE DA LEGISLAÇÃO – REDUÇÃO A 75% - Aplica-se a atos ou fatos pretéritos não definitivamente julgados, a legislação que comine penalidade menos severa do que a vigente à época da sua ocorrência.

JUROS DE MORA – Os juros de mora independem de formalização através de lançamento e serão devidos mesmo durante o período em que permanecer suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

Ciente da decisão de primeira instância, a contribuinte interpôs o recurso voluntário (fls. 138/160) em 11/03/2003, onde apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) que a lavratura do auto de infração só se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidade às infrações cometidas pelo contribuinte. Não havendo tais infrações, tem o Fisco outro instrumento jurídico para garantir a constituição do crédito tributário, qual seja, a notificação de lançamento prevista nos arts. 9º e 11 do Decreto 70.235/72;
- b) que, no presente caso, utilizou-se o Fisco de instrumento inadequado para constituir o crédito, vez que a recorrente estava – e está – amparada por medida judicial que a autorizava a proceder a dedução da base de cálculo da CSLL da diferença de correção monetária havida em 1990, correspondente à aplicação do IPC e não do IRVF, não cometendo, por isso, nenhuma irregularidade passível de ser apenada e apurada por meio de auto de infração;

- c) que não houve renúncia às instâncias administrativas, pois está evidenciado neste recurso e na impugnação apresentada, que outros argumentos se apresentam como objeto de defesa, que são distintos daqueles apresentados em juízo, quais sejam: a) inadequação do meio utilizado; b) correta interpretação do art. 38 da Lei n. 6830/80; e c) cobrança de multa e juros moratórios com base na taxa SELIC;
- d) que a Lei 8.200/91, não outorgou direito novo ao contribuinte, mas sim reconheceu um direito pré-existente, qual seja, o de apurar a conta de correção monetária com base em índices inflacionários verdadeiros e, por conseguinte, deduzi-la do lucro sujeito à tributação. Não pode prevalecer o critério de não se deduzir os efeitos da correção monetária IPC/BTNF, para efeitos da determinação da base de cálculo da CSLL;
- e) que não é possível admitir-se o entendimento do sr. julgador no sentido de que *"torna-se devida a imposição da multa de ofício na constituição, destinada a prevenir a decadência, do crédito tributário em lide, cuja exigibilidade não tenha sido suspensa pela concessão de medida liminar em Mandado de Segurança"*. A Lei Complementar nº 104/01, deu nova redação ao art. 151 do CTN que passou a conter o inciso V, dispondo que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, que não o mandado de segurança, suspendem a exigibilidade do crédito tributário;
- f) que requer a esse Conselho que aplica ao presente caso o disposto na Lei Complementar n. 104/01, integrando-a de forma sistemática às demais normas que fazem referência ao art. 151 do CTN, como ocorre com o art. 63 e parágrafos da Lei n. 9430/96, para excluir a penalidade aplicada, reformando a decisão recorrida;
- g) que é ilegal a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC.

Após o atendimento dos pressupostos para a admissibilidade e seguimento do mesmo, conforme despacho de fls. 210, da DERAT em São Paulo - SP, foram os presentes autos encaminhados para este Primeiro Conselho de Contribuintes para a apreciação do recurso voluntário interposto pela contribuinte.

É o Relatório.



VOTO

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, Relator

O recurso é tempestivo, portanto, deve ser conhecido.

Como visto do relatório, tratam os autos de lançamento de ofício, a título de CSLL, correspondente aos fatos geradores ocorridos em 31/12/1991 e 30/06/1992, tendo em vista a exclusão na apuração da base de cálculo da citada contribuição, da diferença da correção monetária de balanço prevista na Lei nº 8.200/91.

NULIDADE

Inicialmente, cabe esclarecer que não se vislumbra nos autos qualquer irregularidade como pretende a recorrente. Trata-se de lançamento de ofício realizado por autoridade competente, investida no cargo de Auditor Fiscal, nos termos do artigo 926 do RIR/99.

Como bem exposto na decisão recorrida, o crédito tributário não existe sem o respectivo lançamento. Antes dele só existe a obrigação tributária, pois ela depende apenas da ocorrência do fato gerador. O crédito tributário, para existir – com os atributos que a norma legal estabelece, ainda que seja constituído com a sua exigibilidade suspensa – precisa de um procedimento administrativo de formalização, que é o lançamento.

Outrossim, inexistente qualquer vício ou arbitrariedade a provocar a nulidade do feito, pois a fiscalização ofereceu à contribuinte a oportunidade de prestar todos os esclarecimentos cabíveis para o caso, antes da confecção do auto de infração.

No Termo de Verificação consta a descrição da irregularidade de forma clara e objetiva, com o devido enquadramento legal da infração fiscal. Ou seja, foram atendidas as disposições do Decreto n.º 70.235/72, visto que todos os termos estão assinados e formalizados por escrito, com identificação da repartição fiscal jurisdicionante e também da autoridade autuante, além de devidamente cientificados à contribuinte, demonstrando a ciência do procedimento e da matéria sob fiscalização. Conclui-se, portanto, que estão presentes no auto de infração, todos os elementos elencados no art. 10 do Decreto n.º 70.235/72.

Resta destacar que a lavratura do auto de infração não está inserida entre os atos discricionários da autoridade fiscal, por se tratar de ato plenamente vinculado. Identificados os fatos que caracterizaram a infração à legislação tributária, a autoridade fiscal tem o dever de formalizar o lançamento, dentro dos estritos limites fixados pela legislação tributária.

Diante disso, conclui-se que inexistente qualquer vício ou mesmo irregularidade formal ou material no lançamento objurgado, pois a infração se encontra perfeitamente formalizada dentro dos preceitos legais, tendo sido garantido à recorrente o pleno exercício do direito de defesa em todos os momentos processuais.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade.

O aproveitamento integral do saldo devedor de correção monetária – diferença IPC/BTNF – na apuração da base de cálculo da contribuição social, encontrava-se albergado por liminar em Medida Cautelar, motivo pelo qual o auto de infração foi lavrado com exigibilidade suspensa.

Diante disso, tendo a contribuinte ingressado com ação perante o Poder Judiciário para discutir especificamente a matéria de mérito objeto do auto de

infração, nesse particular, há concomitância na defesa, ou seja, a busca da tutela do Poder Judiciário, bem como o recurso à instância administrativa.

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

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

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

Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo diretamente.”

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

“11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente a jurisdição administrativa –, pela impugnação da exigência (recurso *latu sensu*), seguida, ou mesmo antecedida, de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual – ordenatória, declaratória ou de outro rito – a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento – exceto na hipótese de mandado de segurança ou medida liminar, específico – até a instância da Dívida Ativa, com decisão formal recorrida, sem que o recurso (*latu sensu*) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.”

No caso em questão, o contribuinte ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício, obtendo a medida liminar que pleiteou. Por

seu turno, a Autoridade Fiscal, com o intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.

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

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

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

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

Pelo exposto, deixo de tomar conhecimento do recurso em relação à parcela do lançamento que se encontra em discussão no Poder Judiciário.

Não obstante, o contribuinte possuía liminar em ação cautelar, cujos efeitos eram de suspender a exigibilidade do crédito tributário que viesse a ser constituído em face da relação jurídico-tributária posta em litígio.

A suspensão da exigibilidade por ordem judicial impede qualquer consideração de infração por parte do contribuinte, que apenas exerceu seu direito constitucional de acesso ao Judiciário. Se este Poder entender haver fumaça de bom direito, suficiente a proferir decisão emanando efeitos imediatos, incabível a penalidade de ofício.



A suspensão da exigibilidade pode se dar por diversos instrumentos: liminar em mandado de segurança ou cautelar, antecipação de tutela, efeitos suspensivos em recurso etc. Todos produzem efeito idêntico, eliminando a possibilidade de punição, caso vigente à época da lavratura do auto de infração.

Assim sendo, dou provimento para afastar a penalidade de ofício.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

Os juros de mora lançados no auto de infração também correspondem àqueles previstos na legislação de regência. Senão vejamos:

O artigo 161 do Código Tributário Nacional prevê:

“Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

*§ 1º - **Se a lei não dispuser de modo diverso**, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.”*
(grifei)

No caso em tela, os juros moratórios foram lançados com base no disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, conforme demonstrativo anexo ao auto de infração (fls. 05).

Assim, não houve desobediência ao CTN, pois o mesmo estabelece que os juros de mora serão cobrados à taxa de 1% ao mês no caso de a lei não estabelecer forma diferente, o que veio a ocorrer a partir de janeiro de 1995, quando a legislação que trata da matéria determinou a cobrança com base na taxa SELIC.



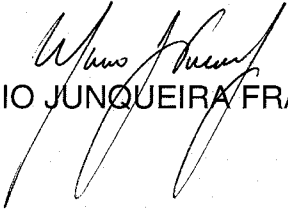
PROCESSO Nº. : 13805.014017/96-19
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.630

Por outro lado, a jurisprudência deste Primeiro Conselho de Contribuintes é pacífica no sentido de que é cabível a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC.

DA CONCLUSÃO

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

Sala das Sessões - DF, em 23 de junho de 2006


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR

