



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Comp.7

Processo nº. : 13807.012563/2001-04
Recurso nº. : 135371
Matéria : IRPJ – Ex.: 1997
Recorrente : LAPA ALIMENTOS S.A.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 02 de julho de 2003
Acórdão nº. : 107-07.238

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 LAPA ALIMENTOS SA..

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

JOSÉ CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE e RELATOR

04 JUL 2003

FORMALIZADO EM:

Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ, EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER, JOSÉ ANTONINO DE SOUZA (Suplente convocado), CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES e MARCIO MONTEIRO REIS (Procurador da Fazenda Nacional). Ausente, justificadamente, o Conselheiro NEICYR DE ALMEIDA.

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

Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

Recurso nº. : 135371
Recorrente : LAPA ALIMENTOS S.A.

RELATÓRIO

LAPA ALIMENTOS S.A. CNPJ 72.027.014/0001-00, já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 180/201, da decisão da 4ª Turma da DRJ em São Paulo - SP, que julgou procedente o lançamento consubstanciado na página 114.

A acusação fiscal fundamenta-se no fato de que a contribuinte efetuou a compensação de prejuízos de períodos anteriores com o lucro real apurado em 31 de dezembro de 1.996, em valor superior a 30% do mesmo, em desacordo com o estabelecido no art. 42 da Lei nº 8.981/95, e art. 15 da Lei nº 9.065/95.

Em 26 de dezembro de 1996 a empresa impetrou junto à Justiça Federal, Mandado de Segurança com pedido de liminar para que O DRF SP Centro Norte ou seus agentes, se abstivessem de aplicar penalidades e/ou exigir o pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, ou acréscimos, quanto aos exercícios fiscal-financeiros de 1995 em diante, em virtude da integral compensação de prejuízos fiscais e de bases negativas da CSLL, pela impetrante, sem a observância dos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981 e demais disposições da Lei nº 9.065/95, inconstitucionais, fls. 41 e 42.

Em 27 de janeiro de 1.997 o Meritíssimo Juiz Federal Dr. Ciro Bandani Fonseca, entendeu ser constitucionais os dispositivos atacados, arts. 15 e 16 da Lei 9.065/95, porém concedeu parcialmente com a seguinte redação:

"Destarte, concedo parcialmente a liminar, assegurando à impetrante que proceda, com relação aos prejuízos fiscais e bases negativas acumuladas até

Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

1994, na forma da legislação anteriormente à edição da Medida Provisória nº 812/94, convertida na Lei nº 8.981/95, afastando-se essas disposições, bem como as contidas nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95." Documento folha 44.

Houve apelação através de agravo pela impetrante perante o TRF DA 3ª Região, cujo seguimento foi negado. Doc. fls. 47.

O Meritíssimo Juiz Federal Valter Antoniassi MacCarone julgou o mérito da ação improcedente e denegou a segurança, cassando a liminar, doc. fl. 58.

A empresa apelou o TRF da 3ª Região através do Acórdão de fl. 59 negou provimento à apelação.

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência, nos termos da impugnação de fls. 120 a 133.

A 4ª Turma da DRJ em São Paulo através do acórdão 1.188 de 19.07.2.002 decidiu pela manutenção do lançamento, doc. fls 155 a 167.

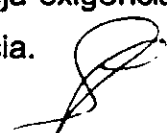
Ciente da decisão em 03/09/2002, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 03/10/02 fls. 180/201, argumentando, em síntese, o seguinte:

1.ASPECTOS FORMAIS DA AUTUAÇÃO FISCAL – ORDEM JUDICIAL – DESOBEDIÊNCIA – PREVARICAÇÃO.

A fiscalização agiu contra a lei e desobedeceu a ordem judicial configurando crime previsto no artigo 319 do Código Penal.

Assim entende que não poderia haver imposição de penalidades por ocasião da lavratura do auto de infração.

Afirma ser nulo o auto de infração, cuja exigência fiscal já estava ao amparo de ordem ou decisão judicial; cita jurisprudência.



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

2. EXCESSO DE EXAÇÃO – MULTA PUNITIVA E JUROS – INAPLICABILIDADE.

Diz ser indevidas as exigências de multa e juros, citando como amparo o artigo 63 da Lei nº 9.430/96, cita também doutrina.

Diz que a própria ação judicial afasta a decadência, não cita o apoio legal.

Passa a discutir a constitucionalidade da MP 812/94 e Lei 8.981/95.

Como garantia recursal arrolou bens.

É o Relatório.



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

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, com vistas a compensar a totalidade dos prejuízos fiscais acumulados, no ano-calendário de 1996.

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.

O contribuinte fala que a própria ação preveniria a decadência, porém não aponta o apoio legal e nem poderia pois não há.

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 do Meritíssimo Juiz Federal Ciro Bandani Fonseca, fl. 44, deferindo parcialmente a liminar, tão somente assegurou a compensação dos prejuízos e bases negativas acumulados até 1994, de acordo com a legislação



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

anterior, com isso afastou a aplicação da limitação contida na MP 812/94 convertida na Lei nº 8.981/95 e repetida nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95.

Embora trate de matéria penal cujo foro não é esse onde se encontra a lide, cabe apenas como ilustração comentar a acusação feita pelo contribuinte contra o fiscal autuante de prevaricação, com pena prevista no artigo 319 do Código Penal. O próprio texto da referida norma legal, in fine, ressalva que a prática de ato de ofício indevido, se assim o fosse, só seria punida na hipótese do agente fazê-lo para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, tal condição é imprescindível para que configure a prática do delito. O contribuinte ora nenhuma prova que o agente fiscal tivesse agido para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

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 ao mérito da limitação de compensação, pelas notícias dos autos, continua a ser demandada na justiça.

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."



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

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:



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

"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:



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

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.

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.



Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

{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 liminar em 20.01.97 para proceder à compensação dos prejuízos e bases negativas da CSLL de períodos anteriores sem as limitações impostas pelas Leis 8.981/95 e 9.065/95.

Ainda que posteriormente cassada quando do julgamento do mérito é certo que o contribuinte continuou com a ação não tendo 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

Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

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, a autoridade impetrada (DRF) fora comunicada, desde logo no período de vigência da liminar poderia Ter realizado o lançamento que é vinculado e obrigatório, e tal lançamento seria 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 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 si 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

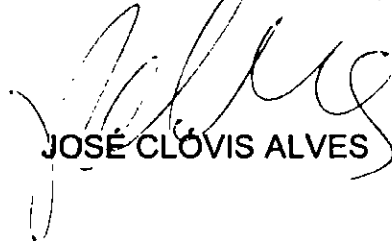


Processo nº. : 13807.012.563/2001-04
Acórdão nº. : 107-07.238

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, NÃO CONHEÇO do recurso no que versa sobre a matéria submetida ao Judiciário e no mais dou-lhe provimento parcial para afastar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 02 de julho de 2003.



JOSE CLÓVIS ALVES