



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10380.009944/2001-68
Recurso n.º : 132.246
Matéria: : IRPJ – EX: 1997
Recorrente : IRB – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida : 3ª. TURMA/DRJ EM FORTALEZE – CE.
Sessão de : 13 de agosto de 2003
Acórdão n.º : 101-94.309

Via Judicial – A discussão administrativa na concomitância de tese discutida perante o Poder Judiciário, fica prejudicada.

Multa de Ofício – Só fica prejudicada a sua aplicação quando a liminar for concedida antes do início do procedimento administrativo.

Selic – Tem fundamento nos artigos 84 e 13 das Leis 8981/95 e 9.065/95, respectivamente, não afastadas do mundo jurídico, não obstante alguns julgados do STJ decidindo pela não aplicação à matéria tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por IRB – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSO ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 15 SET 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VALMIR SANDRI, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, RAUL PIMENTEL, PAULO ROBERTO CORTEZ e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

Recurso nr. : 132.246
Recorrente : IRB – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

RELATÓRIO

Segundo a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl. 02, a exigência, relativa ao ano-calendário de 1996 e verificada em procedimento de revisão da declaração IRPJ da autuada, decorreu de glosa da compensação de prejuízo fiscal de períodos-base anteriores, na apuração do lucro real, superior a 30% do lucro real antes das compensações. De acordo com o mesmo termo, a empresa obteve liminar com suspensão do crédito tributário **após iniciada a ação fiscal**, nos autos do Processo nº 2001.81.00.009767-6, da 5ª Vara da Justiça Federal do Ceará.

Impugnando o feito às fls. 34/65, a interessada alegou, em síntese:

- que a restrição da compensação a 30% desvirtua o conceito de lucro, que é a base de cálculo do tributo, pois implica tributação do próprio patrimônio ou do capital da empresa;
- que a renda tributável nada mais é do que o lucro, cujo conceito está contido no art. 43 do CTN e nos arts. 189 e 191 da Lei das S/A, de onde se extrai que renda corresponde a um acréscimo patrimonial efetivo, real;
- que somente esse acréscimo, esse “*plus*”, ao patrimônio da empresa é que pode ser tributado, conforme, aliás, já teria decidido o plenário do STF no julgamento do RE nº 103.778;
- que é vedado à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado, utilizados expressas ou implicitamente pela Constituição Federal;
- que, portanto, para haver tributação da renda e do lucro de pessoas jurídicas impõe-se o cômputo de prejuízos anteriormente existentes, de modo a não restar tributado o patrimônio ou o capital das empresas;
- que na autuação em questão foi constituída não só o imposto que deixou de ser recolhido com seus acréscimos legais (juros), mas também a multa de ofício;
- que, para efetuar a referida compensação sem a limitação a 30%, a autuada se embasou, à época, na pacífica jurisprudência favorável dos tribunais administrativos e do próprio Poder Judiciário proferida em casos idênticos, que, nos termos do art. 100 do CTN, são normas complementares à legislação tributária;
- **que a observância de tais normas exclui a imposição de penalidades (multa de ofício), a cobrança de juros de mora e a atualização monetária da base de cálculo do tributo;**

- que, todavia, mesmo amparada pelas normas complementares do art. 100 do CTN, a impugnante também providenciou o provimento judicial que viesse albergar seu direito, impetrando mandado de segurança objetivando declarar a inconstitucionalidade da indigitada legislação e para assegurar seu direito de compensação integral dos prejuízos;
- que, como dito anteriormente, impetrou Mandado de Segurança com o objetivo de assegurar seu direito líquido e certo de, a salvo de procedimento fiscal, compensar prejuízos fiscais sem a limitação de que se fala;
- que, todavia, mesmo tendo a autuante conhecimento do processo, ainda em curso, que assegura o direito da impugnante, veio a autuá-la;
- **que, tendo sido deferida medida liminar, não poderia a autuante incluir no crédito a multa de ofício de 75% do suposto valor do tributo que deixou de ser recolhido;**
- **que, assim procedendo, descumpriu uma ordem judicial e efetuou lançamento em conflito com a norma do art. 63 da Lei nº 9.430/96;**
- que deve ser afastada a exigência dos juros com base na SELIC, por falta de previsão em lei e por inadequação dessa taxa a débitos tributários.

Na decisão recorrida (fls. 99/110), a 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Fortaleza-CE, por unanimidade de votos:

- a) não conheceu da impugnação quanto ao mérito, em decorrência da propositura de ação judicial pela autuada;
- b) julgou procedente a multa de ofício de 75% sobre o imposto e os juros de mora de acordo com a legislação aplicável.**

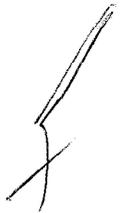
Às fls. 249/262 se vê o recurso voluntário, por meio do qual a autuada repete parte das razões da impugnação e aduz, em síntese:

- que não abandonou a via administrativa, porque dela não se socorreu, tendo ido diretamente ao Poder Judiciário para decidir sobre matéria de mérito, por meio de Mandado de Segurança;
- que, desse modo, estando a matéria de mérito sujeita à jurisdição do Judiciário, caberia ao agente fiscal efetuar o lançamento para evitar a decadência do crédito tributário, mas sem a aplicação de qualquer sanção, punitiva ou moratória;
- que isso deflui do fato de que a legislação tributária assegura ao contribuinte o direito de recolher o tributo, sem qualquer multa, no prazo de 30 dias a partir da decisão judicial que o considerar devido, segundo o art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, que transcreve;

- que a autuante, mesmo sabendo da existência do processo (MS nº 2001.81.00.09767-6) e em caracterizada contradição com a liminar concedida, constituiu o crédito tributário não apenas do tributo que teria deixado de ser recolhido, mas também da multa de ofício;
- que, em suma, a multa punitiva aplicada à Recorrente, por antecipação, não tem amparo jurídico, por estar em desacordo com dispositivo legal que permite ao contribuinte recolher o tributo, sem qualquer sanção, no prazo de 30 dias a partir do julgamento do procedimento judicial que denegar sua pretensão;
- que, no caso em pauta, pendente a matéria de mérito de decisão judicial, o lançamento, no que tange à obrigação tributária, não pode ser julgado procedente tornando-se exigível, mas apenas mantido a fim de evitar a decadência do pretendido crédito.

Torna a insurgir-se contra a SELIC e finaliza requerendo a reforma da decisão de primeira instância, afastando-se a incidência da multa punitiva e os juros com base na SELIC.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator.

O recurso é tempestivo.

A questão via judicial e administrativa é matéria de centenas de decisões neste Conselho de Contribuintes. Resta pacífica a conclusão de que não podem subsistir as situações, prevalecendo aquela sobre esta, no caso de concomitância, não importando se proposta antes ou depois do lançamento.

Sobre a questão tenho me pronunciado:

"O professor Alberto Xavier, in "Do lançamento", a fls. 282, assim se expressa com relação à questão discussão administrativa e perante o poder judiciário:

"No sistema atualmente vigente, ao abrigo da Constituição de 1988, não exige o prévio esgotamento das vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, pelo que vigora um **princípio optativo**, segundo o qual o particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e a impugnação judicial do lançamento tributário.

Esta opção pode ser **originária** ou **superveniente**, em consequência de desistência da via originariamente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação contenciosa, na pendência de uma impugnação administrativa, esta considera-se extinta. É o que resulta do § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1737, de 20 de dezembro de 1979, segundo o qual "a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto". E regra idêntica deflui do artigo 38 da Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980, segundo o qual "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto"

Sobre a classificação dos recursos em: necessários, facultativos, alternativos e exclusivos, assim continua para concluir o referido professor:

" A figura do recurso exclusivo não é tolerada no direito brasileiro face ao princípio da universalidade da jurisdição.

O recurso necessário corresponde ao sistema previsto na Emenda Constitucional nº 7/1977, a que já nos referimos.

O conceito de recurso alternativo também não se ajusta ao nosso direito positivo, que não concebe a opção entre a impugnação administrativa e a jurisdicional como definitivamente excludentes entre si, pois nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário

O que o direito brasileiro veda é o exercício **cumulativo** dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser **prévia** ou **posterior** ao processo judicial, mas não pode ser **simultânea**.

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina "ex lege" a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura de impugnação administrativa na pendência de processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular.

Na tipologia de Freitas do Amaral, a impugnação administrativa insere-se na categoria dos "recursos facultativos", com a ressalva de a relação de facultatividade não poder conduzir à simultaneidade.

Temos, pois o **princípio optativo**, mitigado por um **princípio de não cumulação**."

Assim, a concomitância impede, na matéria específica o conhecimento.

Resta analisar se a multa de ofício poderia ser aplicada, considerando o fato de que quando da obtenção liminar já havia sido iniciado o procedimento administrativo que culminou com o lançamento, após a mesma, ao amparo do estabelecido no § 1º, do artigo 63, que tem a seguinte redação:

"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 n.º 5.172/66.

§ 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**".

O contribuinte foi intimado em 17/04/95, a justificar a compensação de prejuízo em percentual superior a 30% estabelecido pela Lei 8981/95. A liminar foi concedida em 24/05/01, resultando daí que posterior ao início do procedimento.

Tenho defendido que a multa de ofício excluída do lançamento de ofício se aplica aos casos em que concedida liminar, ainda que depois revogada, isto porque o sujeito passivo, nestes casos, deu notícia ao Fisco de sua ação de insubordinação ao entendimento da administração. É que em tais casos, agiu o contribuinte, ao invés de se manter inerte quanto a sua não concordância, propiciando ao Fisco agir e m defesa de seu direito.

No caso sob análise, embora também tenha este Conselheiro sempre entendido o lançamento como ato e não como procedimento, verifico que a ação fiscal se deu antes de qualquer comunicação do sujeito passivo. O seu agir só aconteceu após o início da ação fiscal.

Assim, resta evidente que a restrição imposta no § 1º, do artigo 63 se aplica, por expressa disposição legal.

Por isso, ao caso, entendo incidente a multa de ofício, que não está em desacordo com a norma, mas sim em concordância.

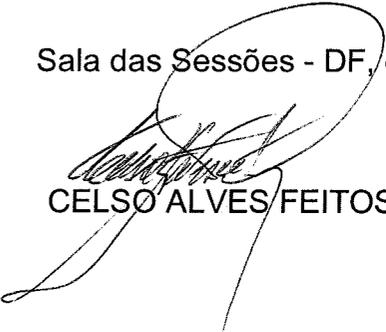
Processo n.º : 10380.009944/2001-68
Acórdão n.º : 101-94.309

7

Com respeito a cobrança dos juros corrigidos pela SELIC, encontra-se amparada em leis específicas: Leis 8981/95, art. 84 e 9065/95, art.13, as quais têm sido consideradas legítimas, não obstante algumas decisões no sentido de sua não aplicação à matéria tributária.

Nego provimento.

Sala das Sessões - DF, em 13 de agosto de 2003



CELSO ALVES FEITOSA