



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10680.015717/2001-97
Recurso n.º : 133.031
Matéria: : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – EXS:
DE 1998 e 1999
Recorrente : FIAT DO BRASIL S.A.
Recorrida : 2ª. TURMA/DRJ-BELO HORIZNTE – MG.
Sessão de : 18 de fevereiro de 2004
Acórdão n.º : 101-94.500

Multa de Ofício – Fica afastada a aplicada quando obtida a liminar concessiva em mandado de segurança, em matéria tributária, lançada para evitar a decadência.

Via Judicial – A discussão de matéria tributária perante o Poder Judiciário, na sua exata proporção, fica afastada na área administrativa, mercê da vedação da cumulatividade, pelo sistema pátrio, onde há prevalência da judicial em relação à administrativa.

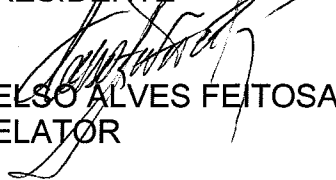
Juros de Mora – Incidem nos termos da legislação apontada no auto de infração, com suspensão de exigibilidade enquanto assim estiver a exigência principal, por força de liminar ou sentença concessiva em mandado de segurança.

Selic – Tem sustentação a pretensão, com base em lei ordinária não declarada inconstitucional e jurisprudência do STJ dominante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FIAT DO BRASIL S.A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para não conhecer da matéria submetida à via judicial e excluir da tributação a multa, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

Processo n.º : 10680.015717/2001-97
Acórdão n.º : 101-94.500

2

FORMALIZADO EM: 19 MAR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ e AUSBERTO PALHA MENEZES (Suplente Convocado). Ausente, justificadamente a Conselheira SANDRA MARIA FARONI.

Recurso n.º : 133.031
Recorrente : FIAT DO BRASIL S.A.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/06, por meio do qual é exigida a importância de R\$ 876.640,85, a título de Contribuição Social sobre o Lucro, mais acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de R\$ 2.108.497,35.

De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl. 02, a exigência, relativa aos períodos-base de 1997 e 1998 (exercícios de 1998 e 1999), decorreu da constatação, pela fiscalização, da existência de valores das bases de cálculo negativas de períodos-base anteriores compensados indevidamente, porque sem observância da limitação de 30%.

Impugnando o feito às fls. 106/127, a interessada alegou, em síntese:

- que a Ação Ordinária nº 95.00.07665-9 (mencionada pelo autuante no Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls. 09/11) visava à declaração de seu direito de pagar em dezembro de 1994 a CSLL após deduzir os seus prejuízos apurados em 31 de dezembro de 1989, 1990 e 1991, sem a limitação de 30% do lucro líquido imposta pelo art. 58 da Lei nº 8.981/1995;
- que, todavia, a discussão relativa ao disposto no art. 58 da mencionada Lei deu-se em outro processo, diferente do verificado pelo auditor fiscal;
- que em 08 de abril de 1996 impetrou o Mandado de Segurança nº 95.00.033542-5 na 21ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, visando a declaração de seu direito de compensar prejuízos/bases de cálculo negativas acumuladas até o período de 1994, a partir do período-base de 1995 e seguintes, até a amortização integral dos saldos negativos existentes;
- que, em primeiro grau, o juiz singular concedeu a segurança, confirmando a medida liminar outrora deferida;
- que, interpostos Embargos de Declaração, foi acrescida ao dispositivo dessa sentença a autorização para compensar integralmente as bases negativas apuradas no ano-base de 1994 e seguintes;
- que a Fazenda Nacional apelou, mas a 4ª Turma do TRF da 3ª Região, por maioria, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação e à remessa oficial;
- que à Fazenda Nacional não restou senão lançar mão dos recursos

Extraordinário e Especial;

- que se encontra ampara por medida judicial que lhe autoriza a efetuar tais compensações, estando o tributo em questão com a exigibilidade suspensa (art. 151, IV, do CTN);
- que descabe a aplicação da multa de ofício e dos juros de mora, porque o crédito está com a exigibilidade suspensa;
- que é imprópria a utilização da SELIC como juros moratórios;
- que, no mérito, é improcedente a limitação à compensação das bases negativas da CSLL (arts. 58 da Lei nº 8.981/95 e 16 da Lei nº 9.065/95);
- que, no que tange à inaplicabilidade de tais dispositivos ao caso concreto, essa é matéria objeto exclusivamente deste Auto de Infração, não tendo sido anteriormente apresentada ao Poder Judiciário, razão pela qual não há que se falar em renúncia à esfera administrativa.

Na decisão recorrida (fls. 266/276), a 2ª Turma de Julgamento da DRJ/Belo Horizonte-MG, por unanimidade de votos, declarou procedente o lançamento, assim concluindo:

• *“Importa em renúncia às instâncias administrativas a propositura contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto do auto de infração.”*

• *“Para exclusão da multa de ofício lançada, os termos consignados pelo juiz singular, quando concede a medida liminar em mandado de segurança, hão de ser interpretados nos exatos limites traçados pela caneta judicial.”*

• *“São devidos juros de mora ‘ex lege’.”*

Às fls. 281/320 encontra-se o recurso voluntário, por meio do qual a autuada, repetindo argumentos apresentados na impugnação, requer a anulação do Auto de Infração ou, no mínimo, a exclusão da multa de ofício aplicada (uma vez que o crédito tributário encontra-se com a sua exigibilidade suspensa), bem como dos juros de mora (porque calculados com base na SELIC).

É o relatório.

VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

O recurso é tempestivo.

Com relação à impossibilidade de análise da matéria de fundo – legalidade ou não da compensação de bases negativas e prejuízo fiscal além do limite de 30% ano – imposto pela Lei 8981/95, diante da prova constante dos autos e reconhecida pela Recorrente, no sentido de que já em 1995 pleiteara e obtera – liminar, sentença e acórdão em MS, junto ao Poder Judiciário, para aproveitamento integral, aplico ao caso jurisprudência pacífica deste Conselho de Contribuintes, no sentido de que fica a matéria, em sede de processo administrativo, prejudicada, diante do fato de estar ela submetida ao Poder Judiciário.

Já tive ocasião de proferir dezenas de votos no mesmo sentir, embasados nos ensinamentos do Prof. Alberto Xavier, in “Do lançamento”, a fls. 282, assim expressando:

“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**.”

Resta então indagar: no caso em que é discutida a validade de uma norma, judicialmente, que após venha a ter reclamado, por lançamento de ofício, algum valor, exatamente envolvendo o tema em discussão, com acréscimos, o que fica prejudicado?

No caso sob análise, constata-se, por informação da própria recorrente, que encontrava-se, quando do lançamento fiscal, sub judice a matéria de fundo, o que, nos termos dos ensinamentos postos, leva-nos: **i)** à conclusão de opção pelo Poder Judiciário ainda em andamento, o qual prevalece sobre a via administrativa; bem como: **ii)** à concomitância.

Assim, no presente caso, a questão posta resulta em que nada há a alterar na decisão atacada quanto ao não conhecimento do tema principal.

O que tem que ser decidido, então, neste momento é: se podia o Fisco ter lançado o principal com multa e juros, considerando que as decisões lhe eram favoráveis, desde a liminar concedida.

Ou seja, dissecando:

a) a Recorrente havia impetrado mandado de segurança contra a limitação de abatimento de no máximo 30% do lucro, em relação ao saldo de seus prejuízos anteriores e bases negativas;

b) a liminar que havia sido concedida no MS, depois aditada, dizia respeito à vedação de proibição com relação à CSSL e o IRPJ, depois com segurança concedida no mesmo sentir, mantida pelo TRF, decisão esta enfrentada em instâncias superiores, segundo informes.

c) o auto de infração é de 12/01, enquanto o MS interposto data de 05/95, com sentença favorável nascida no próprio ano.

Resta evidente que inúmeras outras questões se apresentam, de ordem processual no presente caso, como, a título exemplificativo:

i) aplicar-se-ia ao caso o disposto no artigo 63 da Lei 9.430/96, para afastar a multa de ofício e juros de mora?

ii) como se justifica, diante do texto do referido artigo, o lançamento de multa e juros no AI, já que suspensa a exigibilidade do crédito tributário por força de disposto no art. 151, IV, do CTN?

A busca da solução há que passar, necessariamente, pelo disposto no referido artigo, o qual tem a seguinte dicção:

“Artigo 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinado 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 outubro de 1966.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento 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 que considerar devido o tributo ou contribuição”.

Examinando os autos se constata que a liminar buscada no MS (fls. 193) foi deferida, primeiro fazendo menção ao artigo 42 da Lei 8991/95, depois completada (fls. 328), para inclusão do artigo 58 da mesma.

Já a sentença proferida no MS (fls. 197) refere-se aos dois artigos apontados, assim permanecendo o estado de direito até a presente data, segundo os autos.

A decisão recorrida negou a aplicação do fixado pelo artigo 63 da Lei 9.430/96, sob o argumento de que a liminar concedida teria feito referência

tão só ao artigo 42 da Lei 8981/95, constatando-se que o julgador, deixou de considerar o que consta à fls. 328, abrangendo também o artigo 52 desta.

Assim, há que se reconhecer a aplicação do estabelecido no artigo, para afastar a multa de ofício.

Já com relação ao juro de mora, por não ter a Lei se referido à sua exclusão, fica mantido.

Ademais, em prevalecendo a decisão judicial, nada será devido. Se, contudo, houver reforma, os juros serão devidos desde o momento do nascimento do crédito tributário. Isto porque, suspender a exigibilidade não equivale a inibir a incidência, tudo nos termos da legislação específica posta.

Assim colocada a matéria em análise, ainda o disposto no artigo 63 da Lei 9.430/96, resta evidente que ao estabelecer a norma que não caberá lançamento de multa de ofício, no caso de existência de liminar em MS, está ele ao mesmo tempo deixando em aberto a possibilidade da exigência do imposto. Cuida ainda o artigo de estabelecer que a multa só não poderá ser exigida se, antes da constituição do crédito, houver sido obtida ordem para tanto (- liminar - parágrafo primeiro). Já o parágrafo segundo estabelece que fica interrompida a aplicação da multa de mora (de mora), até 30 dias após a data da publicação da decisão que considera devido o tributo ou contribuição, não impedindo os juros de mora, por isso devidos.

Com relação à taxa Selic, sua exigência se faz com base em leis ordinárias, que a jurisprudência vem entendendo válidas: art. 84 da Lei 8981/95 e art. 13 da Lei 9065/95.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso para afastar a multa de ofício, mantido o mais, nos termos da peça atacada, pelos seus próprios fundamentos.

È como voto.

Brasília (DF), em 18 de fevereiro de 2004

CELSON ALVES FEITOSA