



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Clas

Processo nº : 10680.016273/2002-98.
Recurso nº : 136479 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Matéria : IRPJ - EX(S): 1999
Embargante : GESTIL S.A.
Embargada : 7ª CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Sessão de : 21 DE SETEMBRO DE 2006
Acórdão nº : 107-08.755

IMPETRAÇÃO DE AÇÃO JUDICIAL, RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA - Em qualquer modalidade, a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à formalização de exigência tributária, com o mesmo objeto, importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e/ou desistência do recurso interposto.

LUCRO INFLACIONÁRIO ACUMULADO - Confirmada a realização do lucro inflacionário acumulado em seus montantes integrais, descabe a exigência formalizada.

MULTA DE OFÍCIO - DISCUSSÃO JUDICIAL - NÃO CABIMENTO – Não é cabível a aplicação de multa de ofício em lançamento destinado a evitar a decadência de crédito tributário objeto de ação judicial favorecida com a medida liminar, ainda que posteriormente cassada, quando não decorridos 30 dias após a data da publicação da decisão judicial definitiva que considerar devido o tributo ou contribuição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes Embargos de Declaração interpostos por GESTIL S.A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER os Embargos de Declaração para sanar contradição e, no mérito, RE-RATIFICAR o Acórdão nº 107-07.421, de 05 de novembro de 2003, para NÃO CONHECER da matéria submetida ao Poder Judiciário, e DAR provimento PARCIAL ao recurso para afastar a multa de ofício e a exigência relativa ao Lucro Inflacionário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


NILTON PÊSS
RELATOR

FORMALIZADO EM:

18 DEZ 2016

Participaram ainda do presente julgamento os Conselheiros: LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES e NATANAEL MARTINS. Ausente, justificadamente, a Conselheira RENATA SUCUPIRA DUARTE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

Recurso nº : 136.479
Recorrente : GESTIL S. A.

RELATÓRIO

O presente processo, já foi apreciado por esta mesma Câmara, quando em sessão de 05 de novembro de 2003, através do Acórdão nº 107-07.421 (fls. 259/255), foi acordado REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, NÃO CONHECER da matéria submetida ao Poder Judiciário, e, no mais DAR provimento PARCIAL ao recurso para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto.

Considerando ter havido alterações na composição do plenário, em relação ao julgamento anterior, a seguir transcrevo o RELATÓRIO então apresentado.

"GESTIL S.A CNPJ nº 42.151.009/0001-68, inconformada com a decisão da 2ª Turma da DRJ em Belo Horizonte, que manteve o lançamento consubstanciado no auto de folha 02, recorre a este Tribunal Administrativo, objetivando a reforma do decidido.

Trata-se de exigência suplementar de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ no mês de setembro de 1998, por ter a fiscalização constatado que a empresa não observou o limite de redução do lucro real em 30% na compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores e adição do mínimo estabelecido na legislação para realização do lucro inflacionário acumulado, meses de março, junho, setembro e dezembro de 1998.

Inconformada com a autuação a empresa apresentou a impugnação de folhas 105 a 115 inaugurando a fase litigiosa do processo. Traz como argumentos de defesa, em epítome, o seguinte.

O crédito está suspenso em virtude de liminar concedida em mandado de segurança, tendo sentença confirmado a liminar.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

O artigo 42 da Lei 8.981/95 violou dos princípios constitucionais da anterioridade, do conceito de lucro, convertendo tal exação em verdadeiro empréstimo compulsório, ademais o fato gerador só pode ser majorado através de lei complementar nos termos do artigo 146 III da CF.88.

Cita Jurisprudência judicial.

Quanto ao lucro inflacionário informa que pagou o imposto nos termos do Atos Declaratórios 22 e 28 de 1999.

Quanto à multa alega não ser devida com base no artigo 63 da Lei nº 9.430/96 uma vez que obteve liminar em mandado de segurança.

Quanto aos juros diz que não são devidos, pois nos termos do § 3º do art. 61 da Lei 9.430/96, esta se dá a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo para pagamento do tributo, ora não há o que se falar em vencimento uma vez que o recorrente encontra-se protegido por liminar.

A 2ª Turma da DRJ em Belo Horizonte rejeitou a preliminar de nulidade suscitada, declarou definitiva a exigência discutida no que se refere à matéria objeto da ação judicial e considerou procedente o lançamento aos demais aspectos examinados.

A decisão de primeiro grau foi-lhe cientificada em 23.06.2003, tendo sido protocolado o recurso em 23.07.2003.

Inconformada com a decisão de primeira instância, apresentou a este Colegiado o recurso de folhas 197 a 216, onde alega, além dos argumentos expendidos na inicial os seguintes:

PRELIMINARMENTE

Nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa uma vez que não enfrentara os argumentos em relação à limitação de compensação de prejuízos anteriores.

A autuação é nula pois o crédito estava suspenso, não havendo decisão definitiva transitada em julgado.

MÉRITO.

Em relação ao mérito repete as argumentações da inicial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

*Como garantia recursal arrolou bens.**

Tomando ciência da decisão em 23 de julho de 2004 (AR à fls. 270), a contribuinte apresenta Embargos de Declaração (fls. 271/274), alegando omissão na apreciação de matéria abordada no recurso voluntário, atinente ao lucro inflacionário, bem como falta de melhores esclarecimentos a respeito da multa de ofício.

O Sr. Presidente da Sétima Câmara, em despacho nº 107-077/05 (fls. 279), designa a mim, como conselheiro *ad hoc*, para emitir parecer sobre a matéria objeto dos embargos apresentados.

As alegações postas nos embargos apresentados, dizem, em síntese:

1 - Inicialmente que *“a referida decisão não apreciou a matéria atinente ao Lucro Inflacionário, restando omissos pontos sobre o qual deveria manifestar, o que enseja a interposição dos presentes embargos de declaração ...”*

Aduz ainda que a decisão simplesmente disse que confirmava *“a decisão de primeira instância, devendo, porém ser considerado o recolhimento feito através do DARF de fls. 225, se confirmado”*, sem fundamentar a decisão e tampouco analisar os fatos e argumentos detalhados nas razões de recurso.

Questiona ainda: *“se caso seja confirmado o recolhimento do DARF qual o efeito sobre a decisão recorrida, ou seja, se a confirmação do pagamento afasta a cobrança levada a efeito pelo fisco referente ao lucro inflacionário”*.

2 – Solicita ainda esclarecimento quanto a questão da multa de ofício, entendendo que ela não poderá incidir em hipótese alguma, no presente caso, mesmo que não obtenha êxito na matéria submetida ao Poder Judiciário, nos exatos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

Diz entender que a constituição do crédito tributário, quando suspensa a sua exigibilidade, afasta a multa de ofício, mesmo que posteriormente a embargante não obtenha êxito na via judiciais.

Havendo débito com exigibilidade suspensa, aplica-se tão somente o art. 63, em lançamentos para prevenir a decadência, não restando possibilidade de aplicação do art. 44, ambos da Lei 9.430/96.

Em despacho de fls. 280/282, propomos fossem os embargos acatados, e submetidos os autos a novo julgamento

Acatada a proposta, o Sr. Presidente determina a distribuição do processo, para inclusão em pauta de julgamento.

Submetido a nova apreciação, em sessão de 13 de setembro de 2005, através da Resolução nº 107-0.542 (fls. 284/294) é o julgamento do recurso convertido em diligência, para obediência aos seguintes procedimentos:

- a) Confirmação de recolhimento do DARF de fls.225;
- b) Verificação da DIPJ 2000, cuja cópia somente veio aos autos por ocasião do recurso;
- c) Verificações no sentido de examinar se o pagamento realizado através do DARF de fls. 225, refere-se ao valor lançado em auto de infração, abrangendo a totalidade do valor lançado, ou não;
- d) Demais verificações que julgar necessário, relativas ao objeto da diligência;
- e) Elaborar relatório circunstanciado, analisando todos os aspectos correspondentes à exigência formalizada em auto de infração, referente ao Lucro Inflacionário, verificando se os valores recolhidos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

em DARF, antes do procedimento fiscal, englobaram a totalidade ou não dos valores lançados; ou, se os valores recolhidos posteriormente ao auto de infração, englobariam também as exigências formalizadas através do lançamento efetivado;

- f) Dar ciência do relatório ao contribuinte, fornecendo-lhe cópia, abrindo um prazo de 30 (trinta) dias para que se manifeste, querendo.

Diligência realizada conforme o solicitado, pela DRF em Sete Lagoas - MG, através de demonstrativo e relatório de fls. 300 a 302, confirma o pagamento do DARF de fls. 225 e observa que a realização do montante complementar do lucro inflacionário, realizado no 3º trimestre de 1999, foi regularmente informado na DIPJ/2000, fls. 297 a 299.

Conclui que, à época da autuação, em 27/11/2002, já havia o contribuinte oferecido à tributação os valores do referido procedimento, relativos a lucro inflacionários, tornando-o insubsistente no que se refere a esta matéria.

Do relatório, foi dado ciência à recorrente, conforme AR de fls. 303, abrindo prazo para manifestação, caso desejasse, não apresentando a interessada qualquer manifestação.

É o relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

VOTO

Conselheiro NILTON PÊSS, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e já teve sua admissibilidade conhecida quando do primeiro julgamento, ocorrido em sessão de 05 de novembro de 2003, através do Acórdão nº 107-07.421.

Como visto no relatório, as exigências formalizadas referiam-se a: 1) glosa de prejuízos compensados indevidamente, pela inobservância do limite de 30% e 2) Adições não computadas na apuração do lucro real - lucro inflacionário realizado - realização mínima.

Considerando que a parte do voto proferido em sessão de 05/11/2003, referente a glosa de prejuízos compensados indevidamente, não foi objeto de embargos, adoto e transcrevo o mesmo, em seus exatos termos:

“Não acolho a preliminar de nulidade do lançamento por ter sido efetuado sobre tema ainda pendente de decisão final do poder judiciário.

O art. 63 da Lei nº 9.430/96 autoriza o fisco a constituir as exigências tributárias sob litígio judicial, com vista à prevenir a decadência do seu direito de lançar. Ademais, não estava em vigor à época do lançamento qualquer determinação judicial no sentido de que a administração se abstinhasse de tal ato. Nem poderia. A atividade do lançamento é vinculada e obrigatória.

Não restam dúvidas de que a recorrente levou a questão de mérito do presente processo à apreciação do poder judiciário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

A segurança inicialmente obtida, por liminar, foi posteriormente denegada a segurança pelo Juiz. Não há notícia de trânsito em julgado.

É bem verdade que esse Conselho já examinou tema semelhante, com algumas decisões favoráveis ao contribuinte, inclusive desta Câmara.

Mas a busca da tutela judicial, como bem salientou o julgador de primeira instância, face à independência dos poderes, tira do julgador administrativo a possibilidade de examinar questões de mérito idênticas, trazidas com as impugnações e recursos.

Não há cerceamento do direito de defesa. A recorrente escolheu sua estratégia e optou por iniciá-la pelo poder judiciário.

Não conhecido o recurso na parte da matéria sob a tutela do poder judiciário, é de se aplicar a disposição do art. 63 da Lei nº 9.430/96, especialmente o seu parágrafo 2º, para afastar a incidência da multa de ofício. Referido artigo está assim redigido:

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.

(...)

“§ 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 judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.”

Ora, o lançamento questionado visou a prevenção da decadência, eis que a sorte da lide está submetida a decisão soberana e definitiva do poder judiciário.

Abstraindo-me de considerações maiores sobre o sentido da locução “houver sido”, o fato é que a redação do parágrafo 2º não deixa margem a dúvidas de que, até 30 dias após a publicação da decisão judicial que considerar o tributo devido, a incidência é de multa de mora. É essa multa que foi interrompida quando da concessão da liminar.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

Assim, não cabe aplicação da multa de ofício, pois essa penalidade só pode incidir nas hipóteses listadas no art. 44 da Lei nº. 9.430/96, ou seja, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, situações que só poderão ser confirmadas pelo poder judiciário quando decidir o mérito da matéria que lhe foi submetida. Enquanto isso não ocorrer não há infração a ser punida com multa de ofício."

No tocante aos embargos apresentados, inicialmente quanto a multa de ofício.

Entendo que a citação feita no acórdão embargado ao §2º do art. 63 da Lei nº 9.430/96, serviu tão somente para reforçar que a multa só poderia ser aplicada após transcorridos 30 dias da data da publicação da decisão que considerar devido o tributo ou contribuição.

Ora, claro está que quando a ação fiscal se dá no curso da discussão judicial não há que se falar em multa de ofício. Sua aplicação de ofício seria possível se, finda a ação judicial, nos 30 dias que se seguirem, o contribuinte não providenciar o pagamento do tributo ou contribuição aí sim devida.

Não tem cabimento imaginar que a multa de ofício, afastada em definitiva decisão administrativa, pudesse ser cobrada ao final da ação judicial, quando tornar-se exigível o tributo ou contribuição discutido judicialmente. Ocorrendo isso, ainda que já lançada de ofício, a exação não paga nos 30 dias que se seguirem à decisão judicial estará sujeita a multa de mora, eis que esta não prescinde de lançamento de ofício para ser cobrada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10680.016273/2002-98
Acórdão nº : 107-08.755

LUCRO INFLACIONÁRIO – REALIZAÇÃO MÍNIMA.

Quanto a exigência referente ao lucro inflacionário, a realização da diligência veio a confirmar as alegações da recorrente, no sentido que os pagamentos realizados através do DARF de fls. 225, devidamente confirmados às fls. 295/296, representaram a realização do montante complementar, conforme demonstrativo de fls. 300.

Comprovado portanto, não caber o lançamento realizado, referente ao item,

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, com referência às exigências decorrentes do lançamento de Lucro Inflacionário - realização mínima.

Concluindo, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, ACOLHER os Embargos de Declaração para sanar as contradição apontadas e, no mérito, RE-RATIFICAR o Acórdão nº 107-07.421, de 05 de novembro de 2003, para NÃO CONHECER da matéria submetida ao Poder Judiciário, DAR provimento PARCIAL ao recurso para afastar a multa de ofício e a exigência relativa ao Lucro Inflacionário.

É o meu voto.

Sala de sessões - DF, em 21 de setembro de 2006


NILTON PÊSS