



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10980.003738/2007-71
Recurso nº 164.686 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2201-00.348 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2009
Matéria IRF - Ano(s): 2001 a 2006
Recorrente INEPAR ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO S/A
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

Ementa: CONCOMITÂNCIA - A concomitância de ação judicial com a mesma causa de pedir na via administrativa impede a apreciação da Impugnação e do Recurso Voluntário.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso voluntário por concomitância com ação judicial e DAR provimento ao recurso de ofício para restabelecer a exigência do crédito tributário, nos termos do voto do Relator.

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA - Presidente

EDUARDO TADEU FARAH - Relator

FORMALIZADO EM: 28 SET 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Edgar Silva Vidal (Suplente convocado), Eduardo Tadeu Farah, Renato Coelho Borelli (Suplente convocado), Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente convocada) e Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Presidente em exercício).

Relatório

Inepar Administração e Participações S/A recorre a este conselho contra a decisão de primeira instância, proferida pela 1ª Turma da DRJ de Curitiba/PR, pleiteando sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário de fls. 816 a 842.

Trata o presente processo do Auto de Infração de fls. 554/581, em que são exigidos R\$ 3.446.719,23 de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, relativamente aos períodos de apuração 01/03/2001 a 01/10/2006 (IRRF sobre trabalho assalariado); 17/02/2001 a 15/06/2002 (IRRF sobre trabalho sem vínculo de emprego); 08/07/2001 a 01/02/2003 (IRRF sobre remuneração de serviços profissionais prestados por pessoa jurídica); 31/01/2001 a 28/03/2003 (IRRF sobre outros rendimentos – pagamentos a beneficiários não identificados) e 31/01/2001 a 02/02/2002 (IRRF não recolhido), e multa de ofício de 150% no valor de R\$ 5.170.078,55, além dos encargos legais.

Cientificada do auto de infração, em 03/04/2007 (fl. 554), a autuada apresentou, em 03/05/2007, impugnação de fls. 594/630, alegando diversas irregularidades na constituição da exigência, conforme descreve o relator de primeira instância:

“Alega, no item “Preliminarmente – Nulidade do auto de infração”, ser nulo o auto de infração “em face da sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para sua lavratura contra a impugnante, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória”; fala que “não vulnerou os dispositivos legais inseridos no auto de infração”, e, ainda, que “a impropriedade é gritante, já que como consta do auto, não exsurge o ânimo sancionatório exigido na exação sob contestação, o que também por esse prisma, marca de nulidade a pretensão do fiscal autuante”.

Por seu turno, no item “Dos Fundamentos Jurídicos – Da manifestação dos fiscais quanto a compensação informada:”, diz que os autuantes partiram de premissas que seriam equivocadas, para fundamentar seu raciocínio, quais sejam: (a) que a impugnante não tem qualquer relação de parte ou litisconsorte ativo com os processos judiciais informados nas DCTF; (b) que falta comando judicial em vigor, dentre os citados processos, que autorize a pretensa compensação que ora se discute, de modo que todas as compensações vinculadas às ações elencadas no relatório foram devidamente glosadas pelo fisco; e (c) que os títulos da dívida pública não são de natureza tributária e estão excluídos da possibilidade de compensação, porque inexiste qualquer previsão legal que autorize o seu uso.

Contestando tais conclusões, comenta que, no tocante à ação judicial n.º 2001.35.00.006898-2/GO, haveria o reconhecimento de seu direito de compensar créditos representados por apólices da dívida pública (custodiadas na Caixa Econômica Federal, e validadas em decisão judicial) com tributos federais; transcreve trecho de decisão judicial que conteria tal mandamento (fl. 598/599 - onde constaria o deferimento à contribuinte de antecipação de tutela, tão-só para o fim de utilizarem as apólices como aporte ou integralização de capital), e considera ser natural a utilização do ativo financeiro para fins de aporte de capital em sua contabilidade; ante o referido aporte de capital, e judicialmente autorizado para pagamento de quaisquer tributos, teria passado a exercer todos os direitos que emanam do provimento judicial noticiado, inclusive o de proceder à compensação dos tributos por autolancamento; no seguimento, às fls. 598/599, reproduz mais trechos dessa decisão judicial, que diz amparar suas alegações. Prosseguindo, diz que em 12/12/2002, no citado processo foi prolatada sentença, da qual destaca o seguinte trecho (fl. 601): “... a plena

validade e eficácia, inclusive imobiliária, das apólices da dívida pública federal fundada interna, identificadas nesta sentença, de sorte a que os autores possam, livremente, afastada qualquer alegação de prescrição, usufruir dos direitos de crédito que delas emergem, principalmente o de receberem os respectivos valores através de precatório contra a União Federal”; afirma que a Secretaria do Tesouro Nacional, consultada sobre a liquidação voluntária de ativos, teria informado que os títulos referidos são pagáveis (principal e juros), mediante apresentação ao agente pagador, em Londres, pelo que os títulos utilizados pela empresa, além de ter reconhecida sua validade no âmbito judicial, tiveram seu reconhecimento expresso pelo Ministério da Fazenda, após a prolação da sentença, razão pela qual seria desnecessária a discussão sobre sua oponibilidade. Diz que tais fatos, de per si, fariam cair por terra as alegações do fisco, utilizadas como razão para decidir, de que não haveria comando judicial em vigor, dentre os processos citados, que autorizasse a compensação realizada, a qual se fundaria em outros institutos, não se confundindo, necessariamente, com a ação ordinária 2001.35.00.006898-2/GO, que teria como objetivo único o reconhecimento da validade dos títulos nela colacionados; argumenta que o amparo legal estaria no Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002) e construção analógica da legislação que trata da matéria.

No título “Do Pagamento com Títulos da Dívida Externa Mediante Compensação”, alega que atendendo normas emanadas da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade n.º 686, de 1990, procedeu em sua escrituração contábil o aporte de títulos reconhecidos como pagáveis pelo Tesouro Nacional, e em razão desse aporte de capital, que constituir-se-ia em crédito, passou a proceder à compensação, conforme autorização contida no art. 368 e seguintes, do atual Código Civil, bem como nos arts. 150 e 170 do Código Tributário Nacional (CTN), além da legislação que rege a escrituração comercial e tributária. Fala que a compensação teria sido feita mediante autolancamento, a qual equivaleria ao pagamento, nos termos do art. 156 do CTN, com o que teria havido a extinção dos débitos fiscais reclamados pelo fisco. Tece considerações sobre ser o pagamento uma das formas de extinção da obrigação, e diz que uma vez assim extinta a obrigação, é direito do devedor exigir a regular quitação, sob pena de se configurar o locupletamento ilícito do já pseudocredor. Considera, ainda, que o direito de compensar e de alegar a compensação é da categoria dos direitos potestativos, em virtude do que estaria investido no poder de exercer sobre seus direitos toda ação que lhe é assegurada pela lei, no caso, utilizar-se de ativos financeiros aportados ao seu capital, mediante autorização judicial; finalizando esse item, reafirma que com a compensação informada, equivalente ao pagamento, teria ocorrido o cumprimento da obrigação e, por consequência, a extinção da relação jurídica obrigacional em tela.

A seguir, nos itens “O Crédito Utilizado para Proceder a Compensação. Da Declaração Emitida pelo Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional Informando que o Título é Pagável (Ofício n.º 4929/CODIP/STN)”, “O Texto de Emissão da Apólice Prevê que os Títulos Retirados Assim Como os Cupons Vencidos Deverão Ser Aceitos pelo Estado para Pagamento de Impostos”, “Da Cotação na Bolsa de Valores do Estado de São Paulo – Bovespa” e “Da Previsão de Pagamento no Orçamento da União”, faz diversos comentários sobre seu suposto crédito, que seria representado por apólices da dívida externa brasileira, e sustenta que tais títulos “deverão ser aceitos pelo Estado como dinheiro para o pagamento de impostos”.

Por seu turno, no item “A Previsão Legal da Compensação Noticiada”, no que diz respeito à compensação em causa, sustenta que a doutrina e a jurisprudência evidenciam dois posicionamentos: (a) uns entenderiam que a lei é omissa; (b) outros sustentariam que a integração analógica da lei admitiria concluir que é permitida a utilização de ativos financeiros com débitos fiscais. Prossegue afirmando que a posição favorável terminou por se ver triunfante e contemplada no art. 374 do Código Civil vigente, que teria passado a regulamentar a compensação legal, ou seja, aquela que independeria do concurso da vontade das partes envolvidas, inovação que consagraria o direito potestativo que os contribuintes e credores teriam de compensar o seu crédito.

Acrescenta que a possibilidade de pagamento de quaisquer tributos por meio de ativos financeiros oriundos da dívida pública “normatizou-se em vários institutos legais”, dentre os quais cita o art. 6º da Lei n.º 10.179, de 2001, e complementa, com apoio no princípio da isonomia (art.

5º, caput da Constituição Federal), que não mais se poderia falar na impossibilidade da compensação ou pagamento de tributos com tais créditos, mesmo que decorrentes de apólices da República Velha, posto que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, não se podendo, assim, distinguir entre credores antigos (detentores de apólices da dívida pública) e credores novos (detentores de NTN), tendo, tanto um como outro, poder liberatório para pagamento dos tributos federais.

Mencionando o art. 170 do CTN, fala que os créditos dos contribuintes podem ser líquidos e certos, vencidos ou vincendos, e que ficaria claro que esses créditos não são tributários, porque não existiria crédito tributário vincendo, agregando que os únicos créditos ‘vincendos’ oponíveis à Fazenda Pública constituem-se exatamente naqueles que decorrem da dívida pública, ou seja, as apólices dessa dívida.

Reafirmando que o art. 374 do atual Código Civil contém a disciplina da compensação das dívidas fiscais e parafiscais, diz que “inexiste desde então, qualquer impeço legal para a exclusão das dívidas fiscais do instituto da compensação regulado pelo Código Civil. A compensação é uma só, quer seja de dívidas privadas, quer seja do indébito tributário, sendo efetuada diretamente pelo contribuinte e, no caso, dos débitos fiscais, posteriormente, comunicada à autoridade fazendária.” (fl. 608); entende, assim, que a administração fazendária não pode, em hipótese alguma, limitar, restringir ou negar ao contribuinte o pleno direito à compensação sempre que este for credor da Fazenda Pública, e que esse direito é corolário lógico do próprio direito de propriedade, não havendo que se remeter à legislação especial, mais precisamente, à legislação tributária, a definição dos limites ao direito à compensação, quando a Fazenda Pública for a devedora; agrega que esse ente (Fazenda Pública), por lhe ser mais confortável, embora sem base legal, “prefere limitar a angulação da matéria aos limites restritos e uma exegese restritiva do artigo 170 do Código Tributário Nacional, olvidando toda atuação legiferante sobre o tema, notadamente o ingresso no direito positivo pátrio do novo Código Civil Brasileiro, que deu íntegro tratamento à questão, fazendo plasmar no título que trata da extinção das obrigações os novos rumos para aplicação do instituto jurídico da compensação aos débitos fiscais e parafiscais” (fl. 608). Na seqüência, prosseguindo no tema, faz extenso arrazoado (fls. 609/617) no sentido de defender o direito de efetuar a compensação pretendida tendo por base legal o art. 374 do Código Civil em vigor.

Em item seguinte, denominado “Das Ações Declaratórias N.ºs 2003.34.00.025915-9, 2004.34.00.007316-9 e 2006.34.00.024076-2, em Curso Perante a Seção Judiciária do Distrito Federal. Da Suspensão da Exigibilidade Administrativa por Força da Doutrina Processual – Artigo 38 da Lei n.º 6.838/80”, afirma que a interposição das ações judiciais tem natureza jurídica de declaração espontânea dos passivos tributários perante o fisco federal, ou seja, confissão de débitos para todos os fins legais, submetendo ao Judiciário o pronunciamento definitivo acerca da extinção dos tributos lá informados, objetos de compensação. Em razão de o ajuizamento das ações declaratórias ter se dado em data anterior aos procedimentos de auditoria fiscal, alega que teria encerrado a competência do fisco para se manifestar sobre a excussão dos débitos aqui relacionados, tornando-se o Juízo de Brasília de fato e de direito competente para o exercício da jurisdição invocada em virtude da prevenção, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da ação de conhecimento. No seguimento, tece considerações, valendo-se da doutrina, sobre a impossibilidade de o fisco efetuar o lançamento em causa, em face da existência de discussão judicial; acrescenta que tendo se antecipado aos fatos e às possíveis atitudes que o fisco federal porventura pudesse, ou possa tomar, mostrou ao Poder Judiciário, e à própria Procuradoria da Fazenda Nacional, exatamente como vem promovendo suas compensações, demonstrando sua mais lídima boa-fé; fala que não há como negar que a própria administração já teria reconhecido que havendo ação judicial em curso, até por razoabilidade e economia processuais, dever-se-ia suspender os procedimentos administrativos até deslinde final da ação proposta, sob pena de se violar a unidade de jurisdição; assim, entende que deve o órgão da Receita Federal determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos porventura ainda existentes entre o fisco e a interessada.



Sob o título “Da Inconstitucionalidade pela Imposição de Multas em Percentuais Exorbitantes e de Forma Cumulativa”, contesta a multa de ofício aplicada, dizendo que a alegação do fisco de que as “ações judiciais informadas nas DCTF’s para extinguir os créditos tributários por compensação não possuem qualquer comando judicial que autorizasse o uso de títulos da dívida pública para esse fim” e de que o comportamento adotado seria, em tese, dissimulado, não correspondem à realidade, já que as informações de compensação prestadas nos campos ‘antecipação de tutela’ somente ocorreram por não existir outra forma de prestar a informação, já que não existem campos na DCTF para tal, o que seria uma forma de o fisco não conhecer da informação de compensação, e depois autuar a empresa com a aplicação de multas que considera expropriatórias, além de outras exigências. Entende que não há dolo, já que compareceu antecipadamente em juízo, declarando a compensação realizada, encontrando-se no aguardo de decisão judicial definitiva, não se podendo, assim, falar em ação dolosa. Diz, ainda, que não há dúvida que se deve ‘responder à obrigação acessória’, consistente na aplicação de penalidade pecuniária, por não haver pago o tributo no tempo devido, entretanto, tal qual o império no trato com as questões civis e comerciais, a primeira (civil) com multas no máximo a 10%, e a outra (comercial) a 2%, o fisco, sujeito que está ao albergue dos princípios constitucionais, não pode submeter os contribuintes a multas ‘exorbitantes’, que, muitas vezes, superam em muito o valor original do tributo. No seguimento, falando em ferimento aos princípios constitucionais da isonomia, capacidade contributiva e vedação ao confisco, tece considerações sobre tais princípios, ficando claro, de seu arrazoado, que, caso seja aplicada multa, ela não deveria ultrapassar o percentual de 10%, e nem ser aplicada de forma cumulativa.

No item “Da Aplicação de Juros Exorbitantes”, questiona a exigência de juros de mora com base na taxa Selic no lançamento; depois de fazer comentários sobre o panorama legislativo brasileiro, com o qual não concorda, volta ao tema dos juros de mora, alegando que no regime privado os juros são de 6% ao ano, o que se afiguraria como justo e normal, pedindo que no caso da autuação, observe-se tal percentual, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia. Argumenta, ainda, que os juros de mora somente poderiam ser exigidos a partir da inscrição da dívida, citando, quanto a isso, ementa de julgado (fl. 628).

Já, no título “Do Auditor Fiscal como Agente do Estado”, argumenta que, no caso, teria havido a cobrança de ‘tributo’ inexistente, pelo que deveria o Estado adotar as medidas adequadas em face de um alegado ferimento do art. 316, § 1º, do Código Penal (crime de excesso de exação) por parte de seu agente.

Por fim, pelas razões alegadas, pede que se reconheça a total improcedência do lançamento.

Na capa do presente processo, consta informação de que foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais, objeto do processo administrativo nº 10980.003757/2007-05.”

Por sua vez, a 1ª Turma da DRJ de Curitiba/PR julgou parcialmente procedente o lançamento, consubstanciada nas seguintes ementas:

“NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 31/01/2001 a 01/10/2006

*COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO.
LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO.*

É cabível o lançamento de ofício de crédito tributário que, ao tempo em que formalizado, foi efetuado em face da inexistência de autorização judicial ou administrativa que amparasse a pretensão de compensação.

DCTF. COMPENSAÇÃO. INFORMAÇÃO INDEVIDA. MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE. PERCENTUAL.

Considerada indevida a informação de compensação prestada pelo contribuinte em DCTF, cabível a aplicação da multa de ofício, no percentual de 75%, sendo impingida a multa qualificada de 150% somente na hipótese de ser caracterizado o “evidente intuito de fraude” referido pela legislação.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa de ofício e juros de mora na forma prevista na legislação.

Período apuração: 01/12/2005 a 01/10/2006

DCTF. CONFISSÃO DE DÍVIDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO.

Os valores das diferenças apuradas em procedimentos de auditoria fiscal, relativos às informações indevidas ou não comprovadas prestadas em DCTF, sobre compensação ou suspensão de exigibilidade, devem ser enviados para inscrição em Dívida Ativa da União, com os acréscimos moratórios devidos, sendo incabível, portanto, o lançamento de ofício sobre tais parcelas.”

Em relação ao julgamento de primeira instância, destaca-se:

a) relativamente aos fatos geradores havidos entre 01/12/2005 e 01/10/2006, a decisão de primeira instância exonerou a parcela de R\$ 326.065,70 a título de IRRF, além da multa de ofício de 150% e dos respectivos encargos legais;

b) em relação aos demais fatos geradores, o julgamento manteve a parcela de R\$ 3.120.653,53 a título de IRRF e reduziu a multa aplicada de 150% para 75%, mantendo a parcela de R\$ 2.340.490,14 e cancelando a parcela de R\$ 2.340.490,15.

Cientificada da decisão de primeira instância, a atuada apresenta Recurso Voluntário, sustentando, basicamente, os mesmos argumentos postos em sua Impugnação.

É o relatório.



Voto

Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH, Relator

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Pelo que se depreende da análise dos autos, verifica-se que há concomitância de processo administrativo e judicial, visto que, se trata da mesma matéria, ou seja, o direito a compensação.

Na impugnação apresentada discorre o contribuinte, fundamentalmente, sobre o direito de compensar, todavia, ingressou com ações judiciais onde pede providência jurisdicional que lhe defira o mesmo direito.

Com efeito, conforme se extrai do Recurso Voluntário (fl. 837) o contribuinte relaciona às ações judiciais (Ações Declaratórias n.ºs 2003.34.00.025915-9 e 2004.34.00.007316-9) que ingressou em juízo, postulando o direito de compensação.

Nessa senda, como bem pontuou a recorrente (fl. 617) a administração deve aguardar o trânsito do processo judicial:

“Tendo em vista que o ajuizamento das ações declaratórias se deram em data anterior aos procedimentos administrativos aqui referidos, e devidamente informados ao vigilante agente fiscal que lavrou o auto, encerrando a competência da Administração para se manifestar sobre a excussão dos débitos aqui relacionados, o Juízo de Brasília tornou-se de fato e direito competente para o exercício da jurisdição invocada em virtude da prevenção, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da ação de conhecimento.” (grifei)

Neste mesmo sentido, cita o contribuinte o acórdão nº 201-68.773, que estabeleceu:

“A opção do sujeito passivo pela via judicial exclui a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Recurso que não se conhece, por falta de objeto, eis que o ingresso em juízo tornou a exigência fiscal definitiva na esfera administrativa.” (grifei)

Ademais, não se pode perder de vista o conteúdo da Súmula nº 1, do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Nessa ordem de idéias encaminho meu voto no sentido de não conhecer o Recurso Voluntário, por concomitância entre processo administrativo e judicial.

Relativamente ao Recurso de Ofício, impende registrar as observações da douta 1ª Turma de Julgamento da DRJ de Curitiba, no que respeita a ocorrência da concomitância de processo administrativo e judicial (fls.793 e 794):

“A interessada alega, em sua impugnação, que nas aludidas ações judiciais há discussão sobre a possibilidade de utilizar pretensos direitos creditórios, que adviriam de títulos da dívida pública, a fim de extinguir tributos por meio de compensação. Dessa forma, descabe a apreciação, na esfera administrativa sobre tal discussão, posto que, em função do princípio da unidade da jurisdição, cumpre ao Judiciário fazer pronunciamento final sobre essa matéria.” (grifei)

Portanto, ingressando com ação judicial sobre a mesma matéria, o contribuinte renunciou ao processo administrativo-fiscal, motivo pelo qual sua impugnação não deveria ser objeto de análise.

O acórdão julgou procedente em parte o lançamento, dele decotando o IRRF relativo aos fatos geradores ocorridos entre 01/12/2005 e 01/10/2006 e todos os seus consectários legais, bem como reduziu a multa de 150% para 75%, para todos os fatos geradores remanescentes.

Todavia, além de haver ações judiciais discutindo a mesma matéria (os acessórios seguem a mesma sorte do principal), o que importa renúncia ao Processo Administrativo Fiscal. Desta feita, o julgamento da DRJ se apresenta *extra petita*, eis que o contribuinte não dedicou uma linha sequer na sua Impugnação de matéria que pudesse ser objeto de tal decisão.

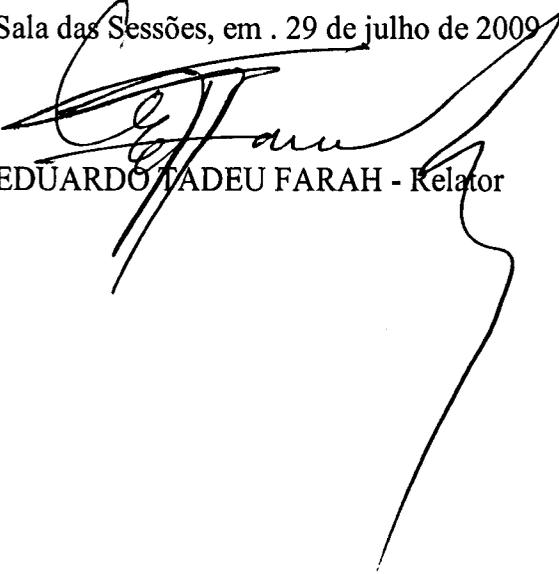
Assim, em relação ao Recurso de Ofício, encaminho meu voto para lhe dar provimento, restabelecendo o lançamento em sua íntegra.



Ante ao exposto voto no sentido de NÃO CONHECER o Recurso Voluntário e DAR provimento ao Recurso de ofício para restabelecer a exigência do crédito tributário.

É como voto.

Sala das Sessões, em . 29 de julho de 2009


EDUARDO TADEU FARAH - Relator