



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 13609.000627/2001-52
Recurso n.º : 133.795
Matéria: : IRPJ - EX: DE 1997
Recorrente : TAXI AÉREO SINUELO LTDA.
Recorrida : 2ª. TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE – MG.
Sessão de : 04 de dezembro de 2003
Acórdão n.º : 101-94.456

Opção pela via judicial – No regime pátrio não é possível ao sujeito passivo, uma vez atingido por lançamento de ofício em matéria tributária, defender-se administrativamente, discutindo, ao mesmo tempo a tese perante o Poder Judiciário, em razão do princípio da não concomitância, prevalecendo o pleito proposto segundo o último apontado.

Multa de Ofício – Ao amparo de norma legal, uma vez obtido junto ao Poder Judiciário, ainda que por liminar, sustentação para a pretensão do sujeito passivo, este fica isento da multa de ofício, mas não dos demais acessórios como multa e juros de mora.

Cerceamento ao direito de defesa – Não acontece quando tanto a acusação como a decisão do julgador primeiro, tocam na matéria, tendo ainda o sujeito passivo, à exaustão enfrentado a causa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TAXI AÉREO SINUELO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Claudia Lopes Bernardino, Victor Augusto Lambert (Suplentes Convocados) e Sandra Maria Faroni.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE



CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

Processo n.º : 13609.000627/2001-52
Acórdão n.º : 101-94.456

2

FORMALIZADO EM: 16 AGO 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro RAUL PIMENTEL.

A handwritten mark or signature, possibly a stylized 'S' or a similar symbol, located on the right side of the page.

Recurso n.º : 133..795
Recorrente : TAXI AÉREO SINUELO LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/17, por meio do qual é exigida a importância de R\$ 72.572,56, a título de IRPJ, mais acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de R\$ 196.765,98.

De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl. 02, a exigência, relativa ao ano-calendário de 1996, exercício de 1997, decorreu de revisão da declaração IRPJ da autuada, quando foram constatadas as seguintes irregularidades:

- 1) Lucro inflacionário acumulado realizado em valor inferior ao limite mínimo obrigatório;
- 2) compensação de prejuízo fiscal na apuração do lucro real superior a 30% do lucro real antes das compensações.

Impugnando o feito às fls. 98/117, a interessada alegou, em síntese:

- que discute a matéria em questão no Mandado de Segurança nº 95.0003509-0, impetrado contra a Fazenda Nacional, perante a 8ª Vara Federal em Belo Horizonte, com o objetivo de ver declarada a ilegalidade e a inconstitucionalidade da limitação à compensação dos prejuízos, com pedido de liminar para suspender a exigibilidade do crédito;
- que a medida liminar foi deferida em 07/03/1995, autorizando-a a compensar integralmente os prejuízos fiscais acumulados até 31/12/1994 e inclusive o dos anos subseqüentes, impedindo, assim, que o Fisco a autuasse;
- que, portanto, não há que se falar em irregularidade em sua declaração, impondo-se a extinção do Auto de Infração até o julgamento final do Mandado de Segurança ou a cassação/revogação expressa da medida liminar deferida, sob pena de violação ao art. 151 do CTN;
- que o Auto de Infração é nulo e que a descrição dos fatos e o enquadramento legal são imprecisos, confusos e incoerentes, pois citam as Leis nºs 8.981/95 e 9.065/95 sem demonstrar, em momento algum, qual infração foi cometida. Além disso, o demonstrativo de "Prejuízos Acumulados – Compensações" deixa claro que a questão não está relacionada aos dispositivos legais citados;
- que, de um lado, a fiscalização cita a limitação da compensação a 30% e, de outro, a prescrição de prejuízos e compensação a maior, cerceando o direito de defesa por falta de clareza e precisão;

- que supõe tratar-se da limitação imposta pelos arts. 42 da Lei nº 8.981/95 e arts. 14 e 15 da Lei nº 9.065/95, cuja compensação está assegurada por liminar em mandado de segurança;
- que a exigência é inconstitucional pois configura empréstimo compulsório e também porque viola, entre outros, o princípio da anterioridade;
- que é indiscutível que, para prejuízos fiscais apurados em 1996, inexistem qualquer limitação à compensação;
- que, supondo agora tratar-se de prescrição da compensação a maior do saldo de prejuízo fiscal na apuração do lucro real (arts. 196, III, 502 e 503 do RIR/94), considera ínfima a diferença encontrada e que o montante de prejuízos fiscais acumulados a compensar é muito superior ao considerado no levantamento fiscal;
- que o auditor fiscal incorreu em erro no levantamento de "prejuízos fiscais acumulados/compensações", quando deixou de considerar prejuízos fiscais do primeiro semestre de 1992, abril de 1993 e março de 1994;
- que os prejuízos compensados representam valores acumulados até 31/12/1994, não sujeitos a limites e que eram mais do que suficientes para compensar o lucro tributável;
- que, quanto ao lucro inflacionário acumulado realizado em valor inferior ao limite mínimo obrigatório, cometeu erro material no preenchimento da linha 28 do quadro 04 do anexo A da DIRPJ do exercício de 1992, período-base de 1991, como indica;
- que já havia ocorrido a decadência do direito de lançar lucro inflacionário decorrente dos efeitos da diferença IPC/BTNF/90;
- que é indevida a exigência da multa e dos juros de mora, porque a matéria encontra *sub judice* no TRF;
- que deve ser excluída a aplicação da SELIC, calculando-se os juros a 1% ao mês;
- que deve ser suspenso o julgamento até a decisão final do Mandado de Segurança.

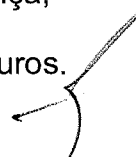
Na decisão recorrida (fls. 187/198), a 2ª Turma de Julgamento da DRJ - Belo Horizonte-MG, por unanimidade de votos, declarou definitiva a exigência discutida, no que se refere à matéria objeto de ação judicial, e considerou procedente em parte o lançamento.

Concluiu assistir razão à autuada no que pertine ao saldo credor da correção monetária equivocadamente informado na DIRPJ de 1992. Assim, corrigiu o valor no sistema SAPLI e refez os cálculos, conforme quadro à fl. 197.

Às fls. 209/224 encontra-se o recurso voluntário, por meio do qual a autuada:

- preliminarmente, alega ter havido cerceamento do direito de defesa porque a decisão recorrida não apreciou integralmente os fundamentos trazidos na impugnação (existência da liminar em Mandado de Segurança e argumentos contrários à limitação imposta pela Lei nº 8.981/95);
- no mérito, contesta a referida limitação à compensação de prejuízos por ilegalidade e inconstitucionalidade;
- pondera que restou mantida a parcela de R\$ 287,15 como base de cálculo da realização mínima, mas que reconhece que, na impugnação, não ficou claro um de seus argumentos, inclusive em função de um erro de digitação, pois o resultado final da correção monetária complementar de balanço IPC/90 foi saldo devedor e não credor, como fez constar, reiterando, à exceção do citado erro de digitação, tudo o mais que foi argumentado na impugnação, que repete às fls. 220/221;
- discorda da manutenção da multa e dos juros de mora, porquanto ainda se encontra protegida pela liminar obtida no Mandado de Segurança;
- volta-se, novamente, contra a aplicação da SELIC como taxa de juros.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

Resta solta a preliminar argüida em sede de recurso voluntário, pois o enfrentamento do tema, liminar em mandado de segurança e ilegalidade foram suficientemente apreciados, segundo a visão do julgado sob ataque. A leitura do que consta a fls. 192/94, espanca qualquer dúvida.

Rejeito a preliminar de cerceamento ao direito de defesa.

Com respeito à questão concomitância do pleito em matéria tributária envolvendo ato de jurisdição administrativa e judicial, com prevalência desta contra aquela, ainda que não tivesse havido a edição da ADN 03/96, a conclusão teria que ser a adotada.

Neste passo a um voto padrão para justificar o prejuízo do recurso administrativo frente à concomitância, embasado em lição do professor Alberto Xavier, in "Do lançamento", a fls. 282, o qual assim se expressa com relação ao tema:

"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 defluiu 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, 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 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, não há dúvidas sob o fato de encontrar-se ainda sub judice a questão, o que, nos termos dos ensinamentos postos, leva-nos: **i)** à opção pelo Poder Judiciário ainda em andamento, o qual prevalece sobre a administrativa; **ii)** a concluir pela concomitância.

Com respeito à renúncia, pela incongruência demonstrada, resta ela tácita, por opção.

A matéria foi bem afastada pelo julgado, bastando para afastar os argumentos secundários postos.

O lançamento de ofício, mesmo nos casos em que obtida pelo sujeito passivo liminar em mandado de segurança, não encontra obstáculo. A jurisprudência é pacífica neste sentido, dela não discrepando a melhor doutrina.

Por outro lado, diante do reclamo da Recorrente, cabe mais acrescentar, para a devida justificativa, quanto ao seu entendimento de que o Fisco não poderia ter lançado em razão da impetração da segurança, em sentido oposto, ainda segundo Eduardo de Arruda Alvim, in "Mandado de Segurança no Direito Tributário":

" De outro lado, ocorrido o fato imponível, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento. Nem pelo fato de antes de

se proceder ao lançamento, vir a obter o contribuinte do Judiciário proteção liminar em mandado de segurança, ou mesmo suspender por outro fundamento a exigibilidade do crédito tributário, isto inibe a autoridade administrativa de proceder o lançamento.

Muito ao contrário. Deve a autoridade administrativa proceder ao lançamento, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN), mesmo porque o prazo decadencial de 5 (cinco) anos a que alude o art. 173 do CTN já se terá iniciado (pois que principia, como regra, com a ocorrência do fato imponible), e, em se tratando de prazo decadencial, não se interrompe, nem se suspende. Deste modo, se, porventura, o processo durar mais do que 5 (cinco) anos, sem que se proceda ao lançamento, mesmo que o contribuinte perca a ação, não mais poderá a Fazenda executar-lhe, daí o porque a necessidade de que se proceda ao lançamento, mesmo estando suspensa a exigibilidade" (pág.)

Com relação ao lucro inflacionário, a mudança de discurso da Recorrente na peça de recurso, após ter, na impugnação, cuidado de reconhecer ter saldo credor - conta de correção monetária IPC (fls. 109) - não pode prevalecer. Veja que o constante da impugnação levou o julgador a corrigir o lançamento, segundo planilhas de fls. 154 e fls. 197.

Já no apelo muda o discurso, para afirmar ser o seu saldo devedor (fls. 220).

Fica assim mantida a acusação segundo a decisão atacada.

Afasto, contudo, a multa de lançamento de ofício.

É que em caso como o dos autos, assim tenho votado quanto ao 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 ao mesmo tempo deixando em aberto a possibilidade de exigência do imposto.

Cuida o artigo de estabelecer que a multa só não poderá ser exigida se, antes da constituição do crédito, houver sido obtida a ordem para tanto (- liminar - parágrafo primeiro).

Já o parágrafo segundo estabelece que fica interrompida a aplicação da multa de mora, até 30 dias após a data da publicação da decisão que considerar devido o tributo ou contribuição.

Entendo que uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário em razão de liminar ou segurança, constituído o crédito, a multa de ofício não seria mais aplicável.

Se assim não fosse, não haveria razão para se estabelecer uma multa de mora.

Por isso diz a lei que quando obtida a suspensão da exigibilidade não se deve aplicar a multa de ofício, mas a de mora, esta, ainda assim, devida tão só após a publicação da decisão .

Caso contrário ter-se-ia um lançamento em dois tempos: um para exigir o imposto e os juros e outro para, após, vencido o contribuinte, ser exigida a multa de ofício. Ora, sabendo-se que o lançamento é uno, não haveria como se justificar a divisão.

Ao que entendo quis o legislador distinguir entre o contribuinte que deixa de pagar um tributo por ato que venha a ser apontado pelo Fisco, daquele que procura o poder judiciário para apresentar uma pretensão de não pagar por achar ou entender indevido um tributo que lhe é exigido.

Nestes casos, penso, que quando a fumaça do bom direito e o periculum in mora são suficientes para, pelo menos num primeiro momento, sensibilizar um juiz, a tal ponto de ser concedida uma liminar ou mesmo após, não concedida esta, ser objeto o pleito de uma sentença concessiva, aplica-se ao caso então a multa de mora, a qual, por outro lado, só será devida uma vez decorridos 30 (trinta) dias da publicação do julgado.

Acrescente-se que ao estabelecer o legislador que a liminar interrompe a incidência da multa de mora, está afirmando o marco inicial de sua incidência, que nada tem haver com a constituição do crédito pelo lançamento.

Afasto, portanto a multa de ofício.

O juros e a taxa Selic são devidos nos termos da legislação indicada na decisão recorrida e lançamentos. Eis a prova:

Execução Fiscal – Aplicação da Taxa Selic – Lei nº 9.250/95 –
Violação do art. 535 do CPC – Inexistência – Ofensa a dispositivos
da Carta Magna –

1. São devidos juros da taxa Selic em compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Estadual e Federal. 2- Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa Selic, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias. 3.- Precedentes da Corte. – 4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 5.- O recurso especial não é via hábil à apreciação da ofensa a artigos e princípios da Constituição Federal. 6- Agravo regimental a que se nega provimento”. (STJ 1ª. T.; REsp. nº 491.480-SC; Rel. Min. Luiz Fux; j. 15/5/2003; v.u.)

A pretendida suspensão, por tudo o que foi exposto, não tem amparo legal.

O provimento, portanto, é parcial, para tão só afastar a multa de ofício, mantido o mais.

É como voto.

Brasília (DF) em 04 de dezembro de 2003



CELSON ALVES FEITOSA