



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

Processo nº 13808.000998/99-21
Recurso nº 165.026 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.194 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2009
Matéria IRPJ
Recorrente DAMOVO DO BRASIL S.A. (nova denominação de MATEL TECNOLOGIA DE TELEINFORMÁTICA S.A - MATEC)
Recorrida 3ª TURMA / DRJ SÃO PAULO-I / SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1997

MATÉRIA PRECLUSA

Questões não provocadas tempestivamente a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas em documento acostado aos autos mais de cinco anos após encerrado o prazo para impugnação constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO. DESCABIMENTO.

Deve ser exonerada a multa de ofício aplicada no lançamento destinado a prevenir a decadência se, por ocasião do lançamento, a conduta do contribuinte se encontrava amparada por liminar concedida pelo Poder Judiciário em sede de ação cautelar.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Em atenção ao princípio da retroatividade benigna em matéria de penalidades, deve ser aplicada retroativamente a alteração legislativa no art. 63 da Lei nº 9.430/1996, que ampliou as hipóteses nas quais descabe a aplicação de multa de ofício no lançamento destinado a prevenir a decadência.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Multa de Ofício Afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a multa de ofício aplicada no lançamento. Pelo voto de qualidade, não conhecer dos argumentos acerca da postergação, em decorrência da preclusão, vencidos os Conselheiros Marcos Vinícius Barros Ottoni (Suplente Convocado), João Francisco Bianco (Suplente Convocado) e Valmir Sandri. Recurso parcialmente provido, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Fez sustentação oral pela Recorrente Dr. Paulo Rogério Garcia Ribeiro - OAB/DF 24.691 e Fez sustentação oral pela Procuradoria da Fazenda Nacional o Dr. Miquerlam Chaves Cavalcante,.


WALDIR VEIGA ROCHA - Presidente e Relator

EDITADO EM: 26 ABR 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana de Barros Fernandes, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Décio Lima Jardim, João Francisco Bianco, Valmir Sandri e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

DAMOVO DO BRASIL S.A. (nova denominação de MATEL TECNOLOGIA DE TELEINFORMÁTICA S.A - MATEC), já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 16-10.265, de 05/09/2006, da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - I / SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever a lide, valho-me do relatório elaborado pela diligente relatora do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Contra a empresa em epígrafe foi lavrado o auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) de fls. 121 a 124, relativo ao ano-calendário de 1996, para constituição do crédito tributário no montante de R\$ 1.563.414,62, nele incluídos a multa de lançamento de ofício e os juros de mora calculados até 30/06/1999.

2.O lançamento foi motivado pela compensação de prejuízos fiscais acima do limite de 30% estabelecido no artigo 42 da Lei nº 8.981/1995.

3.Consta do Termo de Verificação de fls. 119 e 120 que a interessada impetrou o Mandado de Segurança, Processo nº 96.0014858-9, com o fim de assegurar o direito de proceder à compensação dos prejuízos fiscais e base negativa da CSLL apurados até 31/12/1994, sem a restrição imposta pelos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981/1995 (fls. 13 a 36). Informa o mesmo termo que a ação foi julgada improcedente em primeira instância e, por conseguinte, foi cassada a liminar concedida, tendo a empresa interposto recurso de Apelação (fls. 66 a 76 e 88 a 92).

4.Consta, ainda, que a empresa ajuizou Ação Cautelar, perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Processo nº 97.03.072984-3), para o efeito de lhe ser assegurado o direito de ter procedido a integral compensação de seus prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas contabilizados até 31/12/1994, sem as restrições da Lei nº 8.981/1995, até o julgamento do Recurso de Apelação interposto, ficando assegurada a continuidade de emissão de Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais, bem como a não inscrição da autora no CADIN (fls. 100 a 116). Em 13/05/1998, foi concedida a liminar nos termos em que pleiteada, ficando reservado o direito da Fazenda Pública adotar medidas para exame da regularidade do procedimento e, se for o caso, autuar o contribuinte (fls. 117 e 118).

5.Cientificado em 16/07/1999, o sujeito passivo apresentou em 16/08/1999, por intermédio de procurador (fls. 140 e 314), a impugnação de fls. 128 a 139.

6.A interessada reconhece a possibilidade de lavratura do auto de infração, na hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário por medida judicial, no entanto, entende que a fase litigiosa do procedimento deveria ter seu curso suspenso até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança por ela impetrado, conforme interpretação que faz do disposto nos artigos 14 e 62 do Decreto nº 70.235/1972.

7.Quanto ao mérito, alega que a restrição imposta pelo artigo 42 da Lei nº 8.981/95 só alcança os prejuízos compensáveis que ocorrerem após 31/12/1994, sob



pena de violação ao direito adquirido. Acrescenta que a lei aplicável é a vigente no período-base da formação dos prejuízos.

8. De acordo com os elementos constantes dos autos, o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento à Apelação no Mandado de Segurança referido no item "3" acima (fls. 230 a 241). A interessada interpôs Recursos Especial e Extraordinário, bem como Agravo de Instrumento da decisão que não admitiu o primeiro, ao qual foi dado provimento (fls. 242 a 256).

9. O C. Superior Tribunal de Justiça, pela decisão de fls. 258 a 260, negou seguimento ao Recurso Especial. Os autos do Recurso Extraordinário encontram-se conclusos ao Relator (fls. 312 e 313).

10. Em 01/12/1995¹, a empresa apresentou a petição de fls. 175 a 197, acompanhada dos documentos de fls. 198 a 206, no intuito de "complementar a defesa administrativa protocolizada em 16/08/1999".

A 3ª Turma da DRJ em São Paulo - I / SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 16-10.265, de 05/09/2006 (fls. 315/320), não conheceu da impugnação com a seguinte ementa:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1996

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não há previsão legal para o sobrestamento do feito, dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal, devendo a Administração Pública impulsioná-lo até sua conclusão (Princípio da Oficialidade).

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1996

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O JUDICIAL. A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário acarreta a renúncia ao litígio na esfera administrativa, impedindo a apreciação da matéria objeto de ação judicial.

Por oportuno, esclareço que a Autoridade Julgadora em primeira instância não conheceu da petição de fls. 175/197, apresentada em 01/12/2005, considerando tratar-se de matéria não impugnada em face da ocorrência da preclusão. Em apertadíssima síntese, ali eram requeridos: (i) o tratamento de postergação do imposto e ajustes nos valores passíveis de dedução; (ii) a exclusão da multa de ofício; e (iii) caso mantida a multa, sua redução ao percentual máximo de 20%.

Ciente da decisão de primeira instância em 14/01/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 329, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 12/02/2008², vide fls. 331 e 332.

¹ A data correta é 01/12/2005.

² O carimbo de recepção da Derat/SP, à fl. 331, indica a data de 12/01/2008. Mas esta é uma impossibilidade lógica, em face da ciência do acórdão ter-se dado em 14/01/2008 (fl. 329). Assim, considero a recepção na data em que subscrita a peça recursal, a saber, 12/02/2008 (fl. 332).

No recurso interposto (fls. 333/361), esclarece, inicialmente, que a matéria tratada pela recorrente é diversa daquela objeto da Ação Cautelar Inominada nº 97.03.072984-3, a qual diz respeito exclusivamente à discussão sobre seu direito à compensação integral de prejuízos fiscais.

Em preliminares, a recorrente se insurge contra o entendimento manifestado no acórdão recorrido acerca da ocorrência da preclusão, quanto aos argumentos trazidos na petição apresentada em 01/12/2005, fundamentando sua posição conforme segue:

Entende que os argumentos relativos à postergação do pagamento do IRPJ deveriam ter sido conhecidos de ofício pela Turma Julgadora em primeira instância. Em apoio a sua tese, colaciona jurisprudência do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, que entende aplicável.

Quanto aos argumentos de impossibilidade de exigência de multa punitiva no caso de lançamento para prevenir a decadência, sustenta tratar-se de fato novo em relação à impugnação e, por isso merecem ser analisados. O fato novo seria a alteração da redação do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, introduzida pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, o qual incluiu também a “*concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial*” entre as hipóteses de dispensa da multa de ofício no lançamento, situação em que se encontrava a recorrente mas que, à época do lançamento e da impugnação, não era albergada pela lei.

Aduz que inexistiria previsão legal de preclusão relativa à apresentação de argumentos complementares em momento posterior à impugnação, desde que a matéria já tenha sido expressamente impugnada. Por sua ótica, seria possível inovar na contestação de determinada matéria já anteriormente questionada, aplicando-se a preclusão tão somente à apresentação de novas provas documentais.

Invoca o princípio da verdade material, que deve reger o processo administrativo. Acrescenta que, “tratando-se de cobrança de tributos, o que se quer, sempre, e independentemente de qualquer outra coisa, é descobrir se o fato gerador realmente ocorreu e, se afirmativa a resposta, qual o efetivo crédito que corresponderia à entidade tributante”. Com esses fundamentos, requer a análise dos argumentos apresentados na petição protocolizada em 01/12/2005.

No mérito, se manifesta conforme segue:

Alega que a compensação integral dos prejuízos fiscais no ano-calendário 1996 teria representado mera postergação do recolhimento do IRPJ, tendo em vista a apuração de lucro nos períodos seguintes (anos-calendário 1997 e 1998), conforme quadro de fl. 350. Fez acostar aos autos cópias de suas declarações de rendimentos dos anos em questão, como forma de comprovar o que afirma (fls 366/396). Colaciona jurisprudência administrativa que entende pertinente, e pede o cancelamento da exigência, por não ter a Autoridade Fiscal considerado o efeito econômico do diferimento.

Sustenta a impossibilidade da aplicação da multa punitiva em seu caso, em face da nova redação do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, dada pela Medida Provisória nº 2.158-35,



com efeitos a partir do ano de 2001. Subsidiariamente ao pedido anterior, pede o reconhecimento da retroatividade benigna (art. 106, II, "a" do CTN), para excluir a aplicação da multa de ofício.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

O objeto do recurso ora analisado é o entendimento da autoridade julgadora em primeira instância de que teria precluído o direito da impugnante, no que toca às matérias que constavam da petição apresentada em 01/12/2005, com a qual a interessada pretendia complementar a defesa administrativa apresentada em 16/08/1999.

A matéria é tratada pelos artigos 16 e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, nos seguintes termos:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)



Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Acerca do instituto da preclusão, assim leciona Humberto Theodoro Júnior³:

A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável.

É verdade que, em algumas situações, exceções são aceitas a esse princípio. No que toca à prova documental, o § 4º do art. 16, acima, relaciona as três situações em que se admite a juntada extemporânea de documentos. Além disto, em atenção ao princípio da verdade material, a jurisprudência administrativa tem sido complacente e admitido que, em alguns casos específicos, documentos sejam trazidos aos autos na fase recursal, especialmente quando se trata da comprovação inequívoca de direito tempestivamente alegado.

Já quanto a alegações de direito, a legislação mencionada não admite qualquer exceção. Ao contrário do que pretende a recorrente, ou a matéria é questionada no período reservado à impugnação, ou é tida por não impugnada. Também aqui a jurisprudência administrativa tem considerado algumas exceções. A título ilustrativo, no Direito positivado encontramos o § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal:

*“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)*

[...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

³ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª Ed., Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 480.

A doutrina cuida do assunto sob o nome de *questões de ordem pública*. Tais questões são aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, em geral, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo, refletindo-se na própria segurança jurídica. Os exemplos acabados a serem citados, especialmente aplicáveis ao processo administrativo fiscal, são a decadência, as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte), além dos pressupostos processuais de existência e validade. Em tais situações, a jurisprudência administrativa tem admitido o exame em segundo grau mesmo na ausência de pré-questionamento na fase impugnatória ou, ainda, que o relator ou qualquer dos julgadores suscite de ofício matéria não impugnada nem recorrida.

No que se refere à alegação de postergação, bem se vê que não está em discussão questão que possa ser entendida como sendo de ordem pública, a ser apreciada de ofício ou aceita extemporaneamente. A jurisprudência administrativa colacionada pela interessada se refere tão somente à fase procedimental, de fiscalização, ao dever do agente fiscal de observar também os períodos subseqüentes ao fiscalizado. Não consigo extrair daquelas decisões o que pretende a recorrente, ou seja, que a autoridade julgadora em qualquer instância estaria obrigada, sem provocação tempestiva da parte, a apreciar de ofício essa matéria.

A compensação indevida de prejuízos fiscais, além do limite (trava) legal, se insere na determinação do *quantum* tributável, de interesse exclusivo das partes, e eventual e hipotética incorreção e inobservância de efeitos postergatórios, para ser apreciada por este colegiado, teria que ser argüida tempestivamente, pela parte interessada, o que não ocorreu. Não se pode pretender elastecer o princípio da verdade material a tal ponto de tornar letra morta o regramento processual administrativo.

Correta, pois, a decisão de primeira instância que não tomou conhecimento desses argumentos, por preclusão. Da mesma forma, e pelos mesmos motivos, deles não conheço em sede de recurso.

Diferente sorte têm os argumentos acerca da multa aplicada. Aqui, constato o *direito superveniente* a que se refere a alínea "b" do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1971, acima transcrito, a justificar que argumentos sejam trazidos ao processo mesmo após a fase impugnatória. Trata-se da alteração da redação do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, abaixo transcrito em sua redação original:

"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 nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Por ocasião do lançamento, em 16/07/1999 (fl. 123), o dispositivo legal acima somente permitia o afastamento da multa de ofício em lançamento para prevenir a decadência quando a exigibilidade houvesse sido suspensa por liminar em mandado de segurança. Não se encaixando a então fiscalizada nessa hipótese, o auto de infração foi corretamente lavrado incluindo a multa de ofício de 75%.

Também por ocasião da peça impugnatória, em 16/08/1999, nada foi dito a esse respeito. E entende-se, porque não havia direito a ser alegado sobre a multa aplicada, em



face do texto legal então vigente. Tão somente, à época, havia o Parecer COSIT nº 2⁴, de 05/01/1999, mas que não tinha caráter normativo.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.158-35, publicada no DOU de 27/08/2001, trouxe nova redação ao mencionado art. 63, que passou a vigor como segue:

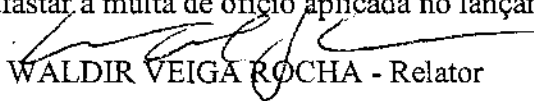
“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)”

Com isso, também se tornou descabida a aplicação de multa de ofício quando o procedimento do contribuinte estivesse amparado por medida liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, além do mandado de segurança.

E essa é, precisamente, a situação da interessada. A liminar obtida na Ação Cautelar por ela impetrada lhe dava proteção até o julgamento do recurso de apelação no mandado de segurança, o que somente veio a ocorrer em 29/11/2000. Assim, no momento do lançamento, a interessada se enquadrava precisamente na hipótese legal do art. 63, em sua nova redação, vigente a partir de 2001. E, em se tratando de matéria de penalidade, perfeitamente aplicável o princípio da retroatividade benigna, insculpido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional.

Revela-se, assim, que o pedido da interessada se assenta em direito superveniente ao lançamento e à impugnação, deve ser conhecido e, pelos fundamentos acima, provido. Diga-se, aliás, que a jurisprudência administrativa tem admitido a aplicação de tal princípio até mesmo de ofício, independentemente de provocação da parte.

Por todo o exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto, para afastar a multa de ofício aplicada no lançamento.


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

⁴ Parecer COSIT nº 02, de 05/01/99:

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. INAPLICÁVEL MULTA DE OFÍCIO.

É incabível o lançamento de multa de ofício na constituição, para prevenir a decadência, de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa, inclusive na hipótese de depósito do seu montante integral.