



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13808.003242/00-76
RECURSO Nº : 128.825
MATÉRIA : IRPJ – EXS: DE 1995, 1997 E 1998
RECORRENTE : EDITORA AZUL S/A (incorporada por EDITORA ABRIL S/A)
RECORRIDA : DRJ EM SÃO PAULO(SP)
SESSÃO DE : 18 DE SETEMBRO DE 2002
ACÓRDÃO Nº : 101-93.945

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE 1º GRAU. Não constitui cerceamento do direito de defesa e nem acarreta a nulidade da decisão de 1º grau quando a autoridade julgadora não conhece as razões expostas pela impugnante na hipótese em que a mesma optou pela discussão do mérito na esfera judicial.

PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante tutela antecipada em Medida Cautelar não impede a constituição do crédito tributário para prevenir a decadência e não acarreta a nulidade do lançamento.

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO POR VIA JUDICIAL. A propositura pelo sujeito passivo contra a Fazenda Nacional, de ação judicial, antes da autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Se a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa mediante sentença de 1ª instância do Poder Judiciário, não cabe a incidência da multa de lançamento de ofício, tendo em vista que o lançamento foi providenciado para prevenir a decadência.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A exigência de juros moratórios mediante a aplicação da taxa SELIC está prevista na legislação tributária vigente.

Rejeitadas as preliminares e no mérito, dar provimento, em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **EDITORA AZUL S/A** incorporada por **EDITORA ABRIL S/A**.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR** as preliminares suscitadas e, no mérito, **DAR** provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a multa de lançamento de ofício e não conhecer quanto ao litígio submetido ao julgamento do

Poder Judiciário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 OUT 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, SANDRA MARIA FORONI, PAULO ROBERTO CORTEZ, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro RAUL PIMENTEL.

RECURSO Nº. : 128.825
RECORRENTE: EDITORA AZUL S/A incorporada por EDITORA ABRIL S/A

RELATÓRIO

A empresa **EDITRA AZUL S/A** incorporada por **EDITORA ABRIL S/A**, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob nº 55.901.979/0001-60, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo(SP), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

O crédito tributário objeto do litígio corresponde às seguintes parcelas de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e multa de lançamento de ofício de 75%, além de juros moratórios a serem calculados quando da execução da sentença, incidentes sobre o lucro real calculados em virtude de compensação indevida de prejuízos fiscais apurados em 31/12/1995, 31/12/1997 e 31/12/1998, face à inobservância do limite de compensação de 30% do lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas no artigo 42 da Lei nº 8.981/95, artigos 196, inciso III, 197, § único do RIR/94 e artigo 15 e § único da Lei nº 9.065/95.

No julgamento de 1º grau, a exigência foi mantida na sua totalidade e consubstanciada na seguinte ementa:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO. A propositura pelo contribuinte contra a Fazenda, da ação judicial, antes da autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas.

SELIC. A taxa SELIC deve ser aplicada em decorrência de expressa previsão legal.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

No recurso voluntário, de fls. 283 a 304, a recorrente levanta a preliminar de nulidade da decisão de 1º grau, por cerceamento do direito de ampla

defesa por não ter examinado os argumentos expendidos na fase impugnativa e, ainda, a ilegalidade do Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03/96.

Sustenta a recorrente que a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa quando foi lavrado o Auto de Infração e que a decisão recorrida não examinou este aspecto relevante levantado na fase impugnativa.

A recorrente explicita que ajuizou Ação Declaratória de rito ordinário – processo nº 95.00048085-9, que tramitou perante a 3ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade e ilegalidade contida na Medida Provisória nº 812/94, posteriormente convertida na Lei nº 8.981/95, especificamente em seus artigos 42 e 58, os quais estabeleceram restrições indevidas à compensação integral dos prejuízos fiscais e das bases negativas acumuladas até 31 de dezembro de 1994, com os resultados positivos apurados a partir de janeiro de 1995, para fins de determinação do imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Acrescenta que a recorrente obteve a TUTELA ANTECIPADA suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários (08/02/1996), cuja medida foi confirmada por sentença de 1ª instância (30/10/1996) e que, embora esta sentença tenha sido reformada pelo Tribunal Regional Federal, da 3ª Região, nos embargos infringentes da Fazenda Nacional, o litígio judicial está pendente de solução até o presente momento face ao processamento de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, em 03/05/2001 e Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, em 03/05/2001, interpostos pela recorrente.

Assim, entende a recorrente que quando da lavratura do Auto de Infração, em 27 de outubro de 2000, a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa pela TUTELA ANTECIPADA e, também, pela decisão de 1ª instância proferida pela Juíza Federal da 3ª Vara Cível Federal da Capital e nestas condições o crédito tributário não poderia ter sido constituído.



A recorrente diz, também, que a exigência da multa de lançamento de ofício, de 75%, além de ilegal porque a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa, seria confiscatória conforme explicitado no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Contesta, ainda, a cobrança de juros moratórios com base na taxa SELIC pela natureza renumeratória e não de moratória e que constitui, também, um verdadeiro confisco.

Ao final, sintetiza o pleito nos seguintes termos:

“42. Diante de todo o exposto, restando inteiramente comprovado o direito da RECORRENTE, é a presente para requerer a esse E. Conselho de Contribuintes que se digne de: (a) reconhecer a NULIDADE da r. decisão a ‘quo’, por não ter examinado todas as razões jurídicas relacionadas na peça impugnatória; ou, quando menos, com relação ao mérito, (b) determinar o sobrestamento do feito até decisão final da ação judicial proposta pela RECORRENTE, ou, ainda (c) seja reconhecida a IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA do lançamento, julgando-se PROCEDENTE o presente recurso, com o CANCELAMENTO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO e o conseqüente arquivamento dos autos do Processo Administrativo nº 13808.003242/00-76 e liberação dos bens arrolados em garantia, por ser medida de JUSTIÇA.”

É o relatório.

VOTO

Conselheiro: KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade tendo em vista que no processo nº 10880.009843/2001-56, foram arrolados os bens em garantia.

PRELIMINAR

A preliminar de nulidade da decisão de 1º grau, por cerceamento do direito de defesa, é inaceitável porquanto a decisão recorrida observou as normas complementares vigentes.

De fato, a autoridade julgadora de 1º grau está sujeita a observância dos atos normativos expedidos pela Secretaria da Receita Federal consoante o disposto no inciso IV da Portaria SRF nº 3.608, de 06 de julho de 1994, com a seguinte redação:

*“IV – os Delegados da Receita Federal de Julgamento observarão preferencialmente em seus julgados, o entendimento da administração da Secretaria da Receita Federal, expresso em Instruções Normativas, Portarias e Despachos do Secretário da Receita Federal, e em Pareceres Normativos, **Atos Declaratórios Normativos** e Pareceres, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação.”*

Desta forma, o cumprimento do disposto no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96, pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento de São Paulo(SP), não invalida o julgamento de 1º grau e nem constitui cerceamento do direito de ampla defesa, já que o sujeito passivo optou pelo litígio na esfera judicial, abandonando o litígio administrativo.



A decisão recorrida não cerceou o direito de defesa do contribuinte e, corretamente, deixou de conhecer do mérito da exigência tendo em vista a concomitância entre processo judicial e administrativo mediante propositura de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou depois da autuação, implica na renúncia às instâncias administrativas pelo sujeito passivo.

O enunciado do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96 está consoante com a melhor doutrina vigente e não merece qualquer crítica e apenas para relembrar o tema, transcrevo a lição do Professor Alberto Xavier, contida na magistral obra 'Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário', Editora Forense, 2ª edição – 1997, pág. 349, onde esclarece que:

“Vigora no Brasil o princípio da universalidade da jurisdição ou sistema de jurisdição única, segundo o qual existe uma ‘reserva absoluta de jurisdição’ dos órgãos do Poder Judiciário, donde decorre a dupla proibição de atribuição de funções jurisdicionais a órgãos de outros Poderes e a proibição de que seja excluída da apreciação do Poder Judicial qualquer lesão ou ameaça de lesão de direitos individuais, notadamente no caso de essa lesão decorrer de atos da Administração.

Tal como se encontra formulado no inciso XXV do artigo 5º da Constituição de 1988 – que não prevê a possibilidade de que o ingresso em juízo seja condicionado à previa exaustão das vias administrativas – o princípio da universalidade da jurisdição tem hoje como corolário o direito de livre e incondicional acesso ao Poder Judiciário, vigorando assim um princípio optativo nas relações entre processo judicial e o processo administrativo.”

O exame do mérito do lançamento pela autoridade julgadora no âmbito administrativo, como quer a recorrente, representaria além de invasão de competência, uma apreciação totalmente inócua posto que o litígio já está sendo examinado no âmbito do Poder Judiciário.

A bem da verdade, o litígio foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça, no processo judicial nº 2001.090351-RESP/DARE – Embargos Infringentes nº 97.0385865-1e ao Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário, no processo

judicial nº 2001.090350-REX/DARE – Embargos Infringentes nº 97.0385865-1, fls. 317 a 418, e, portanto, qualquer manifestação na esfera administrativa seria inútil e sem qualquer sentido.

O outro argumento expedido pela recorrente sobre o tema foi o da nulidade do lançamento porque a autoridade administrativa estaria impossibilitada de constituir o crédito tributário correspondente porque a exigibilidade do crédito estaria suspensa pela MEDIDA CAUTELAR e, também, pela sentença proferida na ação ordinária.

Antes do advento do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, o Poder Judiciário vem decidindo, reiteradamente, que a autoridade administrativa pode e deve constituir crédito tributário para prevenir a decadência, mesmo que a exigência do mesmo esteja suspensa por medida liminar em mandado de segurança.

Entre outras decisões, merece destaque o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Mandado de Segurança nº 6.511-DF, no processo nº 95.0065406-7 (DJU-1 de 15/04/96, pág. 11.506), com a seguinte ementa:

“Tributário. Lançamento por Homologação. Medida Liminar. No lançamento por homologação, o contribuinte verifica a ocorrência do fato gerador, apura o tributo devido e recolhe o montante correspondente, sem qualquer interferência da Fazenda Pública, cujo prazo para conferir a exatidão desse procedimento inicia na data da antecipação do pagamento (CTN, art. 150, § 4º). A medida liminar que impede o Fisco, ainda no prazo assinado para a constituição do crédito tributário, de revisar essa modalidade de lançamento, desvirtua o sistema legal, o qual legitima o procedimento fiscal ensejando ao contribuinte a mais ampla defesa. Nessa linha, o acórdão recorrido deve ser mantido pela sua conclusão mas exclusivamente por essa motivação, e não por aquela que transbordou dos limites da lide, decidindo desde logo matéria ainda não examinada pelo MM. Juiz Federal. Recurso ordinário improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Este entendimento do Superior Tribunal de Justiça vem sendo mantido conforme decidido em 09/04/2001, no Recurso Especial nº 119986/SP, no processo nº 97.0011016-8, relatada pela Ministra Eliana Calmon, com a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO.

- 1. O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (art. 113 e 142, ambos do CTN).*
- 2. Dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir seu crédito.*
- 3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial.*
- 4. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento (destaquei)*
- 5. Recurso especial não conhecido.*

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

Como se vê, a última instância do Poder Judiciário para matéria infraconstitucional já firmou pacífica jurisprudência sobre a possibilidade de a autoridade administrativa constituir crédito tributário mesmo que a exigibilidade do crédito tributário esteja suspensa por medida liminar em mandado de segurança.

Desta forma, não vejo como acolher a preliminar suscitada relativamente à nulidade do lançamento.

O lançamento está consoante com o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional e do Decreto nº 70.235/72 e, portanto, opino pela rejeição da preliminar suscitada.

MÉRITO

Quanto ao mérito, não vejo como apreciar os argumentos expostos pela recorrente que, aliás, já foram examinados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que reformou a decisão singular da 3ª Vara da Justiça Federal em São Paulo.

Para as autoridades administrativas restam apenas uma alternativa: cumprir o que for decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário interposto pela recorrente.

Entretanto, ainda quanto ao mérito, restam matérias que não estão submetidas ao crivo do Poder Judiciário e que, portanto, de acordo com o item b, do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96, podem e devem ser examinadas por esta Câmara quais sejam: o lançamento da multa de lançamento de ofício de 75% e cobrança de juros moratórios, pela taxa SELIC.

Relativamente a multa de lançamento de ofício, os argumentos expedidos pela recorrente podem ser aceitos em parte.

A tese da penalidade de caráter confiscatória é inaceitável posto que o inciso IV, do artigo 150, da Constituição Federal diz respeito apenas aos tributos e não às penalidades e mesmo quanto aos tributos, o princípio constitucional tem como endereço os legisladores conforme a melhor doutrina não se aplicando aos executores das leis.



O Primeiro Conselho de Contribuintes já vinha decidindo favoravelmente ao sujeito passivo, inclusive, muito antes do advento da Lei Complementar nº 104/2001, no sentido de que uma liminar em ação diferente de mandado de segurança não só suspende a exigibilidade do crédito tributário como também inibe a aplicação da multa de lançamento de ofício.

Entre outros acórdãos, transcreve-se a ementa de acórdão nº 103-20.069, de 18/08/99, publicado no DOU de 05/11/99:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio, tornando definitiva a exigência nessa esfera. A renúncia às esferas administrativas restringe-se à matéria posta à apreciação do Poder Judiciário. Conseqüentemente, no caso concreto, é de se apreciar outros aspectos do lançamento, a exemplo da aplicação de multas de lançamento de ofício e de juros.

AÇÃO ORDINÁRIA. LIMINAR CONCEDIDA. IMPROCEDÊNCIA DA MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Tendo o Poder Judiciário concedido ao contribuinte liminar na ação ordinária abrigando-o do procedimento pretendido, antes de iniciado o procedimento fiscal, não é cabível a aplicação de multa de lançamento de ofício.

Recurso parcialmente provido.”

O artigo 1º da Lei Complementar nº 104/2001 só veio a confirmar que o entendimento adotado pelo Primeiro Conselho de Contribuintes estava correto quando estabeleceu que:

“Art. 1º - A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

*...
Art. 151 -*

*...
V – a concessão de medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.”*

Como se vê, a Lei Complementar nº 104/2001 equiparou a concessão de medida liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação judicial à liminar em mandado de segurança para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Quanto à alegada aplicação do artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional, ou seja, a aplicação retroativa da alteração introduzida no artigo 151, do Código Tributário Nacional, a recorrente tem razão porquanto já existem diversos precedentes no Primeiro Conselho de Contribuinte e entre outros transcrevo ementa do Acórdão nº 108-06.446, de 22/03/2001, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, com a seguinte redação:

“AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. A concomitância de ação judicial com a mesma causa de pedir, impede a apreciação da impugnação e do recurso na via administrativa.

***MULTA. EXIGIBILIDADE SUSPensa** Incabível a multa de ofício quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário por **liminar em Ação Cautelar** ou Mandado de Segurança. Recurso parcialmente provido.”(destaquei)*

Assim, mantendo a coerência com a jurisprudência predominante neste Primeiro Conselho de Contribuintes, opino pela dispensa da multa de lançamento de ofício visto que o sujeito passivo estava beneficiado com a tutela antecipada em Medida Cautelar.

Quanto aos juros de mora, a recorrente não tem razão.

Os argumentos expostos não podem ser aceitos porquanto o parágrafo 2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/96, não tem alcance almejado pela recorrente.

Com efeito, o Código Tributário Nacional estabelece:



“Art. 161 – O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

Tendo em vista que o Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica tem um vencimento previsto em lei, é evidente que se não for pago na data do vencimento, incide juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante da falta de pagamento visto que o Código Tributário Nacional só abre exceção para a hipótese de pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

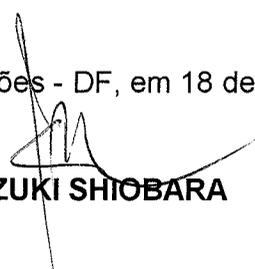
Por outro lado, o artigo 5º, do Decreto-lei nº 1.736/79 é mais específico quando determina:

“Art. 5º - A correção monetária e os juros de mora serão devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial.”

O § 2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/96 diz respeito apenas à multa de mora e não há como aplicar a analogia ou estender os mesmos efeitos para os juros de mora porque de acordo com o artigo 161 do Código Tributário Nacional, somente a consulta formulada antes do vencimento do crédito tributário suspende a fluência de juros de mora até a solução da consulta.

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a multa de lançamento de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 18 de setembro de 2002


KAZUKI SHIOBARA