



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10830.002121/2002-47
Recurso nº. : 129.704
Matéria : IRPJ - Ex: 1994
Recorrente : 3M DO BRASIL LTDA.
Recorrida : DRJ em CAMPINAS - SP
Sessão de : 22 de agosto de 2002
Acórdão nº. : 101-93.920

NORMAS PROCESSUAIS - DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, tem a autoridade administrativa o direito/dever de constituir o lançamento, para prevenir a decadência, ficando o crédito assim constituído sujeito ao que ali vier a ser decidido. A submissão da matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Descabe a sua imposição quando a exigibilidade do tributo ou contribuição tiver sido suspensa, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por 3M DO BRASIL LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso no que versa sobre a matéria submetida ao Judiciário e DAR provimento para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


PAULO ROBERTO CORTEZ
RELATOR

PROCESSO Nº. : 10830.002121/2002-47
ACÓRDÃO Nº. : 101-93.920

FORMALIZADO EM: 25 SET 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, CELSO ALVES FEITOSA, SANDRA MARIA FARONI, RUBENS MALTA DE SOUZA CAMPOS FILHO (Suplente Convocado) e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro RAUL PIMENTEL.



PROCESSO Nº. : 10830.002121/2002-47
ACÓRDÃO Nº. : 101-93.920

RECURSO Nº. : 129.704
RECORRENTE : 3M DO BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

3M DO BRASIL LTDA., já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 181/201, da decisão prolatada às fls. 159/162, pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, que julgou parcialmente procedente o lançamento consubstanciado nos auto de infração de IRPJ, fls. 02.

Da descrição dos fatos e enquadramento legal consta que o lançamento decorre da seguinte irregularidade fiscal:

*"1 – EXCLUSÕES / COMPENSAÇÕES
EXCLUSÕES INDEVIDAS*

Exclusão do lucro líquido na apuração do lucro real no ano-calendário de 1994, da diferença de correção monetária entre os índices IPC-OTN / BTN de janeiro/89, conforme ações judiciais 94.0606213-5 e 1999.61.05.013632-7, conforme termo de verificação fiscal anexo, que passa a fazer parte integrante deste auto de infração.

Enquadramento legal: Arts. 193, 196, inciso I, e 197, parágrafo único, do RIR/94."

Tempestivamente a contribuinte insurgiu-se contra a exigência, nos termos da impugnação de fls. 81/100.

O julgador de primeira instância decidiu pela procedência parcial do lançamento, conforme decisão nº 000728, de 31/05/01, cuja ementa tem a seguinte redação:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/12/94



PROCESSO Nº. : 10830.002121/2002-47
ACÓRDÃO Nº. : 101-93.920

NULIDADE – Somente as hipóteses previstas no art. 59 do PAF dão causa à nulidade do auto de infração.

IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/94

NORMAS PROCESSUAIS – CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

MULTA DE OFÍCIO – É legítimo o lançamento da multa de ofício na constituição do crédito tributário cuja exigibilidade não esteja suspensa por força de Medida Liminar em Mandado de Segurança.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”

Ciente da decisão monocrática em 03/12/01 (fls. 176), a contribuinte interpôs tempestivo recurso voluntário em 26/12/01 (protocolo às fls. 181), onde apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) que impetrou Mandado de Segurança junto à Seção Judiciária de Campinas, tendo a medida liminar sido indeferida em primeira instância;
- b) que impetrou Mandado de Segurança contra ato judicial no Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região sob nº 94.03.1066540-7, no qual foi concedida a medida liminar e sobreveio sentença concessiva da segurança que reconheceu a aplicabilidade do IPC em janeiro de 1989, no índice de 70,28%;
- c) que não houve a interposição de recurso de apelação pela União Federal, e o feito foi remetido ao referido Tribunal, em razão do duplo grau de jurisdição obrigatório nas causas em que for vencida a Fazenda Nacional;
- d) que, em 18.08.99, a Colenda Terceira Turma daquele Egrégio Tribunal houve por bem dar provimento à remessa oficial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, por considerar ter havido decadência do direito à impetração do Mandado de Segurança que, no entender daquela Corte,



PROCESSO Nº. : 10830.002121/2002-47

ACÓRDÃO Nº. : 101-93.920

- deveria ter sido ajuizado em até 120 dias contados do encerramento do período-base de 1989;
- e) que referida decisão não apreciou o mérito, em vista disso, a recorrente ajuizou a Ação Declaratória nº 1999.61.05.013632-7, com pedido de antecipação de tutela, para que ao final seja reconhecido o seu direito de aplicar, na correção monetária, o índice do IPC, tendo obtido a tutela antecipada em 11/11/99;
 - f) que o crédito tributário está suspenso por meio da antecipação de tutela, sendo que tal medida foi ajuizada antes da constituição do crédito tributário pelo presente auto de infração;
 - g) que o julgador cometeu um equívoco ao considerar que o pagamento efetuado em 23/07/99, teria amortizado apenas parte do IRPJ devido, ao passo que a recorrente liquidou integralmente o imposto devido em razão da aplicação, em janeiro de 1989, do índice de 70,28%, ao invés do índice de 42,72%;
 - h) que, apesar de considerar como correto a aplicação do índice de 70,28% em janeiro de 1989, buscando o seu reconhecimento no Poder Judiciário e também na esfera administrativa, valeu-se do disposto no art. 17 da Lei nº 9.779/99, efetuando o pagamento do IPRJ que seria devido na ocasião, considerando a diferença entre a aplicação do índice de 70,28% e 42,72%;
 - i) que, citada lei autorizava o recolhimento do tributo até 30/07/99, sem a incidência de multa moratória, e os juros seriam computados apenas de fevereiro de 1999 a julho de 1999;
 - j) que a aplicação na correção monetária de 1989, de índice distinto do IPC, faz surgir um lucro fictício, que foi considerado tributável;
 - k) que, com respeito a multa de ofício aplicada, há que se considerar que estão presentes todos os requisitos mencionados no artigo 63 da Lei 9430/96, pois há tutela antecipada nos autos da Ação Declaratória e a medida judicial foi ajuizada antes de iniciado qualquer procedimento de ofício.

Às fls. 209, o despacho da DRJ em Campinas – SP, com encaminhamento do recurso voluntário, tendo em vista o atendimento dos pressupostos para a admissibilidade e seguimento do mesmo.

É o Relatório.



VOTO

Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ , Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Como se depreende do relato, a contribuinte recorreu ao Poder Judiciário, com vistas a utilizar, para fins de correção monetária das demonstrações financeiras de 1989, a variação monetária apurada pelo IPC, tendo ajuizado a Ação Declaratória nº 1999.61.05.013632-7, na qual obteve, em 11/11/99, a antecipação da tutela.

Em 28/04/00, a fiscalização lavrou o Termo de Verificação Fiscal (fls. 20), onde consignou o seguinte:

"1 – DA AÇÃO JUDICIAL

A empresa impetrou Mandado de Segurança com pedido de Liminar, que recebeu o número 94.0606213-5, na 2ª Vara da Justiça Federal de Campinas-SP, para deduzir o saldo devedor da Correção Monetária em 1994, correspondente a diferença entre a OTN-Fiscal e o IPC ocorrida em janeiro/89 e a dedução dos encargos com depreciação resultantes.

A Liminar foi indeferida em 19/12/94, mas a sentença em 26/07/95, julgou procedente o pedido, concedendo a segurança.

O acórdão proferido no TRF 3ª Região foi transitado em julgado, desfavorável ao contribuinte.

Em novembro/99, impetrou Ação Declaratória nº 1999.61.05.013632-7, com pedido de tutela antecipada a qual foi deferida em 11/11/99.

2 – DOS FATOS

A epigrafada excluiu na apuração do Lucro Real e na Base de Cálculo da Contribuição Social sobre os Lucros, em 1994, o saldo devedor da diferença de correção monetária medida pelo BTNf/IPC em janeiro/89.



A empresa optou pela tributação do lucro real anual dos resultados, no ano-calendário de 1994.

Seguem os valores que alteraram os valores tributáveis devido a ação judicial impetrada: Valor excluído em 1994, conforme Declaração de Imposto de Renda do exercício de 1995, ano-calendário 1994: R\$ 16.005.908,58."

Dessa forma, tendo a contribuinte ingressado com ação perante o Poder Judiciário para discutir especificamente a matéria de mérito objeto do auto de infração, nesse particular, há concomitância na defesa, ou seja, a busca da tutela do Poder Judiciário, bem como o recurso à instância administrativa.

A opção da discussão da matéria perante o Poder Judiciário foi da recorrente, e o auto de infração lavrado, fundamentalmente, objetivou a constituição do crédito tributário como medida preventiva dos efeitos da decadência.

Cabe citar, aqui, parte do parecer de autoria do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira:

"Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo diretamente."

No mesmo sentido o Sub-procurador Geral da Fazenda Nacional, Dr. Cid Heráclito de Queiróz, assim pronunciou:

"11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada – inerente a jurisdição administrativa -, pela impugnação da



exigência (recurso latu sensu), seguida, ou mesmo antecedida, de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual – ordenatória, declaratória ou de outro rito – a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento – exceto na hipótese de mandado de segurança ou medida liminar, específico – até a instância da Dívida Ativa, com decisão formal recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.”

No caso em questão, o contribuinte ingressou com ação judicial antes da feitura do lançamento de ofício, obtendo a medida liminar que pleiteou. Por seu turno, a Autoridade Fiscal, com o intuito de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, constituiu o crédito tributário.

Portanto, tratam-se de ações concomitantes para julgamento do mesmo mérito, verificando-se, do exposto, que a contribuinte fez sua opção, escolhendo a esfera judiciária para discutir o mérito existente no presente processo.

Não teria sentido que o Colegiado se manifestasse sobre matéria em debate no Poder Judiciário, visto que qualquer que fosse a sua decisão prevaleceria sempre o que seria decidido por aquele Poder.

Dessa forma, a solução da pendência foi transferida da esfera administrativa para a judicial, instância superior e autônoma, que decidirá o litígio com grau de definitividade.

Assim, a Administração, deixando de ser o órgão ativo do Estado e passando a ser parte na contenda judicial, quanto ao mérito em si da demanda, não mais pode julgar o litígio, cabendo ao Judiciário compor a lide.



MULTA DE OFÍCIO

A multa de lançamento de ofício exigida no auto de infração não constitui matéria submetida ao Poder Judiciário, dessa forma, foi corretamente conhecido o litígio pela autoridade julgadora "a quo", e, igualmente, deverá ser o recurso conhecido por esta Câmara.

Ouso discordar do entendimento do julgador de primeira instância, pelas razões a seguir expostas.

Cumprе registrar que, anteriormente ao início do procedimento de fiscalização, a contribuinte obteve medida liminar com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O art. 63 e seus §§ da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estão assim redigidos:

"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.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 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."



O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), por seu turno, dispõe:

“Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....”omissis”.

IV - a concessão de medida liminar em mandado”

Como se vê, a lei afasta, desde logo, a hipótese de lançamento de ofício (art. 63, “*caput*”) quando o lançamento vise prevenir a decadência de tributos e contribuições, cuja exigibilidade for suspensa por força de liminar em mandado de segurança, concedida antes do início de qualquer procedimento de ofício.

Nesse caso, tratando-se de norma tributária inerente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a interpretação da mesma deve ser feita de forma literal, conforme disposição do art. 111, I, do CTN, *verbis*:

“Art. 111 – Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário.”

Assim, se a lei tributária estabelece, de forma literal, que não cabe a imposição de multa de ofício na constituição de crédito tributário cuja exigibilidade **houver sido suspensa**, torna-se irrelevante o fato de a contribuinte não mais se encontrar amparada pela proteção judicial no momento da constituição do crédito tributário.

Esse é o caso dos autos. A contribuinte peticionou e obteve liminar em mandado de segurança, antes de qualquer procedimento de ofício.

Mesmo que inexistindo lançamento anterior, não é cabível a exigência da multa de ofício na constituição do crédito tributário, pois, nos termos do



art. 63 e seus parágrafos, da Lei nº 9.430/96, a penalidade prevista seria tão somente a multa moratória, a qual incide a partir do vencimento do prazo estabelecido para o recolhimento do crédito tributário constituído de ofício.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso no que versa sobre a matéria submetida ao Judiciário e, no mais, pelas razões expostas, afastar a multa de lançamento de ofício.

Sala das Sessões - DF em 22 de agosto de 2002


PAULO ROBERTO CORTEZ