



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
OITAVA CÂMARA

Processo nº : 10880.011942/95-99  
Recurso nº : 120.643  
Matéria : IRPJ e CSL – Ex.: 1994  
Recorrente : DORIA & ATHERINO S/A - CCVM  
Recorrida : DRJ - SÃO PAULO/SP  
Sessão de : 12 de abril de 2000  
Acórdão nº : 108-06.079

**AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE** - A coincidência entre a causa de pedir, constante no fundamento jurídico da ação declaratória, e o fundamento da exigência consubstanciada em lançamento, impede o prosseguimento do processo administrativo no tocante aos mesmos fundamentos, de modo a prevalecer a solução judicial do litígio. Qualquer matéria distinta em litígio no processo administrativo deve ser conhecida e apreciada.

**LIMINAR AUTORIZANDO PROCEDIMENTO DO CONTRIBUINTE – LANÇAMENTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa – MULTA DE OFÍCIO** – Tendo o Poder Judiciário concedido liminar para que a empresa efetuasse a dedução da correção monetária de balanço com o índice pleiteado, o lançamento para prevenir a decadência não deve prever multa de ofício, posto que o contribuinte não se encontrava em mora, à época do lançamento.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DORIA & ATHERINO S/A - CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para afastar a imposição da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS  
PRESIDENTE

Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079



JOSE HENRIQUE LONGO  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 15 MAI 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON LÓSSO FILHO, MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, TÂNIA KOETZ MOREIRA, MARCIA MARIA LORIA MEIRA e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079  
  
Recurso n.º : 120.643  
Recorrente : DORIA & ATHERINO S/A - CCVM

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ de São Paulo/SP (fls. 106/107), que

- (a) declarou constituído definitivamente o crédito tributário principal, de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, lançado por meio de autos de infração lavrados contra a recte. (fls. 52 e 60), em decorrência da glosa de deduções realizadas no lucro líquido do período-base de 1994, relativas às despesas de correção monetária de balanço não aproveitadas no exercício de 1990/89 ("Plano Verão"); e
- (b) sobrestou o julgamento administrativo no que tange à multa de ofício e acréscimos legais aplicados.

De acordo com o Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 61), consta que a recte. efetuou exclusões de seu lucro líquido nos meses de fev./94 a jun./94 e ago./94 a out./94, amparada por liminar obtida em medida cautelar.

O objeto das ações patrocinadas pela recte., em síntese, é o reconhecimento do direito de deduzir de seu lucro, apurado no exercício de 1993 e subsequentes, o saldo de correção monetária verificado com a aplicação do índice integral de 70,28% sobre as demonstrações financeiras relativas ao ano-base de 1989, referente à inflação ocorrida em janeiro de 1989 ("Plano Verão") -- medida cautelar, processo nº 93.38165-2, distribuída em 10.12.1993 perante a 12ª Vara da Justiça Federal de São Paulo (fls. 189/199 e 289/299).

 3



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

Por meio de ação ordinária, a recte. pleiteia a declaração de existência de relação jurídica no tocante à aplicação, sobre os balanços de 1990 (ano-base 1989), do índice de 70,28% para o mês de janeiro/89 (processo nº 94.5112-3, de 07.03.1994 - fls. 178/188 e 278/288).

Em primeira instância judicial foi proferida sentença parcialmente procedente, estabelecendo como índice aplicável o percentual de 42,72% (fls. 200/205 e 300/305).

Referida ação ordinária foi julgada pelo Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região, que determinou os percentuais de 42,72% (para janeiro/89) e 10,14% (para fevereiro/89) - fls. 206/211 e 306/311.

Intimada dos autos de infração, nos quais foi ressalvada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a recte. apresentou impugnação (fls. 64/73 e 88/97) sustentando que:

- (i) ingressou com a ação declaratória supra referida cujo desfecho deveria ter sido aguardado pela fiscalização;
- (ii) realizou a dedução glosada pelo Fisco amparada por liminar concedida em medida cautelar;
- (iii) a fiscalização federal ofendeu o princípio da economia processual e está obrigando a recte. ao "*solve et repete*"; e
- (iv) os valores exigidos são indevidos, vez que (iv.a) o percentual de 70,28% é o que efetivamente reflete a inflação ocorrida em janeiro/89; (iv.b) há identidade entre o direito reclamado pela recte. e o reconhecido pelo fisco e pelo STF em relação à Lei 8.200/91; (iv.c) as regras de correção monetária trazidas pela Lei 7.730/89 não podem ser aplicadas no ano-base de 1989, sob pena de ofensa ao princípio da *irretroatividade* das leis; (iv.d) a correção monetária de balanço, feita por indicador que não reflete a real inflação do período, enseja a tributação do patrimônio e não da renda, que é o fato gerador do IRPJ; e (iv.e) ofendeu-se o princípio constitucional da anterioridade.



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

O Delegado de Julgamento de São Paulo considerou que a recte. renunciou ao direito de discutir a matéria na esfera administrativa por ter ingressado com medidas judiciais, que possuem identidade de objeto com a autuação sob exame (art. 38, § único, da Lei 6.830/80, c/c art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737/79).

Assim, o crédito tributário discriminado nos autos de infração foi declarado definitivamente constituído na esfera administrativa, exceto no tocante aos acréscimos legais e à multa de ofício, que seriam julgados após decisão final da ação judicial, se desfavorável à recte.

Inconformada, a recte. apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 112/146 e 212/246) alegando que:

- (a) a ação declaratória foi proposta antes da autuação fiscal, não sendo possível, assim, falar-se em **renúncia** ao direito de recorrer na esfera administrativa, como dispõe a lei nº 6.830/80, art. 38, § único, combinado com o art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737/79, vez que o direito de recorrer administrativamente não existia à época da distribuição da ação e, não sendo um direito disponível não era passível de ser renunciado;
- (b) o mérito da impugnação deveria ter sido julgado pela DRJ, até mesmo se a matéria objeto do processo judicial fosse idêntica do administrativo, tendo em vista o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal;
- (c) a decisão recorrida fere o princípio da ampla defesa e do direito de petição (art. 5º, LV e XXXIV, da CF);
- (d) em relação ao mérito, a recte. apresentou, basicamente, os mesmos argumentos ventilados em sua impugnação (item “iv” supra).

Às fls. 176/177, 276/277 e 314/315 consta cópia da medida liminar concedida pela 2ª Vara da Justiça Federal em São Paulo (processo nº

Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

1999.61.00.026086-9), pela qual a recte. restou desobrigada de efetuar o depósito recursal.

É o Relatório.



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

## VOTO

Conselheiro JOSÉ HENRIQUE LONGO, Relator

Conheço o recurso, uma vez que se encontram presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O recurso voluntário traz argumentos sobre: (a) o poder-dever da autoridade administrativa de apreciar o tema do índice para cálculo da Correção Monetária de Balanço, ainda que o mesmo assunto esteja sob o crivo do Poder Judiciário; e (b) o mérito sobre o próprio índice de janeiro/89 para cálculo da CMB.

Antes de tudo, releva esclarecer que o Código Tributário Nacional estabelece tanto a obrigatoriedade do funcionário administrativo em promover o lançamento (art. 142 e parágrafo único)<sup>1</sup>, quanto a suspensão da exigibilidade tributária quando obtida pelo contribuinte liminar em medida judicial (art. 151, IV). Disso infere-se que o crédito tributário deve ser lançado e, enquanto perdurar a liminar obtida, ser suspensa a sua exigibilidade; aliás, para a exigibilidade do lançamento estar suspensa, é premissa a existência do lançamento. Como consta do relato, foi assim que procedeu o AFTN autor do lançamento, nada havendo que reparar no tocante à atividade administrativa frente à ordem judicial.

<sup>1</sup> Geraldo Ataliba, em parecer, lecionou como a atividade de fiscalizar e lançar é vinculada, não podendo o agente fiscal deixar de cumprir "in casu" o disposto no art. 142 do CTN, porque lhe falta discricionariedade para essa atividade: *O controle das atividades dos contribuintes, o conhecimento dos fatos que se ligam direta e indiretamente à ocorrência dos fatos impositivos, o acompanhamento de todos os fatos que dão ensejo a qualquer das revelações de capacidade contributiva, assim qualificados pela lei, tudo isto requer quase plena liberdade para o fisco, agilidade e presteza de movimentos, possibilidade de ampla liberdade de indagação e investigação. (...) A tal liberdade corresponde o dever de examinar locais, livros e mercadorias, de contrastar toda e qualquer atividade econômica do contribuinte (...) Em contraste com esta liberdade – como visto – é inteiramente vinculada a atividade do lançamento.* (Estudos e Pareceres de Direito Tributário, vol. 2, RT, 1978, pág. 331)



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

A discussão acerca da concomitância de processos judicial e administrativo não é nova nesta Câmara. Não a hipótese de ingresso de medida judicial após instaurado o processo fiscal, cuja previsão consta expressamente do art. 38 da Lei 6830/80; mas, sim, a hipótese de ser efetuado lançamento após iniciado o processo judicial.

Neste caso, o termo previsto no dispositivo legal acima mencionado, qual seja "renúncia" à defesa na esfera administrativa, tomado na acepção literal, não surtiria efeito, porque direcionado à defesa já apresentada no âmbito administrativo frente à posterior ação judicial objetivando cancelar ou declarar nulo o mesmo lançamento.

Entretanto, a interpretação sistemática a ser feita ao comando do art. 38 da Lei 6830, bem como de outros dispositivos, fornece sólidos fundamentos para que não se aprecie, nos limites do processo administrativo, a matéria que está sendo objeto de ação judicial.

Tais fundamentos já foram muito bem expostos no Acórdão 108-05.824, sessão de 17.08.99, da lavra do eminente Conselheiro Mário Junqueira Franco Jr., cujos trechos são citados em nota de rodapé<sup>2</sup>, e que foi assim ementado:

---

<sup>2</sup> Mas a verdadeira questão, independentemente da extensão indevida do ato normativo (refere-se ao ADN/COSIT 03/97), tomados os fundamentos de sua edição, diz respeito a se, em verdade, há razão jurídica que impeça o prosseguimento de um processo administrativo quando proposta, *antecipadamente à autuação*, ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ou também mandado de segurança preventivo. Isto porque nos demais casos, em que juridicamente já se discute um crédito constituído, há legislação específica presumindo a renúncia à esfera administrativa. E aqui reside a divergência que persiste nas decisões deste Tribunal administrativo.

*Inclino-me no sentido de que há impedimento.*

*Já se salientou em citações acima que "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."*

*No âmbito do Poder Judiciário, a solução para o problema envolve a determinação das competências de Juízo, através da conexão ou continência, ou da litispendência, que deve inclusive ser alegada na primeira oportunidade processual. É insito ao direito processual evitar a concomitância de ações conexas ou idênticas, indicando quem exercerá jurisdição sobre uma delas, exclusivamente. (...)*

*Assim, o que se tem na concomitância de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária – ou mandado de segurança preventivo – não é identidade de objetos, mas sim da *causa petendi* próxima, identidade do fundamento jurídico, como no caso em apreço. Decidir-se-ia, portanto, a mesma relação jurídico-tributária, i.é., o mesmo fundamento da exigência fiscal.*





Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

*AÇÃO DECLARATÓRIA - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE - A semelhança da causa de pedir, expressada no fundamento jurídico da ação declaratória, com o fundamento da exigência consubstanciada em lançamento, impede o prosseguimento do processo administrativo no tocante aos fundamentos idênticos, prevalecendo a solução do litígio através da via judicial provocada. Qualquer matéria distinta em litígio no processo administrativo deve ser conhecida e apreciada.*

Por outras palavras, não há dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em diversas instâncias, mas, ao contrário, o direito processual evita inclusive a concomitância de ações conexas, litispendentes ou continentes, mediante determinação do juiz prevento para prolação da decisão a prevalecer para todas as ações. Não fosse assim, dar-se-ia azo a decisões antagônicas, o que não se admite no sistema jurídico.

O acontecido com a recte. exemplifica, de maneira ímpar, o que acima se pretende explicar. Por decisão judicial, o pedido foi parcialmente provido para conceder-lhe o direito de aplicar os índices de 42,72% e 10,14% para os meses de janeiro/89 e fevereiro/89. Suponha-se que, nestes autos, fosse reconhecido o direito de utilizar o índice pleiteado em ambos processos, isto é, 70,28% para janeiro/89.

Qual decisão seria aplicada? A judicial que concedeu 42,72% mais 10,14% ou a administrativa que teria concedido 70,28%? Não hesito em dizer que é a exarada pelo Poder Judiciário, com base no princípio da repartição dos Poderes defendida por Montesquieu e no sistema republicano (arts. 1º e 2º da Constituição

---

*Tal similitude, no campo tributário, é o bastante para, em prosseguir-se com o processo administrativo, possibilitar antagonismo entre Poderes distintos, bem como a concomitância de análise do mesmo fundamento da exigência por instâncias e Poderes diferentes, em clara afronta ao princípio de direito processual que busca justamente evitar tais conflitos.*

*Outrossim, a aplicação de princípio processual insito jamais significaria cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois justamente em consonância com o devido processo legal e em busca da celeridade processual para o rápido alcance da almejada justiça é que se procura evitar a concomitância de ações com o mesmo fundamento jurídico em instâncias distintas.*



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

Federal<sup>3</sup>), além do princípio da coisa julgada e do disposto no art. 471 do Código de Processo Civil.

Assim, uma vez identificada concomitância da causa de pedir em ambos os processos – judicial e administrativo – a saber, o direito de utilização do índice de 70,28% relativo a janeiro/89 para cálculo da Correção Monetária de Balanço, não há como, paralelamente à apreciação pelo Poder Judiciário, o Poder Executivo emitir juízo de valor.

Desse modo, entendo correta a decisão do Delegado de Julgamento em São Paulo na parte em que não conheceu a impugnação especificamente sobre os argumentos de mérito da possibilidade ou não do uso do índice de 70,28% no cálculo da CMB.

Quanto a argumentos que não digam respeito ao tema já levado a juízo, tais como cálculo do lançamento em si, multa, juros, etc., deve o julgador administrativo apreciá-los. Porém, não há nos autos outro argumento que não aquele também sustentado perante o Poder Judiciário.

De qualquer modo, a multa de 100% lançada pelo inadimplemento da obrigação tributária há de ser cancelada, pois, quando da lavratura do auto de infração, a recte. gozava de medida liminar que a autorizava a proceder à dedução no lucro dos anos de 1993 e seguintes do saldo verificado com a aplicação do índice de 70,28%. Portanto, se estava suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não era legítima a imposição de multa de ofício em razão da ausência da mora. Esse posicionamento foi convalidado pelo art. 63 da Lei 9430/96<sup>4</sup> e encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal:

---

<sup>3</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...

Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>4</sup> Art. 63 – Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativos aos tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade estiver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.



Processo n.º : 10880.011942/95-99  
Acórdão n.º : 108-06.079

*MATÉRIA SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - A ação judicial não impede que a Fazenda Pública promova a constituição do crédito tributário através do lançamento, impedindo, entretanto, que o mérito da questão suscitada seja apreciada na instância administrativa. Entretanto, não cabe a cominação de multa àqueles que buscam socorro no Poder Judiciário (Acórdão 101-92.073, grifei)*

*MANDADO DE SEGURANÇA – SENTENÇA DE 1º GRAU PROCEDENTE – IMPROCEDÊNCIA DA MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Tendo o Poder Judiciário, sede de mandado de segurança, concedido ao contribuinte sentença favorável em seu pleito, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, não é cabível a aplicação de multa de lançamento de ofício. Aplicação do art. 63 da Lei nº 9430/96 e do ADN CST nº 1/97. (Acórdão 107-04.073, grifei).*

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso para afastar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 12 de abril de 2000

  
JOSÉ HENRIQUE LONGO

