



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº.: 13805.007607/96-12

Recurso nº.: 137.931

Matéria : IRPJ E OUTROS

Recorrente : BANCO MULTIPLIC S/A

Recorrida : DRJ – CAMPINAS/SP

Sessão de : 15 de abril de 2004

Acórdão nº. : 101-94.551

IRPJ – AÇÃO JUDICIAL – CONCOMITÂNCIA – A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitiva, neste âmbito, a exigência do crédito tributário, ante a competência privativa do Poder Judiciário atribuído pela CF, art. 102.

TRIBUTOS SEM EXIGIBILIDADE SUSPensa – MULTA DE OFÍCIO – CABIMENTO - Para que seja afastada a multa de ofício, ao amparo do art. 63 da Lei nº 9.430/96, mister se faz que, no momento do lançamento, o crédito tributário esteja com a exigibilidade suspensa, pois, caso contrário, a referida norma não tem aplicação, na medida em que deixa de atender a expresso pressuposto constante do seu *caput*, qual seja, “a constituição do crédito tributário para prevenir a decadência”.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de voluntário interposto por BANCO MULTIPLIC S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri (Relator), Sebastião Rodrigues Cabral, Paulo Roberto Cortez e Orlando José Gonçalves Bueno que deram provimento parcial ao recurso, para afastar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Manoel Antonio Gadelha Dias.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE E REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 18 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gil', is written over the text 'e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.'.

Recurso nº.: 137.931
Recorrente : BANCO MULTIPLIC S/A

RELATÓRIO

BANCO MULTIPLIC S/A., já qualificado nos autos, recorre a este E. Conselho de Contribuintes de decisão da 1ª. Turma de Julgamento da DRJ em Campinas/SP, que manteve, em parte, as exigências consubstanciadas nos Autos de Infração de fls. 01/15, relativo ao IRPJ e CSLL do ano-calendário de 1993.

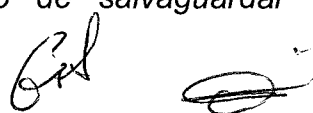
Trata-se de lançamentos em que se constatou a exclusão, no ano-calendário de 1993, a título de correção monetária devedora, do valor de Cr\$ 12.956.402.185,22, correspondente às diferenças OTN/BTNF, por força do art. 2º da Lei nº 7.799/89 ("Plano Verão").

Nos termos narrados às fls. 14, o Contribuinte agiu com respaldo em medida cautelar (Processo nº 94.13975-6), cuja liminar cassada foi objeto de recurso. Assim, a autuação se processou com exigência da multa de ofício (100%) e com a suspensão da exigibilidade.

Inconformado com a exigência fiscal, o Contribuinte apresentou Impugnações de fls. 17/54 (IRPJ) e 57/94 (CSLL), aduzindo, em ambas, os mesmos argumentos em sua defesa.

Preliminarmente, invoca nulidade do feito sob os seguintes motivos:

- incorreta aplicação de índice de atualização monetária (TRD);
- exacerbada aplicação de taxa de juros de mora;
- irregularidade do procedimento fiscal (*"a existência de medida judicial amparando os procedimentos adotados quando da implementação dos ajustes efetuados em suas demonstrações financeiras, ainda que sob o pretexto de salvaguardar os*



interesses da União, frente ao permissivo contido no art. 173 do CTN e jurisprudência administrativa, declararia a "legitimidade da incorporação do IPC de janeiro de 1989";

→ a imposição da multa afrontaria o inciso XXXV do art. 5º da CF;
→ o auto *"foi lavrado mediante 'lançamento com suspensão da exigibilidade', nos termos dos arts. 151, IV e 173 do CTN e por tal razão não deveria ser imputada ao Impugnante a multa de ofício como de fato foi"*.

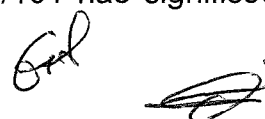
Quanto ao mérito, argumenta que o expurgo da correção monetária de 1989 repercutiu negativamente na apuração de seus balanços patrimoniais, e sua desconsideração significa afrontar princípios constitucionais, devendo a autoridade administrativa se posicionar sobre tal matéria, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Às fls. 99/101, em ato da então autoridade julgadora de primeira instância administrativa (DRJ/SP nº 6.472/96), manifestou-se pelo não conhecimento da impugnação quanto à parte do crédito tributário objeto da ação judicial, sobrestando o julgamento da multa de ofício até decisão terminativa no processo judicial.

Às fls. 241, consta informação prestada pela autoridade preparadora, certificando que o juízo de primeira instância julgou improcedente a ação cautelar, no que foi interposta apelação. Além disso, relata não haver qualquer garantia para justificar a manutenção da suspensão de exigibilidade do crédito tributário em tela.

À vista da Impugnação, a autoridade administrativa de primeira instância julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado, em *decisium* constante dos autos às fls. 255/261, nos termos a seguir relatados, em suma:

Inicialmente, aduz que se deva acolher entendimento do Conselho de Contribuintes para (entendendo que a "Decisão" de fls. 99/101 não significou o



esgotamento da competência inserta no artigo 15, I, "a", do Decreto nº 70.235/72) apreciar a matéria não posta sob apreciação judicial e, até então, sobrestadas.

Quanto à arguição de nulidade vinculada à aplicação de incorreto índice de atualização monetária e taxa de juros de mora exacerbada, pois baseadas na TRD, considera descabidas as alegações, porque os demonstrativos de apuração (IRPJ: fls. 6/7; CSLL: fls. 11/12), indicam que a atualização monetária da base de cálculo se processou pela variação da UFIR e os juros de mora equivalem a 1% ao mês.

Quanto à existência de medida judicial, ancora-se nos arts. 142 e 151 do CTN, 9º e 10 do Decreto nº 70.235/72 e no Parecer PGFN/CRJN nº 1.064/93, para sustentar a necessidade de lançamento, mesmo em face de suspensão de exigibilidade, como forma de prevenir a decadência, além de considerar que o caso em exame não se enquadra nas situações do art. 151 do CTN, nem se poder aplicar a Lei Complementar nº 104/2001.

No que tange à multa de ofício, alega ser obrigatória sua imposição, ante a ausência de depósito integral e/ou liminar em Mandado de Segurança à data da autuação, devendo, entretanto, o percentual ser reduzido para 75%, por força da legislação superveniente (Lei nº 9.430/96 e ADN/COSIT nº 01/97).

No mérito, cita o Ato Declaratório COSIT nº 03/96, o § 2º, art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/79 e § único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, para concluir que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em desistência da via administrativa.

Outrossim, aponta que a apreciação de matéria constitucional seria competência reservada ao Poder Judiciário, e que nos termos do art. 142 do CTN e do Parecer Normativo Cosit/SRF nº 329/70, fica restrita a autoridade administrativa o cumprimento da legislação tributária.



Por fim, considera incabível a aplicação de multa de 1% por atraso na entrega da DIRPJ/95, por não ser possível a concomitância desta penalidade com a multa de ofício.

Deste modo, rejeita as preliminares de nulidade e deixa de apreciar o mérito por haver discussão judicial.

Quanto às multas, reduz o percentual da multa de ofício de 100% para 75%, e cancela a multa por atraso na entrega da declaração.

Ante a decisão supra relatada, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes (fls. 268/304), para reformar a decisão *a quo* e anular, integralmente, o lançamento de ofício, com fundamentos a seguir relatados, em suma:

Preliminarmente, discute a adoção da Taxa Referencial Diária a título de taxa de juros; a questão da concomitância do processo administrativo com o processo judicial (inexistência de renúncia) e da inaplicabilidade da multa em razão da denúncia espontânea.

Nesta seara, cabe destacar a discussão sobre a inaplicabilidade da multa, em que a Contribuinte cita jurisprudência no sentido de que o exercício de ação declaratória negativa antes de qualquer procedimento administrativo, implicaria em denúncia espontânea capaz de elidir o pagamento de multa (art. 138 do CTN).

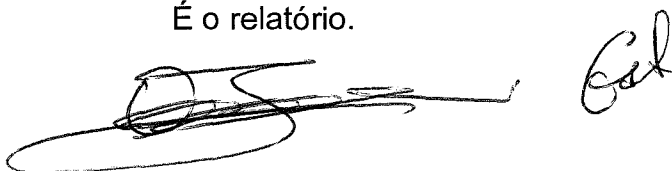
No mérito, repete a argumentação de sua peça impugnatória, no sentido de que o expurgo da correção monetária de 1989 repercutiu negativamente na apuração de seus balanços patrimoniais, e sua desconsideração significa afrontar princípios constitucionais, devendo a autoridade administrativa se posicionar sobre tal matéria.



Assim, afirma que abateu o diferencial de correção monetária em questão das bases de cálculo dos impostos incidentes sobre o lucro e a renda, em especial do Imposto sobre a Renda, com base no IPC.

Ao final, requer que as preliminares sejam acatadas, e no mérito, o conhecimento e o integral provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que seja integralmente reconhecido o direito do Recorrente de proceder à exclusão das parcelas de correção monetária decorrentes da diferença verificada entre o IPC e o BTNF por ocasião da implementação do denominado Plano Verão.

É o relatório.



VOTO VENCIDO

Conselheiro VALMIR SANDRI, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Consoante relatório supra, tem-se que a discussão posta no presente recurso se prende, preliminarmente, da nulidade quanto à aplicação de índice de atualização monetária pela TRD, da concomitância do processo administrativo com o processo judicial e da inaplicabilidade da multa de ofício, e no mérito, o reconhecimento do direito do Recorrente de proceder à exclusão das parcelas de correção monetária decorrentes da diferença verificada entre o IPC e o BTNF, por ocasião da implementação do denominado Plano Verão.

Nesta ordem, as questões acima serão doravante analisadas.

1 – Atualização Monetária pela TRD

A despeito dos argumentos despendidos na decisão recorrida no sentido de que a atualização monetária da base de cálculo dos tributos ora exigidos, se processou levando em conta a variação da UFIR e não a TRD, novamente, em grau de recurso, o Recorrente suscita tal matéria, sem, no entanto, motivar a razão de seu inconformismo, alegando num primeiro momento tratar-se de taxa de juros, para num segundo momento tratar-se de medidor de variação monetária que vise à reposição da desvalorização da moeda.

Entretanto, como bem salientou a autoridade julgadora *a quo*, nos Autos de Infração ora questionados, foi utilizado a UFIR como fator de conversão do crédito tributário apurado, e os juros de mora calculados à razão de 1% (um por cento) por mês calendário ou fração, tudo conforme disposto no art. 54, da Lei n. 8.383/91, não devendo, portanto, prosperar a preliminar suscitada.



Saliente-se ainda, que o STF declarou inconstitucional a TRD tão somente para efeito de atualização monetária, no período compreendido entre 04/02/91 a 29/07/91, sendo perfeitamente legal utilização como juros de mora, a partir de 30.07.91, tendo em vista o disposto no art. 3º., I, da MP n. 208/91, convertida na Lei n. 8.212/91.

2 – Da Concomitância do Processo Administrativo com o Processo Judicial

Conforme se verifica dos autos, O Recorrente buscou tutela preventiva judicial, via Medida Cautelar e Ação Ordinária, visando se creditar das diferenças de indexadores OTN/BTNF, por força do art. 2º. da Lei 7.799/89, as quais foram objeto de lançamento conforme se verifica do Termo de Verificação Fiscal à fl. 14 dos autos.

Por sua vez, alega o Recorrente que não houve renúncia ao direito de defesa na esfera administrativa, porquanto as ações judiciais foram propostas anteriormente ao lançamento.

Entretanto, ao que pese os argumentos despendidos pelo Recorrente, o que se discute administrativamente e no Poder Judiciário é a mesma matéria, ou seja, os efeitos dos expurgos inflacionários ocorridos no denominado “Plano Verão” e reconhecido pelo Contribuinte na base de cálculo das exigências ora questionadas, não se tratando, desta forma de eventuais erros ou defeitos ocorridos quando do lançamento, ou ainda, de questão diversa ventilada na ação judicial, o que evidentemente caberia análise por este E. Conselho, independentemente da ação judicial.

Logo, não sendo esta a situação, não se pode admitir que a autoridade julgadora administrativa possa se manifestar sobre questão que se encontre *sob iudice* no âmbito judicial, sob pena de usurpar competência do Poder Judiciário, que possui caráter privativo para julgar em definitivo os litígios, competência esta atribuída pela Constituição Federal, art. 102.



Com relação à multa de ofício, o Recorrente argui sua inaplicabilidade em razão da denúncia espontânea, tendo em vista que os Autos de Infração foram lavrados após ciência das Medidas Judiciais.

Ocorre que, conforme informações dos autos, por ocasião dos lançamentos, o Recorrente não mais se encontrava favorecido com medida liminar, pois cassada pelo Juízo singular, nem efetuado o depósito judicial da importância questionada, ou seja, não se encontrava em nenhuma das hipóteses previstas no art. 151 do CTN.

Por outro lado, entendo que não se aplica no presente caso a hipótese contida no art. 138 do CTN, porquanto, não se trata aqui de denúncia espontânea da infração, em que o contribuinte reconhece e denuncia a infração cometida, mas sim, de sua insurgência em relação à obrigação tributária que lhe foi imposta, ou seja, reconhece que a exação não é por ele devida e, portanto, não cometeu qualquer infração, pois, se assim não fosse, não teria ingressado com ação judicial.

Entretanto, entendo que para os casos em que o contribuinte interpõe medida judicial, antes do início de qualquer procedimento de ofício, e que não se encontre favorecido com a medida liminar ou não tenha efetuado o depósito da importância questionada, nos termos do art. 151 do CTN, a penalidade exigida deve ser a multa de mora e não a multa de ofício, conforme está sendo exigida no presente autos.

Isto porque, o art. 63 da Lei n. 9.430/96, ao dispor sobre o lançamento das penalidades aplicáveis aos débitos com exigibilidade suspensa, impede que se proceda ao lançamento da multa de ofício na constituição do crédito tributário destinado a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V, do art. 151 do CTN, bastando para tanto, que a suspensão da exigibilidade



tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício, conforme se depreende do § 1º., art. 63 da Lei 9.430/96, *verbis*:

“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 n. 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.”

Para estes casos, existe apenas a previsão da multa de mora, após transcorridos 30 (trinta) dias da data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, caso não pago o tributo no interregno deste tempo, conforme se verifica do disposto no § 2º., art. 63, da Lei 9.430/96, *verbis*:

“§ 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 (trinta) dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.”

Da interpretação dos dispositivos acima, verifica-se que a lei não impõe que a suspensão da exigibilidade esteja em vigor por ocasião do lançamento, mas sim que a exigibilidade tenha sido suspensa anterior ao lançamento, até porque, se assim não fosse, não caberia a multa de mora, tendo em vista que o contribuinte encontrava-se amparado por liminar, como também, não prevê que ela só é aplicada para os casos em que o contribuinte espontaneamente recolhe o tributo discutido na ação judicial, após transcorrido 30 dias da publicação da decisão que considerou devido o tributo, tendo em vista que a norma é silente neste sentido.

Sendo assim, voto no sentido de exonerar a multa de ofício.

O Recorrente se insurge também em relação aos expurgos inflacionários ocorridos no denominado Plano Verão, matéria esta levada ao crivo do



Poder Judiciário, razão porque, declino-me de sua apreciação, mesmo que já reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça à defasagem de correção monetária ocorrida por ocasião do referido plano, de vez que considerado "*inter partes*" os índices "pro rata" de 42,72% e 10,14%, e tendo em vista os argumentos despendidos no item 2 das preliminares suscitadas (Concomitância do Processo Administrativo com o Processo Judicial).

De todo exposto, voto no sentido de DAR provimento PARCIAL ao recurso, para exonerar o Recorrente da multa de ofício, mantendo-se as demais exigências da decisão recorrida.

É como voto.

Brasília (DF), em 15 de abril de 2004


VALMIR SANDRI



VOTO VENCEDOR

Conselheiro MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS

Com a devida vênia do e. Conselheiro Relator, Dr. Valmir Sandri, divirjo do seu entendimento de que, no caso dos autos, a multa de lançamento *ex officio* deva ser afastada, acompanhando-o, contudo, em relação às demais matérias objeto do recurso.

Em diversas oportunidades já me manifestei no sentido de não concordar com aqueles que extraem da aludida norma contida no art. 63, e parágrafos, da Lei nº 9.430/96, a conclusão de que, uma vez deferida a medida liminar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, seus efeitos continuariam a se irradiar até o julgamento final da pendenga judicial, mesmo no período em que cassada.

Válido transcrever a citada norma legal, 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 suspensão na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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 (trinta) dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.”



De plano é de se afastar a interpretação adotada por alguns à expressão, constante do *caput* do referido art. 63, “cuja exigibilidade houver sido suspensão”, como sendo “cuja exigibilidade **esteve** suspensão”.

Melhor seria se o legislador tivesse optado por “cuja exigibilidade **esteja** suspensão”.

De todo modo, é impertinente, *data venia*, falar-se em exigibilidade que **esteve** suspensão, sob pena de se contrariar o próprio art. 151, IV, do CTN que, prevendo a concessão de medida liminar em mandado de segurança como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupõe, por óbvio, que esse efeito está condicionado à vigência da mencionada medida liminar.

Nesse sentido, o próprio título, sob o qual se encontra localizado o art. 63 na Lei nº 9.430/96, é elucidativo, ao prescrever: “Débitos com Exigibilidade Suspensa”.

Também me parece equivocada, *concessa venia*, a leitura que alguns fazem do parágrafo 2º do citado art. 63, no sentido de que, após transcorridos 30 (trinta) dias da data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo, haveria incidência de multa moratória, antes interrompida, o que afastaria a aplicação de multa de ofício.

Ora, o polêmico artigo da Lei nº 9.430/96 nada mais fez do que normatizar o que **a jurisprudência administrativa já fixara**, suprimindo assim a lacuna legal até então existente.

Do *caput* do referido art. 63 exsurgem duas normas, a saber:
1. é dever do Fisco constituir o crédito tributário, ainda que a sua exigibilidade esteja suspensão por força de medida liminar em mandado de segurança; 2. nesse caso, não cabe a aplicação de penalidade (multa de



ofício), por inexistência de infração a legislação tributária, uma vez que o contribuinte se encontra amparado por decisão judicial, ainda que provisória.

Por sua vez, o parágrafo 1º do mesmo art. 63 apenas esclarece que a concessão de medida liminar em mandado de segurança não tem o condão, por si só, de afastar a multa de ofício aplicada em lançamento efetuado em data em que o sujeito passivo se achava em mora e ao desabrigo de decisão judicial.

Por último, do comentado parágrafo 2º do art. 63, da citada Lei nº 9.430/96, extraem-se normas **claramente dirigidas ao contribuinte**, alertando-o de que: 1. a concessão de medida liminar em mandado de segurança em data na qual o contribuinte já se encontrava em mora, interrompe a incidência da multa moratória, desde a data de sua concessão até 30 (trinta) dias da data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo; 2. não pago o tributo no referido prazo de 30 (dias), o contribuinte se encontrará de novo em mora, sujeito portanto à multa moratória, sem prejuízo de o Fisco, em lançamento de ofício, aplicar-lhe a penalidade própria.

Observe-se, assim, que a decisão judicial de que trata o mencionado parágrafo 2º do art. 63 não é a decisão judicial final, transitada em julgado, como parece concluir o Senhor Relator, para afastar a multa de ofício.

Ora, a ausência de decisão final do Judiciário acerca da legitimidade da cobrança de certo tributo não é um ato, não é uma extensão dos efeitos da liminar ou da sentença, não é o acautelamento dos interesses do contribuinte.

No caso sob exame, conforme consignado pelo Conselheiro Relator, após o transcurso de 30 (trinta) dias da decisão judicial que cassou a liminar antes concedida, não existia qualquer medida judicial que



suspendesse a exigibilidade do crédito tributário, sendo, portanto, cabível o lançamento da multa *ex officio*, mormente porque não consta que o recurso interposto pelo contribuinte tenha sido recebido no duplo efeito.

Nessa conformidade, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

Brasília – DF, 15 de abril de 2004



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS