



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 13808.004740/96-51
Recurso nº 160437 Voluntário
Matéria IRPJ
Acórdão nº 103-23.581
Sessão de 18 de setembro de 2008
Recorrente CIBIÊ DO BRASIL LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 1996

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não há de se vislumbrar a tese de cerceamento de defesa, tampouco o impedimento ao exercício da ampla defesa e do contraditório, posto que toda a matéria possível à cerca da questão posta em julgamento foi esboçada na peça de impugnação e também no recurso voluntário. Não havendo assim, qualquer prejuízo ao contribuinte.

Ementa: DIREITO DE CONSTITUIR POR LANÇAMENTO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Tem a Fazenda Pública o direito de, no período protegido pela decisão judicial, lavrar o ato de lançamento tributário, formalizando o crédito tributário. Suspender os efeitos do ato de lançamento não é o mesmo que o direito de constituir, por lançamento, o respectivo direito do crédito.

Ementa: CONCOMITÂNCIA DAS AÇÕES.

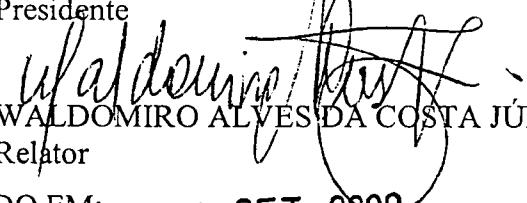
Ante a existência de ação judicial, e consoante a ausência de Certidão de Pé que ateste o trânsito em julgado da decisão favorável ao contribuinte, não há de conhecer do recurso quanto ao mérito submetido ao Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interpostos por CIBIÊ DO BRASIL LTDA.

ACORDAM os MEMBROS DA TERCEIRA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. J. S.", is placed over the bottom right corner of the document. A small, thin diagonal line extends from the left side of the signature towards the text above it.


LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente


WALDOMIRO ALVES DA COSTA JÚNIOR
Relator

FORMALIZADO EM; 03 SET 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Antonio Bezerra Neto, Carlos Pelá, Ester Marques Lins de Sousa (Suplente Convocada) e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Adoto e transcrevo o relatório de primeira instância, a seguir exposto.

CIBIÉ DO BRASIL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, impugnou o lançamento formalizado por meio do auto de infração relativo ao IRPJ às fls. 73 a 77, referente ao ano-calendário de 1995, exercício de 1996.

2. Registra o Termo de Verificação Fiscal à fl. 72:

Nas funções de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional e no comprimento da FM de nº 96.00736-1 venho constatar no decorrer da ação fiscal no contribuinte acima identificado a seguinte irregularidade:

DOS FATOS:

Em 22/05/95 esse contribuinte vem solicitar “Pedido de Antecipação de Tutela” para o fim de utilizar o IPC em lugar da OTN na correção monetária de seu balanço patrimonial em jan/89 (plano verão) no propósito de compensar esse diferencial no período base de 1995.

No respectivo processo de nº 95.35651-1 (ação ordinária) da 2º Vara Federal o Ilmo sr. Juiz Federal antecipa a tutela requerida e em set/95 concede a seguinte liminar “Para efeito de que a impetrante não se submeta ao limite de 30% estabelecido pelos arts. 42/58 da MP nº 812/94”.

Com referência aos lançamentos contábeis, esse contribuinte utiliza o valor de 18.618.127,80 UFIRs, como valor de expurgo inflacionário de jan/89 (51,82%) das contas do Ativo Permanente, Patrimônio Líquido e dos débitos/créditos registrados na parte “B” do Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) em 31/05/95.

DO DIREITO

Com efeito, não existe nenhum depósito judicial da quantia em lide e nenhum lançamento do valor em questão foi declarado “sub-judice” pelo contribuinte.

Em sendo, uma ação ordinária de que trata o processo de nº 95.35651-1 da 2ª Vara Federal haveria que ter o “depósito do montante integral” conforme prescreve o art. 151, II, do Código Tributário Nacional (CTN), somente o depósito em dinheiro tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

À vista do exposto, efetuamos o lançamento ex-ofício da glosa de exclusão indevida do Lucro Real da parcela relativa ao “Plano Verão”, no valor total de R\$15.901.780,53 no ano base de 1995, exercício de 1996, apurando-se um valor tributável decorrente de R\$646.956,70, objeto de Auto de Infração.



3. A contribuinte impugnou o lançamento em 26 de dezembro de 1996, fls. 79 a 89, argüindo:

IMPUGNAÇÃO COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE TERMO DE VERIFICAÇÃO E AUTO DE INFRAÇÃO

Lavrados e recebidos em data de 29.11.96, pelas relevantes razões a seguir aduzidas.

1. Aponte-se, primeiramente os diversos ERROS cometidos pelo Sr. Agente Fiscal que lavrou os documentos ora impugnados, que, se não IMPOSSIBILITAM, pelo menos DIFICULTAM MUITO a elaboração de defesa administrativa, o que fere, por si só, os Princípios da Moralidade, da Razoabilidade e da Motivação Administrativas.

O Termo de Verificação contém a numeração que segue: "FM número 96.00736-1", enquanto o Auto de Infração refere-se a: "Número da FM: 01860". Não é possível depreender-se se o Termo de Verificação corresponde ou não ao Auto de Infração lavrado pelo Sr. Agente Fiscal.

Não se alegue que pela descrição dos fatos é possível depreender-se do que se trata a Autuação imposta, posto que trata de duas matérias totalmente diversas, confundindo-as, sendo, cada uma delas, objeto de ação judicial diversa, em trâmite perante Varas diversas da Justiça Federal. O único ponto em comum, entre as duas ações confundidas pelo Sr. Agente Fiscal, é que são movidas pela mesma empresa, Cibié do Brasil Ltda. Vejamos:

I – PLANO VERÃO

Uma problemática é a que se apresenta sob o "apelido" de PLANO VERÃO: pleiteia a empresa, perante a 2ª Vara da Justiça Federal em São Paulo (Processo nº 95.35651-1), decisão judicial que a autorize a corrigir sua contabilidade de 1989 com base no IPC e não na expurgada OTN, MATÉRIA ESSA JÁ DECIDIDA PELO E. CONSELHO DE CONTRIBUINTES, última instância julgadora de processos administrativos.

Admitindo-se seja essa a matéria na qual pretendeu o Sr. Agente Fiscal autuar a empresa, temos que já existe DECISÃO DA MÁXIMA CORTE ADMINISTRATIVA a respeito, reconhecendo o direito do contribuinte de corrigir seu balanço de 1989 com base no IPC, motivo pelo qual jamais deveria ter sido lavrado o auto ora impugnado.

A requerente pede "venia" para transcrever, em parte, a primeira decisão acerca da matéria proferida pela Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, em sessão realizada em data de 22 de março de 1994:

"Processo nº 11065.000846/91-11, Recurso nº 104.076, Acórdão nº 108-00.963.

(...).

A imposição decorreu da adoção, pela recorrente, do valor de NCz\$ 10,51 para a OTN de janeiro de 1989, quando a fiscalização entende ser aplicável o valor de NCz\$ 6,92, na forma do artigo 30 da Lei nº 7.799/89.

(...)

Apesar de ter o assunto notoriedade com o advento da Lei nº 8.200/91, sua origem se localiza a partir da Lei nº 7.730/89, que abrigou o chamado Plano Verão, quando estabeleceu o valor da OTN, referida à sua publicação, em NCz\$ 6,92.

A despeito da capitulação legal, ter sido montada sobre a Lei 7.799/89, posterior ao evento visado, farei a análise do assunto à luz da legislação de regência, vigente à época, já que o fato esta perfeitamente caracterizado e em nenhum momento tolheu a Recorrente de sua ampla defesa, centrada que foi em argumentos adequados à legislação própria de regência.

Busco no Decreto-lei nº 2.341/87 o disciplinamento da sistemática de correção monetária de balanço vigente em janeiro de 1989, à época da publicação da Lei nº 7.730/89, de 31 de janeiro de 1989 (DOU de 01.02.89), e lá encontro a sistemática apoiada na ORTN, mais tarde OTN, cuja atualização a partir da Instrução Normativa nº 133, de 30.9.87, passou a ser efetuada pelo Sr. Secretário da Receita Federal, na forma do artigo 19, do Decreto-lei nº 2.336, de 12 de junho de 1987, com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor – IPC. A base da variação da OTN era, portanto, o IPC.

O mês de fevereiro de 1989 foi palco da publicação da Lei nº 7.730/89, assinada que foi no dia 31 de janeiro, com extinção da OTN e fixação do valor referencial (art.15) de NCz\$ 6,92, atualizável a partir de fevereiro de 1989. Partindo da OTN de dezembro de 1988, de Cz\$ 4.170,10, ajustada pelo IPC de dezembro de 1988, de 28,79%, temos para janeiro uma OTN de Cz\$ 6.170,19, ou NCc\$6,17, que cumulada com o IPC de 70,28%, de janeiro, nos coloca o seu valor atualizado em NCz\$ 10,51 e não NCz\$ 6,92 contidos no artigo 30 da Lei nº 7.799/89.

A despeito da regra legal de adoção do IPC como indexador da sistemática de correção monetária de balanço, a Lei nº 7.730/89 veio aplicar apenas parte do mesmo, efetuando indisfarçável modificação no reconhecimento dos efeitos inflacionários do balanço, bem como causando insuficiente avaliação dos resultados, via indireta aumentando o imposto de renda do exercício, por mudança legislativa ocorrida em seu curso, anteriormente à conclusão do fato gerador.

Tal procedimento, além de afrontar a melhor doutrina, ver artigo de João Dácio Rolim, in Repertório da Jurisprudência IOB, maio de 1992, de Márcio Manjon (Correção Monetária de Balanço BTNF versus IPC), in mesma publicação, fevereiro de 1992, de Misabel Abreu Machado Derzi, in Revista de Direito Tributário, edição nº 59 e Parecer do Eminente Tributarista Alberto Xavier, afronta a garantia constitucional contida no artigo 150, III, letra "a" que determina claramente somente ser aplicável mudança de legislação que aumente

10

tributo a fatos geradores já ocorridos e tem recebido acolhida dos tribunais.

A lei de fevereiro não podia apanhar aumento de tributo incidente sobre fatos geradores ocorridos em janeiro, mês da manipulação do índice de correção monetária de balanço.

(...)

A estipulação do artigo 30 da Lei nº 7.730/89, acima transcrito, resultou em reconhecer para o mês de janeiro de 1989 uma inflação de 12,15%, quando, na verdade, a inflação do período foi de 70,28%, conforme a variação do IPC. Há, portanto, uma verdadeira incoerência entre o caput do artigo, que determina que a pessoa jurídica deverá reconhecer a desvalorização da moeda em suas demonstrações financeiras e o § 1º que manipula o índice de inflação do período mencionado. (...)"

Foi relator da decisão supra o Conselheiro José Carlos Passuello, que assim justificou seu voto:

"(...)

Diversas decisões judiciais declararam a ilegalidade do art. 30 da Lei nº 7.799/89.

(...)

Em face do acima exposto, concluo que as demonstrações financeiras relativas ao período-base encerrado em 31.12.90 devem ser corrigidas em relação ao mês de janeiro daquele ano, aplicando-se o IPC ao percentual de 70,28%.

Este direito decorre do fato de que a subavaliação da inflação tem por consequência limitar, para as empresas que têm patrimônio líquido superior ao ativo permanente, a plena dedutibilidade da despesa de correção monetária. Assim, as demonstrações financeiras elaboradas com base em índices atrofiados vão revelar a existência de um lucro artificial, que não existiria caso a inflação pudesse ser deduzida na sua plenitude. A eventual incidência do imposto de renda sobre tal lucro fictício, sob a aparéncia de uma tributação de renda, estaria atingindo na realidade o capital ou o patrimônio, o que afrontaria o art. 43 do CTN, que apenas permite a tributação de acréscimos patrimoniais reais, pelo que uma tributação de lucro fictício violaria este dispositivo de valor hierárquico superior ao das leis ordinárias.

A adoção, pela recorrente, do valor de NCz\$ 10,51 me parece compatível com a legislação vigente à época de sua utilização, descabendo, portanto, exigência que penalize tal procedimento."

Este Acórdão e voto tomaram-se modelares, seguindo-se sucessivamente o Ac. nº 108.01.123 de 18/05/94, relatado pela Conselheira Sandra Maria Dias Nunes, assim ementado:

"Correção Monetária do Balanço. O índice legalmente admitido incorpora a variação do IPC, que serviu para alimentar os índices

oficiais, sendo aplicável a todas as contas sujeitas à sistemática de tal correção, inclusive no cálculo das depreciações. Recurso a que se dá provimento .”

O auto lavrado fere ao Princípio Administrativo da Hierarquia, segundo o qual as Instâncias Administrativas inferiores devem acatar as decisões das Instâncias Administrativas superiores. A inobservância desse Princípio, no caso concreto, está a acarretar o inadmissível desperdício de verba pública, na medida em que o aparato administrativo está sendo acionado para decidir-se matéria já decidida e superada pelo E. Conselho de Contribuintes (vide decisões em anexo).

Como se já não bastasse, a decisão judicial que concedeu a antecipação de tutela na Ação de nº 95.35651-1 data de MAIO DE 1995, e não de setembro de 1995, como alega, com erro, o Sr. Agente Fiscal e tem TEOR TOTALMENTE DIVERSO DAQUELE TRANSCRITO!!

A cópia da decisão acerca do “Plano Verão” está anexada à presente peça (doc.02.)

II – A COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS SEM OBSERVÂNCIA DO LIMITE DE 30% IMPOSTO PELA MP 812/94.

O Sr. Agente fiscal cita, no Termo de Verificação, decisão judicial favorável que teria sido obtida pelo contribuinte no Processo de nº 95.35651-1, mas que, na verdade, trata da COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS sem observância do limite de 30% imposto pela Medida Provisória nº 812/94, posteriormente convertida na Lei de nº 8.981/95.

A decisão citada pelo Sr. Agente Fiscal foi proferida nos autos de MANDADO DE SEGURANÇA, Processo nº 95.0049045-5, em trâmite perante a 21ª Vara Federal de São Paulo, e não na de nº 95.35651-1, como afirma, equivocadamente, o Sr. Agente Fiscal.

Prova disso é a anexa cópia da decisão proferida pela 21ª Vara, cujo teor coincide com aquele transcrito pelo Sr. Agente Fiscal no Termo de Verificação (doc. 03).

Tratando-se desta matéria aquela que o Sr. Fiscal tencionou autuar, também temos que a autuação é totalmente descabida posto que, nessa ação, a empresa já conta com DECISÃO DE MERITO, AUTORIZANDO A DEDUÇÃO PLENA DOS PREJUÍZOS FISCAIS APURADOS ATÉ 31.12.91 (sentença – doc 04).

Pelo exposto acima, tenha pretendido o Sr. Agente Fiscal autuar a empresa com base no “Plano Verão”, tenha o Sr. Fiscal pretendido autuar a empresa com base na compensação plena dos prejuízos fiscais, temos que, para AMBOS OS CASOS IMPROCEDE A AUTUAÇÃO, seja pela decisão do E. Conselho de Contribuintes, no primeiro caso, seja pela decisão judicial de mérito favorável ao contribuinte, no segundo caso.

III- DA INEXIGIBILIDADE DE DEPÓSITO JUDICIAL

WV 7

Alega o Sr.Fiscal a necessidade de depósito judicial das quantias discutidas como condição para que se opere a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.Tal também não é verdadeiro!

A liminar concedida NOS AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA, no caso da compensação plena de prejuízos fiscais apurados em 1994, JÁ POSSUI, pelo artigo 151, IV, do CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, independentemente de depósito judicial.

No caso do Plano Verão, apesar de tratar-se de Ação Ordinária, foi concedida a ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO, que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário sem condicioná-la a depósito judicial. Não poderia esta hipótese estar expressamente prevista pelo CTN, visto que este é de 1996 e a Lei nº 8.952, que altera o Código de Processo Civil inovando e criando a tutela antecipada, é de 13.12.1994. A Lei nº 8.952/94 é específica e, portanto, aplicável, antes mesmo do CTN, que é lei genérica a reger a matéria.

IV.- DA LAVRATURA DO AUTO CONTRARIAMENTE A EXPRESSA DISPOSIÇÃO NORMATIVA

Por último, mas não menos importante, é o fato de consignar o Decreto nº 70.235/72 (que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal):

Art. 62- Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se à matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.

A lavratura do auto de infração combatido fere a própria regulamentação do Processo Administrativo Fiscal, pois desatende aos termos do artigo supra transcrito. Vejamos:

Por força do artigo 37, "caput", da Constituição Federal, que consigna o Princípio da Legalidade a que está restrita a Administração Pública, NÃO PODE A FISCAL AGIR DIVERSAMENTE DO QUE PREVÊ A LEGISLAÇÃO acerca da matéria.

Aliás, não só não existe previsão legal que permita a lavratura do auto combatido, mas EXISTE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA PROIBINDO A SUA LAVRATURA.

O artigo 62, supra transcrito, ordena que NÃO SERÁ INSTAURADO PROCEDIMENTO FISCAL DURANTE A VIGÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL QUE SUSPENDE A COBRANÇA DE TRIBUTO. Apenas se o auto JÁ TIVESSE SIDO LAVRADO ANTES da medida judicial que determinou a suspensão da exigibilidade é que corre o processo fiscal, exceto os atos executórios.

✓ W 8

Neste caso, porém, a exigibilidade do imposto de que trata o Auto Lavrado pelo Sr. Agente Fiscal já estava suspensa por força de liminar e/ou antecipação de tutela que autorizou a forma com que agiu a empresa, compensando os créditos a que tinha direito, descabendo, portanto, a lavratura do mencionado Auto de Infração.

Lavrado em CONTRARIEDADE a própria legislação Fiscal, o Auto peca pelo vício da nulidade, devendo ser-lo assim declarado pela própria administração fiscal.

V – DO DESCABIMENTO DA MULTA CONSTANTE DO AUTO E DA ILIQUIDEZ DOS VALORES AUTUADOS

Como se não bastasse a improcedência do Auto lavrado, ele deve ser declarado NULO pela Administração Federal, visto ter sido lavrado com incorreção: NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL AUTORIZADORA DA MULTA DE 100% constante do Auto. Vejamos:

O permissivo da cobrança da multa é o artigo 4º, inciso I, da Lei n.º 8.218/91, que dispõe:

“...”

I – de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;”

Ocorre que NÃO HOUVE FALTA DE RECOLHIMENTO (os valores foram objeto de compensação autorizada judicialmente), e NÃO HOUVE FALTA DE DECLARAÇÃO, posto que não poderia declarar valores indevidos pela compensação efetuada.

Desta forma, os permissivos para aplicação da multa de 100% sobre o valor do imposto SÃO INAPLICAVÉIS à hipótese ora tratada.

A aplicação de multa sem previsão legal retira a liquidez e a certeza dos valores constantes do Auto de Infração, que jamais poderão ser utilizados para fins de futura inscrição da Dívida Ativa Federal, mais um motivo pelo qual deve ser desconstituído o Auto de Infração lavrado.

Em suma, temos que:

- a) o Auto foi lavrado com erros, impossibilitando ao contribuinte até mesmo identificar a matéria e os motivos da Autuação Fiscal;
- b) a exigibilidade do tributo está suspensa por força de decisões judiciais, sendo que as matérias tratadas contam com decisões do Conselho de Contribuintes ou Judicial de mérito;
- c) a lavratura do auto é vedada pelo artigo 62 do Decreto nº 70.235/72;
- d) a multa aplicada é indevida.



4. A contribuinte aditou razões à impugnação por meio da petição de fls.130 a 132, argüindo cerceamento do direito de defesa e nulidade do procedimento.

É o relatório.

/

W

Voto

Conselheiro WALDOMIRO ALVES DA COSTA JÚNIOR, Relator

O recurso é próprio e tempestivo, dele conheço.

Ao proferir julgamento a DRJ, assim decidiu:

"Nessas razões de juízo, NÃO CONHEÇO da impugnação quanto a matéria submetida ao Poder Judiciário; CONHEÇO quanto a parte não submetida ao Poder Judiciário para rejeitar as preliminares argüidas e excluir o lançamento relativo à multa de ofício no valor de 217.773,98 UFIR (duzentas e dezessete mil, setecentas e setenta e três Unidades Fiscais de Referência e noventa e oito centésimos); e manter o lançamento relativo ao IRPJ na quantia correspondente a 217.773,98 UFIR (duzentas e dezessete mil, setecentas e setenta e três Unidades Fiscais de Referência e noventa e oito centésimos), acrescido dos juros de mora." (grifamos)

A recorrente, após expor suas razão requer: 1. seja declarada a nulidade do Auto de Infração, cancelando-o e reconhecimento da decadência de novo lançamento; 2. a utilização extemporânea do expurgo inflacionário – IPC/89, decorrente do “Plano Verão” no índice de 42,72%, julgando nesse sentido improcedente o auto de infração de origem; 3. nulidade material do auto de infração; 4. a suspensão do processo administrativo até o advento de trânsito em julgado na Ação Ordinária em trâmite perante a 2ª Vara Federal de São Paulo-SP; e 5. que seja afastada a multa de mora.

Ao exposto, passo a decidir.

1. Nulidade Material do Auto de Infração.

O recurso voluntário pugna pela declaração de nulidade do auto de infração, cancelando-o e reconhecendo a decadência do direito de a novo lançamento, nos moldes do art. 150, § 4º, do CTN, haja vista as nulidades materiais ocorridas quando de sua lavratura.

Em voto proferido na instância inferior, a autoridade fiscal reconhece e aponta erros nos termos do auto de infração, contudo, releva a anulabilidade do documento fiscal. Assim, expõe.

"10. Quanto à nulidade pelo cerceamento de defesa, embora tenha constado do Termo de Verificação referência às duas ações judiciais, fato é que a autoridade registrou na descrição dos fatos a matéria objeto do presente processo, abaixo transcrita:

Com referência aos lançamentos contábeis, esse contribuinte utiliza o valor de 18.618.127,80 UFIRs, como valor de expurgo inflacionário de jan/89 (51,82%) das contas do Ativo Permanente, Patrimônio Líquido e dos débitos/créditos registrados na parte "B" do Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) em 31/05/95.

11

(...)

À vista do exposto, efetuamos o lançamento ex-ofício da glosa de exclusão indevida do Lucro Real da parcela relativa ao "Plano Verão", no valor total de R\$15.901.780,53 no ano base de 1995, exercício de 1996, apurando-se um valor tributável decorrente de R\$646.956,70, objeto de Auto de Infração."

A seu turno o contribuinte aduz que:

"Após considerável esforço, a RECORRENTE pôde identificar quais as ações judiciais foram levadas em conta quando da lavratura do auto impugnado.

(...)

Enfim, tamanha era a incerteza da RECORRENTE quanto a qual das discussões judicial estava sendo objeto de autuação que se viu obrigada, em sua impugnação, alegar toda a matéria possível sobre ambas as teses."

Ora, a vista de todo o exposto, não há de se vislumbrar a tese de cerceamento de defesa, tampouco o impedimento ao exercício da ampla defesa e do contraditório, posto que toda a matéria possível a cerca da questão posta em julgamento foi esboçada na peça de impugnação e também no recurso voluntário. Não havendo assim, qualquer prejuízo ao contribuinte, tanto é que sua impugnação foi julgada parcialmente procedente.

Há de se ressaltar que as ações judiciais objeto desta questão são peças de lavra do próprio contribuinte, não muito por seus procuradores, fato este que facilitou sobre-maneira a defesa de seus direitos, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Preliminar rejeitada para afastar a nulidade material.

2. Do Ato de Lançamento do Crédito Tributário e da Decadência.

Há se destacar que o art. 151 do CTN trata de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e não do prazo de prescrição, tampouco de decadência, pois, antes da constituição definitiva do crédito tributário, não é ele ainda passível de ser exigido, e assim, nos termos do art. 174 do CTN, não se pode suspender um prazo que ainda não se iniciou.

CTN. "Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (...)."

CTN. "Art. 174. A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva."

A Jurisprudência de nossos tribunais superiores, em especial a do STJ, após julgados divergentes, pacificou o seguinte entendimento:

/

W

"(...) 3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial.", [Resp 119986/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T, Data do Julgamento 15/02/2001, DJ 09.04.2001 p. 337]

"3. A liminar concedida em mandado de segurança (art. 151, IV, CTN, bem assim as demais hipóteses do mesmo art. 151, não impedem que a Fazenda constitua o seu crédito e aguarde para efetuar a cobrança." [REsp 575991 / SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T, Data do Julgamento 14/06/2005, DJ 22.08.2005 p. 197]

Assim, tem-se que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito. Contudo, não impossibilita a Fazenda de proceder a regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.

A doutrina, em sua grande maioria, tem o entendimento de que a concessão de medida liminar, pelo Poder Judiciário, não tem a eficácia de impedir a constituição do crédito tributário. Sobre o assunto, transcrevemos os bem colocados ensinamentos de Eurico M. D. De Santi:

"As cláusulas previstas nos incisos do Art. 151 do CTN, que tratam da suspensão da exigibilidade do crédito, visam a inibir o direito de exigir o crédito, mas não necessariamente o direito de exercer o lançamento.

Sendo assim, não se cogita que a suspensão da exigibilidade do crédito possa impedir a prática do lançamento. (...)” [SANTI, Eurico M. Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 182]

Por sua vez, a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 63, que, quando da constituição do crédito tributário, destinada a prevenir a decadência, não caberá lançar a multa de ofício, se a suspensão ocorrer antes do início de qualquer procedimento de ofício.

"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."

Deste modo, ante as hipóteses concessão de medida liminar em mandado de segurança, ou ainda, de medida liminar ou tutela antecipada em ação ordinária, conforme preceitua o CTN, em seu art. 151, incisos IV e V, torna-se dever da autoridade fazendária efetuar o lançamento tributário, com sua regular notificação, nos termos do que dispõe o art. 142, *caput* e parágrafo único, c/c o art. 145, todos do CTN. Restando, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, em face das medidas judiciais, incabível a aplicação da multa de ofício.

Multa de mora, matéria estranha à lide.

Mantido o lançamento, afastada a multa de ofício.

3. Do Mérito.

Vê-se às fls. 241/245, que o contribuinte nos autos da Ação Declaratória, em sede de Recuso de Apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme julgado de 20 de novembro de 2002, obteve decisão favorável no seguinte sentido:

"Com efeito, resta evidenciado o desrespeito aos mencionados preceitos regentes do ordenamento jurídico pátrio que orienta o sistema jurídico tributário, em especial quanto ao índice de correção monetária relativo ao mês de janeiro de 1989 a ser utilizado nas demonstrações financeiras do referido ano, assim, para os efeitos postulados tem o direito de proceder à correção monetária das demonstrações financeiras relativas ao ano-base de 1989 utilizando o índice de 42,72% (quarenta e dois inteiros e setenta e dois centésimos por cento) para o mês de janeiro de 1989, em substituição ao divulgado pela Auditoria Fiscal."

Ante a existência de ação judicial, e consoante a ausência de Certidão de Pé que ateste o trânsito em julgado da decisão favorável ao contribuinte, há que se reconhecer a concomitância das ações, e não conhecer do mérito *sub judicii*.

Pelo exposto, julgo no sentido de rejeitar as preliminares de cerceamento do direito de defesa afastando a nulidade material. No mérito, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 19 de setembro de 2008

WALDOMIRO ALVES DA COSTA JÚNIOR