



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 16327.001530/99-27
Recurso nº : 125.478
Matéria: : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – EXS: DE 1995 e 1996
Recorrente : BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A - FINASA
Recorrida : DRJ em São Paulo – SP.
Sessão de : 20 de setembro de 2001
Acórdão nº. : 101-93.615

IRPJ–DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO – A busca da tutela do Poder Judiciário não impede a formalização do crédito tributário através do lançamento, objetivando prevenir a decadência.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Incabível sua aplicação sobre a parcela do crédito tributário em relação à qual o sujeito passivo, no momento da lavratura do Auto de Infração se encontrava obrigado por sentença do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA – Somente não caberá a cobrança de juros de mora na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativa a tributos e contribuições de competência da União cuja exigibilidade estiver sido suspensa, se acompanhada de depósito judicial integral.

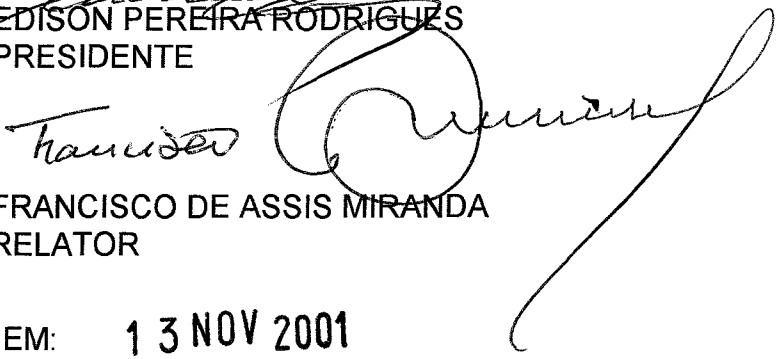
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A – FINASA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, CONHECER do recurso tão somente, quanto a multa e juros, vencido o Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral neste item, e no mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso para cancelar a multa e observar na execução da Lei 9779/99, quanto aos valores pagos ao abrigo da mesma, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº. :16327.001530/99-27
Acórdão nº. :101-93.615

2


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 NOV 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, RAUL PIMENTEL, LINA MARIA VIEIRA e CELSO ALVES FEITOSA.

Recurso nº. : 125.478
Recorrente : BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A - FINASA

RELATÓRIO

BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A – FINASA, qualificado nos autos, foi alvo da ação fiscal a que alude o Auto de Infração de fls. 07/08, no qual é exigido o recolhimento da Contribuição Social s/ o Lucro de 1994 e 1995, pelo fato de haver utilizado nesses anos calendários, como despesa de correção monetária o valor correspondente à aplicação do índice de correção integral de 70,28% (janeiro 1989) sobre as demonstrações financeiras relativas ao ano-base de 1989. O crédito tributário constituído ficou com sua exigibilidade suspensa, em razão da liminar obtida na Medida Cautelar Inominada e enquanto pendente de decisão a ação ordinária declaratória que tramita pela 7ª Vara Federal em São Paulo.

O feito fiscal foi impugnado em 29.07.99, tendo o julgador monocrático deixado de tomar conhecimento da Impugnação no tocante à contribuição, em razão de a matéria já ter sido levada à apreciação do Poder Judiciário. Em relação à multa de ofício, julgou procedente a exigência, determinado ao órgão de origem proceder na forma do disposto na letra “d” do ADCOSIT nr. 03.1996:

A “ementa” da decisão está assim redigida:

“Assunto – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSSL.
Ano-calendário: 1994 e 1995.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL:

Medida Cautelar com concessão de liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário alusivo ao tributo/contribuição. Não se toma conhecimento da impugnação no tocante a matéria que já é objeto de ação judicial.



MULTA DE OFÍCIO – É cabível a imposição de multa de ofício na constituição destinada a prevenir a decadência de crédito tributário cuja exigibilidade não tenha sido suspensa pela concessão de liminar em Mandado de Segurança.

ILEGALIDADE – Não se configura a hipótese de ilegalidade do tributo e respectiva multa, que tenham sido constituídos com base na legislação de regência.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

No apelo dirigido a este Colegiado objetivando a reforma da aludida decisão, informa a Apelante que o crédito exigido neste feito encontra-se com a exigibilidade suspensa por medida liminar concedida nos autos de Ação Cautelar distribuída em 15.12.94, a qual determina que a União Federal abstenha-se da prática de qualquer ato que vise impor penalidades ao Recorrente por deduzir de seu lucro, no exercício de 1994 e nos demais o saldo de correção monetária verificado com aplicação do índice integral de 70,28%, sendo que em 14.11.00, foi publicada a sentença confirmando a liminar e julgando procedente o pedido formulado na inicial, encontrando-se contudo a aludida sentença com sua eficácia suspensa, em decorrência de Embargos de Declaração interpostos em 20.11.2000.

Informa ainda a interessada que em dependência à Cautelar, foi distribuída Ação Ordinária na qual foi proferida sentença julgando procedente o pedido formulado na inicial.

Ressalta que inobstante isso, entendeu por bem efetuar o recolhimento da diferença referente ao mês de janeiro/89, conforme comprova pelos Darf's anexados, pelo fato de o Plenário do Superior Tribunal de Justiça já Ter reconhecido um índice inflacionário em janeiro/89, na ordem 42,72% e não 70,28%. Aduz que com relação ao mês de fevereiro, apesar de o STJ ter também se manifestado que o índice seria de 10,14%, não utilizou essa diferença (de 3,6% para 10,4%) para deduzir de seus lucros nos mencionados exercícios.



Assevera que o recolhimento da diferença foi feito para aproveitar os benefícios do art. 17 da Lei nr. 9.779/99, acrescido do art. 10 da MP nr. 1.807/99 e da IN SRF nr. 26/99.

Mostra-se inconformada com o fato de ter sido feito lançamento por meio de auto de infração, o que somente se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte. Não havendo tais infrações, tem o Fisco outro instrumento jurídico para garantir a constituição do crédito, qual seja o da notificação do lançamento, prevista no art. 9º e 11 do Decreto nr. 70.235/72 (na redação da Lei nr. 8.748/93).

Esclarece que em momento algum alegou não ser possível a constituição do crédito tributário em razão da existência de medida judicial a ele favorável, mas sim insurgindo-se contra a forma (auto de infração) utilizada pelo fisco, razão porque não há que se admitir o entendimento manifestado pelo julgador singular” (...) a medida judicial não pode impedir a constituição do crédito tributário pelo lançamento.”

Nesse sentido cita jurisprudência do judiciário.

A seguir, relativamente a concomitância entre o processo administrativo e judicial, defende a inaplicabilidade da Lei 6.830 e sua revogação pela Lei nr. 9.748/99, sustentando que não se pode considerar o entendimento proferido pelo julgador de 1º grau ao fundamentar sua decisão, no que se refere as afirmações feitas sobre a Lei nr. 6.830/80, quanto a presunção de renúncia à esfera administrativa pelo Recorrente, por isso que:

“Fica evidenciado através deste Recurso Voluntário que, além do objeto discutido na esfera judicial, ou seja, a aplicação sobre o balanço de 1990 (ano-base 1989) da inflação ocorrida no mês de janeiro, correspondente a 70,28%, agora analisado de forma concreta, diatne



da autuação procedida, outros argumentos se apresentam, quais sejam: **a inadequação do meio utilizado; a revogação do disposto no parágrafo único, do artigo 38, da Lei nr. 6.830/80, pelo artigo 51 da Lei nr. 9.784/99; a ilegalidade da multa e dos juros de mora exigidos, notadamente pela taxa SELIC; e o *quantum* passível de lançamento, diante dos recolhimentos efetuados antes da autuação, em 26.02.99, da diferença entre 70,28% e 42,72%.**

No processo judicial discute-se quanto ao direito de aplicar integralmente a inflação ocorrida em janeiro de 1989 pelo índice 70,28, ou seja, **discute-se o direito em si mesmo**, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas que estabelecem índices diferentes da real inflação verificada. Em nenhum momento examinou-se o *quantum* objeto da autuação.

Já, no processo administrativo, examina-se a hipótese, **em concreto**, desencadeada pela autuação fiscal, e os seus respectivos montantes, face à desconsideração dos recolhimentos efetuados, quer pelo Agente Autuante que pela Autoridade Julgadora.”

Assevera que não está trazendo à apreciação deste Conselho o mesmo enfoque dado ao objeto do processo judicial. Embora os argumentos sejam os mesmos, o enfrentamento jurídico alcança objeto distintos.

Diz ser imperativo considerar o disposto no art. 51 da Lei nr. 9.784/99, a que determina que qualquer renúncia à esfera administrativa não mais pode ser presumida, devendo ser requerida mediante manifestação escrita do contribuinte, assegurando estar revogada a norma do art. 38 da Lei nr. 6.830/80, não mais sendo possível presumir a renúncia à via administrativa. Assim, não se pode admitir, uma vez mais, o entendimento do julgador singular no sentido de que a lei que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida Ativa da Fazenda Pública (nr. 6.830/80) seria aplicável ao caso, e importaria em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto, quando não inscrito o débito em dívida ativa. A lei nr. 6.830/80 somente é aplicável após a inscrição em dívida ativa e no curso da execução judicial, o que não é a hipótese dos autos.



Quanto ao mérito, no tocante ao pagamento efetuado, sustenta que o entendimento do julgador monocrático não pode prosperar, pois o mesmo equivocou-se ao entender que o Recorrente não poderia ter se utilizado do benefício disposto na Lei nr. 9.779/99, por já estar em curso do procedimento fiscalizatório, por isso que, ao efetuar os recolhimentos não se utilizou do benefício da denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN, que impede o pagamento do tributo com a exclusão dos juros e da multa após ter sido iniciado o procedimento fiscalizatório.

A seguir desenvolve o tópico “Dos efeitos do Denominado Plano Verão”.

Relativamente a multa, entende ser a exigência indevida, eis que o crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa em decorrência de liminar concedida nos autos da ação cautelar e posteriormente confirmada pela sentença proferida na ação ordinária. Ademais o contribuinte não pode ser punido por socorrer-se do poder judiciário, sob pena de nada valer a garantia constitucional prevista no art. 5º, incisos XXXIV e XXXV sendo que o mesmo raciocínio aplica-se aos juros moratórios.

Quanto a utilização da Taxa Selic como juros de mora, aponta a ilegalidade e inconstitucionalidade, eis que a criação dessa taxa visa a remuneração do investidor, de uma forma competitiva, e não para ser aplicada como sanção, por atraso no cumprimento de uma obrigação.

Conclui postulando a reforma da decisão de 1º grau.

É o Relatório.



VOTO

Conselheiro FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, Relator.

O recurso é tempestivo. Dele conheço.

Assevera o interessado em suas razões, que o lançamento não poderia ter sido feito por meio de auto de infração, o que somente se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidade à infração cometida pelo contribuinte. Não havendo infração, tem o fisco outro instrumento jurídico para garantir a constituição do crédito, qual seja, o da notificação do lançamento, prevista nos arts. 9º e 11º do Decreto 70.235/72, na redação da Lei nr. 8.748/93.

O inconformismo é com a forma utilizada no lançamento.

A falta de reconhecimento da distinção apontada pela Recorrente, por si só, não autoriza a nulidade do ato do lançamento, por isso que, na redação do art. 9º do Processo Administrativo Tributário baixado com o Decreto nr. 70.235/72, a exigência do crédito tributário será formalizada em auto de infração ou notificação de lançamento, distinto para cada tributo. Ambos são instrumentos de formalização do crédito tributário.

O procedimento fiscal objetivou prevenir a decadência do direito de lançar face a existência de liminar anteriormente concedida em Medida Cautelar Inominada. Por tal razão o crédito tributário ficou com sua exigibilidade suspensa.

O julgador monocrático deixou de tomar conhecimento da impugnação em virtude de a matéria de mérito já ter sido levada à apreciação do judiciário.



Quanto a esse aspecto estou em que a decisão recorrida guardou consonância com o disposto no art. 38, parágrafo único da Lei nr. 6.830/80, por onde se vê que não importa a modalidade da ação judicial, não havendo distinção entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo.

Daí a razão de ser expedido o ADN nr. 3/96, esclarecendo que:

“a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, 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”.

É inconteste que a matéria discutida em juízo guarda identidade com aquele objeto do lançamento fiscal contestado pela Recorrente, tendo assim aplicação o disposto no art. 38, parágrafo único da Lei nr. 6.830/80, c/c o art. 1º, § 2º do Decreto-lei nr. 1.737/99.

E havendo identidade é defeso a este Colegiado manifestar-se sobre o mérito da matéria submetida à apreciação do Judiciário, não importando se o contribuinte ingressou em Juízo antes ou depois do lançamento.

Dispõe o art. 63 da Lei nr. 9.430/96, que não será lançada a multa do lançamento “ex-officio”, na constituição destinada a prevenir a decadência do crédito tributário cuja exigibilidade estiver sido suspensa pela concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança.

Contudo na constituição desse crédito a autoridade fiscal aplicou a multa do lançamento “ex-officio”, ao fundamento de que a liminar foi concedida em Medida Cautelar Inominada, e não em Mandado de Segurança, sendo que pela mesma razão a decisão recorrida manteve a imposição.



Como a imposição da multa de lançamento “ex-officio” e juros de mora somente surgiu com o lançamento exarado, não tratando de matéria submetida à tutela judicial, entendo que o Colegiado deve conhecer do recurso nesse particular e julgar a matéria.

Relativamente a multa, existe precedente no Judiciário no sentido de que:

“Para os efeitos suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a Medida prevista no art. 151-IV do CTN, também pode ser deferida em Ação Cautelar, se a questão decidida na ação principal foi exclusivamente de direito” – STJ-Recurso Especial nr. 99.467-DF (96.40792) – Rel. Ministro Ari Pargendler.

Nessas condições entendo incabível a aplicação da referida multa sobre parcela do crédito em relação à qual, o sujeito passivo, no momento da lavratura do Auto de Infração se encontrava protegido por Liminar concedida em Medida Cautelar.

No concernente aos juros de mora, a sua cobrança somente se torna indevida, se no momento da constituição do crédito tributário através do lançamento, a sua exigibilidade estiver sido suspensa, se acompanhada de depósito judicial integral, depósito este cuja efetivação não restou comprovada nos autos.

A Recorrente efetuou o recolhimento da diferença referente a dedução feita a maior, do seu lucro do ano base de 1994 e seguintes, do saldo devedor da correção monetária do balanço decorrente da aplicação de índices integrais de correção monetária no ano-base de 1989 (janeiro/89 – 70,28%), ao invés do índice expurgado à época 42,72%, oficialmente admitido pelo Governo, conforme comprova com as guias Darf's anexadas, o que foi feito para aproveitar os benefícios do art. 17



da Lei nr. 9.779/99, acrescido do art. 10 da MP 1.807/99, explicitado na IN-SRF nr. 26/99.

A quantia recolhida foi de R\$ 2.118.231,65.

O julgador singular não acatou a pretensão do ora Recorrente, correspondente ao pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela ação declaratória, ao fundamento de que ele não poderia Ter se utilizado do benefício da Lei 9.779/99, por já estar em curso o procedimento fiscalizatório, verifica-se que a autoridade monocrática enquadrou a pretensão do Recorrente nas regras do art. 138 do CTN, o que não é o caso, eis que não se trata de denúncia espontânea, deixando de concedê-la sob o fundamento de que já estava em curso o procedimento fiscalizatório.

Na realidade não existe na referida lei concessória do benefício qualquer dispositivo que condicione a concessão, à inexistência de procedimento fiscalizatório contra o contribuinte, como se vê do art. 17, assim redigido:

“Art. 17. Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declara constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal.”

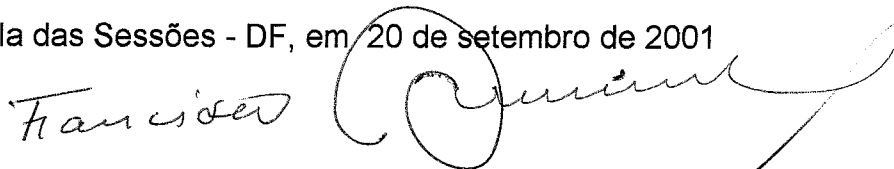
Nessas condições o recolhimento do valor de R\$ 2.118.231,65 necessariamente deverá ser levado em conta pela autoridade fiscal, por atendidos os



requisitos previstos na Lei nr. 9.779/99 (art. 17) e Medida Provisória nr. 1.807/99 (artigo 10).

Na esteira dessas considerações, voto pelo conhecimento do recurso apenas no tocante a imposição da multa de lançamento “ex-offício” e juros de mora, dando-lhe provimento somente para excluir a multa, determinando que seja levado em consideração, na cobrança do crédito tributário, o recolhimento do valor de R\$ 2.118.231,65, feito com os benefícios do art. 17 da Lei nr. 9.779/99 c/c o art. 10 da MP 1.807/99.

Sala das Sessões - DF, em 20 de setembro de 2001

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francisco de Assis Miranda', with a large, stylized flourish extending from the end of the signature.

FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA