



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº. : 13009.000745/95-20
Recurso nº. : 135.347
Matéria : IRPJ e OUTRO – Ex.: 1993
Recorrente : THYSSEN FUNDIÇÕES LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE
Sessão de : 16 de junho de 2004
Acórdão nº : 108-07.844

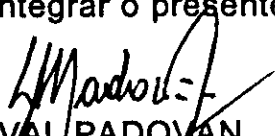
IRPJ – VARIAÇÃO MONETÁRIA ATIVA – DEPÓSITO JUDICIAL –
A conta de ativo relativa ao depósito judicial, durante demanda judicial, deve ter o mesmo tratamento contábil e fiscal da de igual montante relativa à provisão do tributo a pagar. Não é correto que se exija tributo sobre a variação monetária ativa do depósito, se o contribuinte não se aproveitou da variação monetária passiva da provisão.

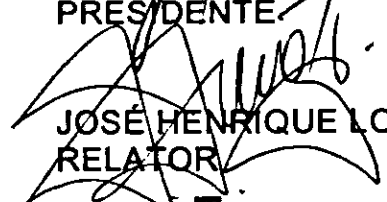
Preliminar rejeitada.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso interposto por THYSSEN FUNDIÇÕES LTDA.,

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de prescrição intercorrente e, no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


JOSÉ HENRIQUE LONGO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 AGO 2004

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, MARGIL MOURÃO GIL NUNES, KAREM JUREIDINI DIAS DE MELLO PEIXOTO e JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA.

Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº. : 108-07-844

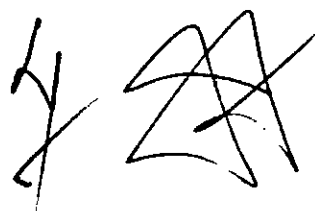
Recurso nº. : 135.347
Recorrente : THYSSEN FUNDIÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigência de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro – CSL, referente ao ano-calendário de 1992, exercício de 1993 (fls. 18/26), cuja matéria remanescente é a seguinte (Termo de Constatação – fls. 37/43): a empresa teria deixado de apropriar as variações monetárias auferidas, como depositante, em depósito judicial efetivado para garantia de instância; tais variações deveriam ser apropriadas ao resultado no ano-base em que foi efetuado o depósito e nos períodos subseqüentes, até o levantamento dos depósitos ou sua conversão em renda da União.

Na impugnação de fls. 117/127 a autuada traz os seguintes argumentos para cancelamento da exigência fiscal:

- 1) os depósitos judiciais foram efetuados para o fim de suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido judicialmente, nos termos do art. 151, II, do CTN;
- 2) considerando que o balanço deve refletir a realidade empresarial sem distorções, é vedado ao contribuinte corrigir o ativo sem a correção do passivo, apresentando lucro inexistente; de qualquer forma, havendo a correção das contas "Realizável a Longo Prazo" e "Exigível a Longo Prazo", o resultado final será o mesmo;



Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº. : 108-07-844

3) o depósito judicial em processo no qual se discute a legalidade da exação tributária não atribui ao contribuinte a disponibilidade do depósito, que é feito à disposição do Juízo; assim, a disponibilidade jurídica e econômica somente será adquirida após o trânsito em julgado da sentença favorável;

4) a regra do art. 254, I, do RIR/80, prevê a inclusão da variação monetária dos direitos do crédito do contribuinte, ficando excluída a exigência de imposto sobre a renda sobre expectativa de direito; e

A DRJ em FORTALEZA/CE julgou parcialmente procedente o lançamento (fls. 427/428), com a seguinte ementa:

"DESPESAS COM COMISSÕES. COMPROVAÇÃO.

Comprovado documentalmente o valor lançado a título de despesas com comissões, em pagamento de serviços prestados, cancela-se o lançamento até o montante correspondente do tributo.

VARIAÇÃO MONETÁRIA ATIVA. DEPÓSITOS JUDICIAIS.

A apropriação das variações monetárias ativas na determinação do Lucro Operacional, auferidas em depósito judicial para garantia de instância, encontra guarida nas disposições constantes do art. 254 do RIR/80.

Inexiste afronta ao disposto no art. 43 do CTN posto que os valores depositados judicialmente permanecem no patrimônio da contribuinte até o encerramento do processo, constituindo, assim, seus rendimentos, fato gerador do imposto de renda.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

Aplica-se à exigência dita reflexa o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à ínfima relação de causa e efeito entre elas.

Lançamento Procedente em Parte."



Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº.: 108-07-844

Inconformada, a autuada apresentou recurso voluntário (fls. 444/456), alegando, preliminarmente, (i) a ocorrência de prescrição intercorrente e, no mérito, (ii) a inoccorrência do fato gerador dos tributos exigidos sobre a variação monetária ativa decorrente dos depósitos judiciais.

Consta às fls. 460/461 o formulário de arrolamento de bens exigido para processamento do recurso.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long vertical stroke extending downwards.

VOTO

Conselheiro JOSÉ HENRIQUE LONGO, Relator

Conheço do recurso, uma vez que estão presentes os pressupostos previstos em lei.

A recorrente alega, preliminarmente, a ocorrência de prescrição intercorrente, em razão do lapso temporal de 07 anos entre a apresentação da impugnação e a decisão de primeira instância administrativa.

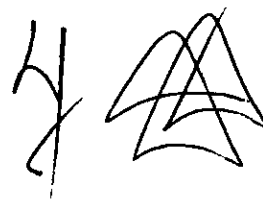
Nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional - CTN, a impugnação em processo administrativo fiscal suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Considerando que o prazo prescricional é contado a partir da constituição definitiva do crédito tributário (art. 174, do CTN), e tal ocorre quando não é mais cabível qualquer recurso administrativo, ou pelo transcurso do prazo, não há que se falar em prescrição.

Assim, entendo que no processo administrativo fiscal não se configura a prescrição intercorrente, razão pela qual não acolho a preliminar argüida pela recorrente.

A jurisprudência desse E. Conselho de Contribuintes está pacificada nesse sentido (Ac. 105-14242, 104-19410 e 103-21289).

Passo a analisar a questão de mérito, consistente na exigência de crédito tributário de IRPJ e reflexo sobre as variações monetárias ativas, decorrentes de depósitos judiciais.

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº. : 108-07-844

Inicialmente, cabe destacar que a fiscalização não comprovou, nem ao menos alegou, que a ora recorrente teria escriturado variação monetária passiva da conta de passivo correspondente à obrigação tributária discutida em juízo.

A recorrente, porém, sustenta desde o início que a falta de atualização do ativo e do passivo geraria o mesmo efeito fiscal que se atualizassem as duas contas.

O balanço patrimonial neste caso deve ser visto sob dois ângulos: ao mesmo tempo que é indexado o ativo representado pelos depósitos judiciais, em contrapartida o passivo representado pela dívida dos tributos também é corrigido monetariamente (Decreto-lei 1.598/77, art. 18).

Uma obrigação tributária indissoluvelmente ligada ao depósito reclama igual tratamento. A sua indexação exige o reconhecimento, por igual direito, da despesa daí decorrente.

Assim, o montante das correções monetárias ativas - os *depósitos judiciais* - e o das passivas - a *dívida representada pela própria obrigação em si* - anulam-se porque têm o mesmo montante.

Não existiria, em tese, qualquer substância tributável que devesse acrescer o lucro líquido e, por conseqüência, o lucro real da recorrente no período.

Esse entendimento, independentemente do tratamento do passivo tributário, já foi firmado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais: "enquanto subordinada a disponibilidade da moeda ao êxito da ação judicial, somente caberá reconhecimento das variações monetárias da conta de depósitos judiciais no lucro operacional, quando implementada esta condição" (Ac. CSRF/01-02.103).



Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº. : 108-07-844

Dissidente desse entendimento, alguns preferem o seguinte raciocínio: se houvesse tratamento distinto para os depósitos judiciais, isto é, se fosse atualizada apenas a obrigação tributária, aí sim o lançamento estaria devidamente colocado.

Porém, isso não foi sequer alegado pelo fiscal autuante.

A decisão *a quo* para manter o lançamento nesta parte fundamenta-se na falta de comprovação do contribuinte de que não teria aproveitado a variação monetária passiva.

“Data vênia”, o ônus da prova era do Fisco. A exigência tributária deve ser realizada mediante a efetiva verificação da ocorrência do fato gerador e cálculo do tributo devido nos moldes legais, sob pena de nulidade, pois o art. 142, do CTN, dispõe que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” (grifou-se).

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



Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº. : 108-07-844

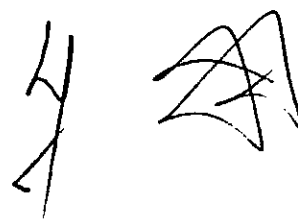
examinar locais, livros e mercadorias, de contrastar toda e qualquer atividade econômica do contribuinte (...) Em contraste com esta liberdade – como visto – é inteiramente vinculada a atividade do lançamento. (Estudos e Pareceres de Direito Tributário, vol. 2, RT, 1978, pág. 331)”

Assim, antes de ser instaurado o processo administrativo, e para que os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa sejam possíveis, faz-se obrigatório que o lançamento seja revestido dos pressupostos que legitimam a pretensão do Fisco. Paulo Bonilha explica com sua argúcia peculiar:

“Bem de ver, neste particular, que a prova da existência dos pressupostos que legitimam a pretensão do Fisco já foi produzida (ou deveria ter sido) ao ensejo do procedimento de lançamento. O ato administrativo pressupõe a comprovação da ocorrência do fato jurígeno tributário. Trata-se, como ensina Francesco Tesauro, da ‘instrução primária’ do processo, pois a instrução probatória, efetuada na fase processual, não se destina a substituí-la mas, em verdade, servir de ponto de referência para a sua confirmação ou rejeição. (Contraditório e Provas no Processo Administrativo Tributário (Ônus, Direito a Perícia, Prova Ilícita, *in* Processo Administrativo Fiscal, Dialética, 1995, pág. 131).”

Sem a comprovação por parte da autoridade administrativa da ocorrência do fato gerador (falta de lançamento da variação monetária ativa, e lançamento da variação monetária passiva), suportada por exemplo em uma presunção (aliás levantada pela DRJ), não há como ser exercido pelo contribuinte o direito à sua ampla defesa.

E a necessidade de convencer o julgador acerca de suas afirmações constitui para a parte o ônus da prova. Cabe ao contribuinte, na verdade, esse encargo para o fim de infirmar a prova já produzida pelo Fisco (instrução primária) na constituição do lançamento. Contudo, o ônus da prova recai ao contribuinte se, e somente se, o Fisco elaborou a prova primária.

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

Processo nº. : 13009.000745/95-20
Acórdão nº. : 108-07-844

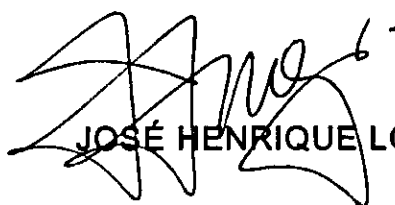
Paulo Bonilha, na obra já citada, adverte que atualmente a doutrina dominante não mais aceita as teorias de que cabe sempre ao autor (contribuinte) o ônus, e que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade. Adverte ainda que "a regra processual do ônus da prova, portanto, decorre do interesse da parte na afirmação do fato e na prova de sua existência" (pág. 132).

Desse modo, o ônus da prova do fato gerador cabe ao Fisco, porque é ele que deve provar a existência da ocorrência, no mundo fenomênico, do aspecto material da hipótese jurídica tributária.

Para arrematar: a Câmara Superior de Recursos Fiscais já fixou entendimento de que cabe ao Fisco demonstrar o desequilíbrio entre as variações monetárias (Ac. CSRF/01-03.790).

Em face do exposto, afasto a preliminar e, no mérito, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 16 de junho de 2004.


JOSÉ HENRIQUE LONGO 