



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

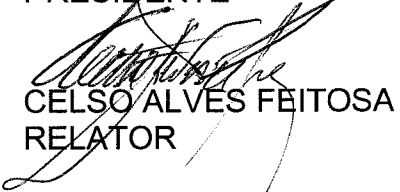
Processo nº. : 13983.000033/95-92
Recurso nº. : 129.877
Matéria: : IRPJ E OUTROS - EX: DE 1991
Recorrente : MAGAVEL MAGARINOS VEÍCULOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis – SC.
Sessão de : 17 de outubro de 2002
Acórdão nº. : 101-93.990

Depósito Judicial – IRPJ – CSSL – IRPF – Ficam sujeitas a multa e juros as faltas constatadas quanto aos depósitos efetivados para discussão judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MAGAVEL MAGARINOS VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 NOV 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, PAULO ROBERTO CORTEZ, CELSON ALVES FEITOSA, RUBENS MALTA DE SOUZA CAMPOS FILHO (Suplente Convocado) e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro RAUL PIMENTEL.

Recurso n.º : 129.877
Recorrente : MAGAVEL MAGARINOS VEÍCULOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foram lavrados os seguintes Autos de Infração, por meio dos quais são exigidas as importâncias citadas:

- IRPJ (fls. 02/05) – 60.481,61 UFIR, mais os correspondentes acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de 247.539,14 UFIR;

- IR Fonte (fls. 08/12) – 12.874,83 UFIR, mais os correspondentes acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de 52.694,11 UFIR;

- Contribuição Social (fls. 15/19) – 17.687,30 UFIR, mais os correspondentes acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de 72.390,59 UFIR.

De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 03/04, as exigências, relativas ao período-base de 1990, exercício de 1991, decorreram da constatação, pela fiscalização, de:

“redução indevida do lucro real em virtude da exclusão de valores não computados no lucro líquido do exercício, correspondentes à diferença entre a correção monetária do IPC e a correção monetária do BTNF, conforme demonstrado em LALUR e na Declaração IRPJ/91.”

Consta do mesmo termo que o crédito tributário ficou com sua exigibilidade suspensa por estar a empresa questionando o assunto na justiça, por meio de Mandado de Segurança.

Impugnando o feito às fls. 111/131, a interessada alegou, em síntese:

- preliminarmente, que os valores lançados encontram-se depositados, com base no art. 151, II, do CTN, e, desse modo, a exigibilidade do crédito está suspensa;
- que não existe razão plausível para o prosseguimento do processo administrativo, o qual deve ser suspenso até a decisão final da Ação de Mandado de Segurança de nº 91.7000154-5;
- que, estando a exigibilidade do tributo suspensa, não está em mora, pois fez depósitos, não sendo possível a cobrança de multa e juros;

- que, no mérito, a exigência é descabida pelas razões de direito levadas à apreciação do Poder Judiciário e sintetizadas na impugnação;
- que, conforme comprova sua Declaração IRPJ, pagou antecipação e duodécimos no valor correspondente a 50.788,92 BTNF, mas esse valor não foi considerado nos levantamentos fiscais.

Na decisão recorrida (fls. 256/265), a 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Florianópolis, por unanimidade de votos, julgou o lançamento procedente em parte, assim concluindo:

“RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. Declara-se a definitividade da exigência, tendo em vista a propositura, pela contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda com o mesmo objeto da presente autuação. Prossegue-se na cobrança do respectivo crédito tributário (reduzido neste Acórdão) diante da falta de depósito do montante integral do débito e da inexistência de medida liminar concedida em ações judiciais (art. 151 do CTN).

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. EXIGÊNCIA NO LANÇAMENTO DESTINADO À PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. Nos lançamentos de ofício destinados à prevenção da decadência são regularmente exigíveis a multa de ofício e os juros de mora. Apenas no caso de créditos tributários cuja exigibilidade esteja suspensa por medida liminar em mandado de segurança ou a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ações judiciais, é que o lançamento deve ser feito sem a imposição da multa de ofício.

DEPÓSITO DE MONTANTE INTEGRAL. Por não haver depósito em montante integral da exigência fiscal, o que suspende a exigibilidade do crédito tributário constituído é a impugnação tempestivamente apresentada, nos termos do processo tributário administrativo.

BASE DE CÁLCULO. ERRO. DEDUÇÃO DA CSLL LANÇADA. Na apuração do lucro tributável deve-se deduzir a contribuição social do período-base, ainda que esta tenha sido constituída ex officio (dedução permitida até o ano-calendário de 1996).”

Estendeu o decidido às exigências reflexas (Contribuição Social e IR Fonte) e determinou a exclusão dos juros com base na TRD do período de fevereiro a julho de 1991.

Às fls. 271/292 se vê o recurso voluntário, por meio do qual a autuada, preliminarmente, afirma que, diferentemente do que concluiu a decisão recorrida, os créditos tributários exigidos encontram-se, sim, com a exigibilidade suspensa.

Isto porque, sobretudo em razão da exclusão determinada pela decisão singular (dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ), *“ficam prejudicadas as imputações de pagamentos e depósitos judiciais realizadas pela fiscalização, já que levaram em consideração os valores exigidos nos Autos de Infração, sem a exclusão determinada pela autoridade julgadora.”*

Conclui, então, que há não apenas depósito do montante integral, mas depósito realizado a maior, como demonstra em quadro à fl. 275 (3.762,82 BTNFs a mais).

Repete, então, que não existe razão plausível para o prosseguimento do processo administrativo, o qual deve ser suspenso até a decisão final da Ação de Mandado de Segurança de nº 91.7000154-5.

Torna a contestar a exigência da multa e dos juros, afirmando que não está em mora com o Fisco, nem deixou de cumprir qualquer obrigação acessória.

No mérito, contesta, em longo arrazoado, a exigência de tributos sobre o lucro artificial no ano-base de 1990, porque decorrente da aplicação de indexadores que o Governo Federal, via medida provisória, obrigou a Recorrente a utilizar na correção monetária dos valores patrimoniais que compõem seus demonstrativos contábeis.

Propugna, ainda, pela inconstitucionalidade da exigência do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, instituído pela Lei nº 7.713/88.

Mais uma vez, afirma que, consoante comprova sua Declaração IRPJ, pagou, a título de antecipações e duodécimos, 50.788,92 BTNF, o que não foi considerado nem no levantamento fiscal, nem pela decisão de primeira instância.

Requer, então, o cancelamento dos Autos de Infração, pela sua total improcedência.

Despacho de fl. 303 determina o encaminhamento do Processo a este Conselho para que seja examinada a admissibilidade do recurso, uma vez que, intimada a apresentar o depósito ou o arrolamento de bens, a Recorrente apresentou argumentação (fls. 300/301) na qual afirma não ser necessário tal procedimento, porque *“o depósito judicial garante o crédito tributário e supre a condição de procedibilidade do recurso.”*

À fls. 303 se encontra despacho do Chefe – SACAT – DRF/JOAÇABA, que diante da alegação da Recorrente de que por ter procedido o depósito do valor do débito, em juízo, estaria dispensada de efetuar novo depósito (30%) como garantia de instância processual, para efeito de apreciação do recurso voluntário, no sentido de que fosse a questão examinada por este Conselho de Contribuintes.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

Quanto ao depósito recursal, o valor noticiado dá sustentação ao recurso.

Entendo que para qualquer pronunciamento conclusivo sobre as questões postas, há necessidade de que fique devidamente esclarecido se o valor depositado, em juízo, quando da propositura da ação judicial, era suficiente para cobrir a pretensão deduzida no lançamento, a título de IRPJ, CSSL e IRRF.

À fls. 252 apresenta o Fisco um gráfico apontado que na época da propositura da ação judicial, os depósitos não atendiam o débito. Só o IRPJ teve seu saldo zerado. A CSSL e o IRRF não teriam sido cobertos.

A Recorrente não nega a situação, conformando-se em alegar à fls. 274, que, com a decisão atacada, que diminuiu a exigência, em razão da exclusão do montante da CSSL da base do IRPJ, passou ela, de devedora à credora, conforme quadro apontado a fls. 275.

Há notícia ainda à fls. 255, de que do valor inicialmente depositado, por envolver a inclusão da TRD (fls. 254), por determinação judicial, obteve a Recorrente o direito de levantar o montante do mesmo, equivalente a 21,3924586%.

À fls. 252 se acha mais – quadro c – a informação de que quando do depósito judicial, não tinha cobertura a CSSL, importando uma diferença de 4.409 BTNF.

Por outro lado, dá notícia ainda o Fisco, que conforme fls. 252, quadro “e”, após consideradas as antecipações e o percentual de 78,8737%, dos depósitos constantes da conta judicial, resultava uma falta de 21.310,03 e 7.061,28 BTNF, a título de IRRF e CSSL.

Assim importa decidir, inicialmente em 24/07/95, já que a ação judicial proposta é de 04/91, tinha havido o depósito do montante devido, o que pelo que se depreende da peça de fls. 254/55, não aconteceu, pelo menos com a CSSL.

É certo ainda, que também há notícia de que com a decisão proferida ora, sob ataque, houve redução do montante exigido 7.074.92 Ufir, e, considerando que o valor da BTNF em 01/01/91 era de 103,5081 para a Ufir, haveria crédito a considerar.

Contudo uma realidade ficou sem contestação quando do recurso: isto é, a informação de que por ocasião do depósito inicial, pelo menos com relação à CSSL tinha havido diferença para menos, enquanto que por ocasião, antes da decisão,

que é de 12/2001, em razão de levantamentos, em 03/92, também havia falta, agora envolvendo mais o IRRF.

Ainda que tomada a sobra quando da redução decidida pela decisão atacada, antes as diferenças apontadas não foram enfrentadas pela Recorrente.

Diante disso entendo que efetivamente o valor do depósito integral impede que se afaste os acréscimos quanto à CSSL e o IRRF, ao amparo do disposto no artigo 63 da Lei 9430/96.

Já com relação ao IRPJ, como integralmente depositado, a ele se aplica a exclusão da multa penal e juros.

Entendo ainda, que a multa e juros sobre a CSSL e o IRRF, só podem incidir sobre os montantes em falta para a cobertura de 100% dos depósitos que seriam devidos, por opção, segundo constou de decisão judicial.

Com respeito às conseqüências da ação judicial, como se vê do exame dos autos, nada foi reconhecido como direito da Recorrente, a não ser a possibilidade de depósito dos valores devidos.

A sentença lhe foi desfavorável, o acórdão do TRF idem, enquanto que o recurso do STF, pelo que se sabe, sem efeito suspensivo, também não lhe tem sido favorável.

Quanto a possibilidade de lançar, mesmo com depósito, tem sido pacífica a jurisprudência nesse sentido, assim como a melhor doutrina.

Penso de acordo com o que fixa in “Mandado de Segurança no Direito Tributário”, Eduardo Arruda Alvim, quando deixa consignado:

“De outro lado, ocorrido o fato imponible, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento. Nem pelo fato de antes de se proceder ao lançamento, vir a obter o contribuinte do Judiciário proteção liminar em mandado de segurança, ou mesmo suspender por outro fundamento a exigibilidade do crédito tributário, isto inibe a autoridade administrativa de proceder o lançamento.

Muito ao contrário. Deve a autoridade administrativa proceder ao lançamento, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN), mesmo porque o prazo decadencial de 5 (cinco) anos a que alude o art. 173 do CTN já se terá iniciado (pois que principia, como regra, com a ocorrência do fato imponible), e, em se tratando de prazo decadencial, não se interrompe, nem se suspende. Deste modo, se, porventura, o processo durar mais do que 5 (cinco) anos, sem que se proceda ao lançamento, mesmo que o contribuinte perca a ação, não mais poderá a Fazenda

executar-lhe, daí o porque a necessidade de que se proceda ao lançamento, mesmo estando suspensa a exigibilidade”.

...

“No caso do ato administrativo exigível, mas não executável, o acesso à via executiva é de rigor, mas, diferentemente do ato do particular, a Administração não necessita de uma sentença judicial que diga que a ordem emanada do ato administrativo é exigível.

Doutra parte, a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato imponible (fato gerador in concreto), de tal modo que não se pode dizer seja imperativo o ato administrativo de lançamento, pois não se impõe “a terceiros, independentemente de sua concordância”. Ao contrário, se a eficácia do ato de lançamento é meramente declaratória da obrigação tributária, o que se conclui é que a obrigação tributária nasceu antes, por fato alheio à vontade da Administração (fato imponible).

Finalmente, o ato administrativo do lançamento é dotado de presunção (juris tantum) de legitimidade. Essa a razão pela qual decorre do lançamento o atributo da exigibilidade, salvo se vier a provar sua irregularidade.

Deste modo, o que se tem é que os atos administrativos presumem-se legítimos, podendo, no entanto, essa presunção ser afastada por prova em sentido contrário.

A liminar em mandado de segurança, como visto, retira do ato administrativo de lançamento o atributo da exigibilidade, ficando o contribuinte a salvo do processo executivo fiscal, enquanto não revogada a liminar por ele obtida contra o fisco”.
(pág. 238 – RT)

Com relação à opção pela via judicial, bem decidiu o julgado guerreado, já que o sistema pátrio admite a opção mas não a concomitância.

Assim tenho me pronunciado quanto ao tema em diversos votos sobre a mesma matéria:

“O professor Alberto Xavier, in “Do lançamento”, a fls. 282, assim se expressa com relação à questão discussão administrativa e perante o poder judiciário:

“No sistema atualmente vigente, ao abrigo da Constituição de 1988, não se exige o prévio esgotamento das vias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário, pelo que vigora um princípio optativo , segundo o qual o

particular pode livremente escolher entre a impugnação administrativa e a impugnação judicial do lançamento tributário.

Esta opção pode ser **originária** ou **superveniente**, em consequência de desistência da via originariamente escolhida. Todavia, em caso de opção pela impugnação contenciosa, na pendência de uma impugnação administrativa, esta considera-se extinta. É o que resulta do § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1737, de 20 de dezembro de 1979, segundo o qual “a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto”. E regra idêntica deflui do artigo 38 da Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980, segundo o qual “a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto”

Sobre a classificação dos recursos em: necessários, facultativos, alternativos e exclusivos, assim continua para concluir o referido professor:

“ A figura do recurso exclusivo não é tolerada no direito brasileiro face ao princípio da universalidade da jurisdição.

O recurso necessário corresponde ao sistema previsto na Emenda Constitucional nº 7/1977, a que já nos referimos.

O conceito de recurso alternativo também não se ajusta ao nosso direito positivo, que não concebe a opção entre a impugnação administrativa e a jurisdicional como definitivamente excludentes entre si, pois nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa, ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário

O que o direito brasileiro veda é o exercício **cumulativo** dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser **prévia** ou **posterior** ao processo judicial, mas não pode ser **simultânea** .

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina “ex lege” a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura de impugnação administrativa na pendência de processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular.

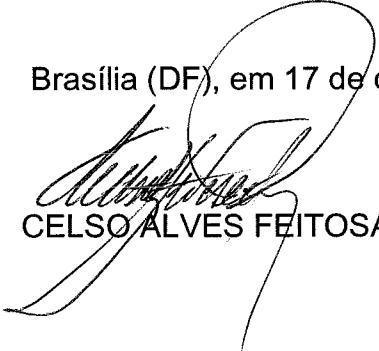
Na tipologia de Freitas do Amaral, a impugnação administrativa insere-se na categoria dos “recursos facultativos”, com a ressalva de a relação de facultatividade não poder conduzir à simultaneidade.

Temos, pois, o **princípio optativo**, mitigado por um **princípio de não cumulação.**”

Por todo o exposto dou provimento parcial ao recurso, para afastar a multa penal e juros para o IRPJ, reduzir a multa penal e juros no quanto houve falta de depósitos, segundo o saldo devedor para o mais, e não conhecer o mérito da reclamação em razão da opção pela via judicial.

É como voto.

Brasília (DF), em 17 de outubro de 2002



CELSON ALVES FEITOSA