



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Recurso nº. : 150.277
Matéria : IRF - Ano(s): 1994 e 1995
Recorrente : BANKBOSTON S.A.
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 21 de setembro de 2006
Acórdão nº. : 104-21.893

AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - A busca da tutela do Poder Judiciário não impede a formalização do crédito tributário, por meio do lançamento, objetivando prevenir a decadência.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - NORMA PROCESSUAL - NÃO CONHECIMENTO - A opção pela via judicial implica a impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que, no sistema jurídico pátrio, somente ao Poder Judiciário é outorgada a competência de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada. Todavia, sendo a autuação posterior à demanda judicial, nada obsta que se conheça o recurso quanto à legalidade do lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário.

LUCROS DE PESSOAS JURÍDICAS ESTRANGEIRAS - FILIAL NO BRASIL - LUCROS APURADOS ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 1995 - BASE DE CÁLCULO - RESERVA LEGAL - EXCLUSÃO - A base de cálculo para o imposto de fonte incidente sobre lucros de pessoas jurídicas estrangeiras (filial), apurados até 31 de dezembro de 1995, devem corresponder aos resultados econômicos apurados pela entidade no exercício social e que, face à sua disponibilidade efetiva, possam ser pagos, remetidos, creditados, empregados ou entregues à ou por conta da matriz, ou que tenham sido destinados a reinvestimento. Desta forma, não se integram à base de cálculo para a incidência do imposto de renda na fonte os recursos transferidos para a constituição de reserva legal, dentro do limite estabelecido na Lei das Sociedades Anônimas.

DEPÓSITO JUDICIAL - EXIGÊNCIA DE MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA - Incabível a imposição de multa de ofício e juros de mora sobre a parcela do tributo com exigibilidade suspensa por meio de depósito judicial regular (art. 151, II, da Lei nº. 5.172, de 1966).

INCONSTITUCIONALIDADE - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº. 2). *peil*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

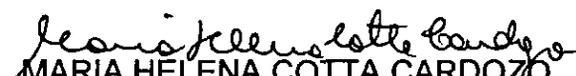
ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS MORATÓRIOS - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº. 4).

Recurso não conhecido quanto à matéria submetida ao Poder Judiciário.

Recurso parcialmente provido na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANKBOSTON S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso quanto à matéria submetida ao Poder Judiciário. Relativamente à matéria restante, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo os valores transferidos para a constituição de reserva legal, bem como excluir da exigência a multa de ofício e os juros de mora incidentes sobre as parcelas efetivamente depositadas em Juízo, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 23 OUT 2006

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, HELOÍSA GUARITA SOUZA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, PAULO ROBERTO DE CASTRO (Suplente convocado) e REMIS ALMEIDA ESTOL. *gd*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

Recurso nº. : 150.277
Recorrente : BANKBOSTON S.A.

RELATÓRIO

BANKBOSTON S.A, contribuinte inscrita no CNPJ sob o n.º 33.140.666/0001-02, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Líbero Badaró, nº 487 - Bairro Centro, jurisdicionada a Delegacia de Instituições Financeiras em São Paulo - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 171/179 prolatada pela Oitava Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 184/206.

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado, em 07/12/00, o Auto de Infração de Imposto de Renda na Fonte (fls. 03/07), com ciência pessoal em 07/12/00, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 5.958.097,08 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda na Fonte incidente sobre remessa de lucros para matriz no exterior, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto, referente aos fatos geradores de 31/12/94 e 31/12/95.

Da ação fiscal resultou a constatação de falta de recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre remessa de lucros para matriz no exterior. Infração capitulada nos artigos 743, 757 e 914, inciso I e 917, do RIR/94.

O Auditor Fiscal da Receita Federal responsável pela constituição do crédito tributário esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal de fls. 92/93, entre outros, os seguintes aspectos:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

- que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança em 02/10/95, processo nº 95.0051420-6, na 8ª Vara Federal, com pedido de liminar para suspensão da exigibilidade da exigência do IRF sobre os rendimentos considerados como automaticamente percebidos na data de encerramento do período-base ocorrido em 1994 e em 31/12/95, nos termos do art. 757 do RIR/94;

- que a liminar foi concedida em 08/11/95. O contribuinte alega que de acordo com a lei, estaria submetido ao pagamento do tributo tão somente na remessa de lucros ao exterior e não no fechamento do balanço, como passou a exigir o regulamento do imposto de renda. Afirma também ter havido ferimento do princípio da legalidade, bem como da norma do art. 43 que define o fato gerador do imposto sobre a renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos, pois não teriam quaisquer delas ocorridos quanto à matriz;

- que a autoridade impetrada sustentou a legalidade do ato, com base no artigo 29 da Lei nº 8.383, de 1991, bem como no Decreto-lei nº 5.844, de 1943, que determina o desconto do imposto de renda dos rendimentos percebidos por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior, eis que a filial e a matriz teriam a mesma personalidade jurídica. Com isso o pedido inicial foi julgado improcedente e a segurança denegada em 31/12/00;

- que o contribuinte interpôs recurso de apelação em 17/07/00, sendo que em 20/07/00 foi recebida a apelação, no efeito devolutivo, sem o efeito suspensivo em mandado de segurança. O contribuinte ajuizou Medida Cautelar Inominada Incidente contra a União Federal em 25/07/00. Em 01/08/00 efetuou os depósitos judiciais, conforme cópias em anexo, constante do processo nº 2000.03.00.039608-2;

- que o contribuinte foi intimado em 09/10/00 a apresentar cópias da petição inicial relacionada com o Mandado de Segurança 95.51420-6, certidão de Objeto e Pé, base de cálculo do IRF, objeto da medida judicial, comprovante dos depósitos judiciais. Em

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

resposta à intimação fiscal em 18/10/00 apresentou a base de cálculo do IRF e comprovantes de depósitos judiciais;

- que considerando os fatos relatados, efetuou-se a apuração do crédito tributário para o lançamento de ofício relativo à falta de recolhimento do Imposto de Renda na Fonte que deverá permanecer suspenso na forma do artigo 151, inciso II, do CTN, conforme Demonstrativo abaixo: ano-calendário de 1994 - lucro líquido R\$ 4.732.000,00 - IRF RS 709.800,00; ano-calendário de 1995 - lucro líquido R\$ 7.650.000,00 - IRF R\$ 1.147.500,00;

- que na base de cálculo apresentado pelo contribuinte foi deduzida a Reserva Legal para fins de apuração o imposto de renda na fonte. Entretanto não há dispositivo legal prevendo a exclusão da reserva legal.

Em sua peça impugnatória de fls. 97/108, instruída pelos documentos de fls. 110/169, apresentada, tempestivamente em 05/01/01, a autuada, após historiar os fatos registrados no Auto de Infração, se indispõe contra a exigência, na parte em que se pretende incluir multa de 75% e juros de mora sobre o imposto objeto do lançamento, requerendo que esta parte seja declarada insubsistente, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que verifica-se que a presente autuação teve como único e exclusivo objetivo a constituição do suposto crédito tributário, de modo a se evitar os efeitos de eventual decadência;

- que ocorre, porém, "data máxima vênia", que muito embora a fiscalização efetivamente tenha o dever de proceder à constituição do crédito tributário de modo a resguardar-se da decadência, tendo reconhecido expressamente estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, II do CTN jamais poderia ter

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

lançado qualquer valor a título de multa de ofício e juros de mora, justamente em razão dos depósitos efetuados, conforme pacífica jurisprudência do Conselho de Contribuintes;

- que tendo sido expressamente reconhecido pelo próprio fiscal autunte estar suspensa à exigibilidade do crédito tributário nos termos do que estabelece o inciso II do artigo 151 do CTN, é incabível a exigência da impugnante de qualquer valor a título de acréscimo moratório posteriormente à data da efetivação dos depósitos, para não falar, "data vênia", da absurda exigência de multa de ofício de 75%;

- que, realmente, nos termos em que efetuado o lançamento o impugnante, contribuinte diligente que preventivamente se socorreu do Judiciário visando resguardar seu direito, privando-se inclusive da disponibilidade dos valores depositados, foi equiparado ao contribuinte inadimplente que simplesmente se queda inerte;

- que, com efeito, efetuado o depósito à disposição da Justiça dos valores questionados, inclusive acrescido dos encargos moratórios devidos até a data da sua efetivação, por óbvio que não há que se falar em "falta" do contribuinte, muito menos em crédito não pago, inexistindo assim motivação para a imputação da multa de ofício e exigência de acréscimos moratórios posteriores à data dos depósitos;

- que isto porque o depósito judicial do montante em discussão equivale ao pagamento da exação em Juízo, tal como ocorre nas ações de consignação em pagamento, nas quais o devedor oferece em juízo o montante da dívida, de modo a impedir que continuem a vencer contra ele multas, juros e penalidades;

- que o depósito judicial efetuado para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, II do Código Tributário Nacional, produz o mesmo efeito, vale dizer o de impedir o vencimento de novos acréscimos moratórios, na medida em que foi ele efetuado inclusive acrescido dos juros de mora nos termos em que considerados

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

devidos até a data da sua efetivação, bem como da multa de mora no que diz respeito aos valores relativos ao vencimento de 31/12/94;

- que, ademais, caso afinal sobrevenha decisão desfavorável ao contribuinte no processo judicial, os créditos tributários serão extintos pela conversão em renda dos depósitos efetuados, nos termos do artigo 156, VI do CTN, nada mais podendo ser exigido a título de acréscimo moratório;

- que cumpre salientar ainda que, muito embora quando dos depósitos judiciais efetuados o impugnante tenha calculado os juros de mora com base na taxa Selic, nos termos do que exigido pela Fiscalização, em realidade a taxa Selic não poderia ser utilizada para tal fim, posto que, além de ser figura híbrida, composta de correção monetária, juros e valores correspondentes à remuneração de serviços das instituições financeiras, é fixada unilateralmente por órgão do Poder Executivo e, ainda, extrapola em muito o percentual de 1% previsto no artigo 161 do CTN.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a Oitava Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP decidiu, por maioria de votos, julgar procedente o lançamento e manter integralmente o crédito tributário lançado, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que inicialmente deve ser ressaltado que os comprovantes de depósitos (fls.87), bem assim os documentos juntados pela fiscalização (fls. 88/91), sustentam a glosa da dedução pelo contribuinte da Reserva Legal para fins de apuração do Imposto de Renda na Fonte;

- que aduziu a autuante, no Termo de Verificação, em fls. 93, que não há previsão legal para a exclusão da Reserva Legal, e lançou o IRRF sobre o total do Lucro Líquido, R\$ 7.650.000,00 (fls. 91/93/, para o ano-calendário de 1995, por exemplo, e não

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

sobre R\$ 7.267.000,00, como calculou o contribuinte para fins do depósito judicial. Frise-se, no entanto, que o impugnante não se insurgiu contra essa glosa;

- que assim, a despeito de a autuante ter declarado que o crédito estava sendo lançado com a exigibilidade suspensa na forma do artigo 151, inciso II, do CTN, entendo que os comprovantes de depósitos (fls. 87), bem assim os documentos juntados pela fiscalização em fls. 88/91, evidenciam que o depósito não foi efetuado em montante integral;

- que segundo o art. 111 do CTN deve interpretar literalmente a legislação que disponha sobre suspensão do crédito tributário, mandamento que objetiva afastar qualquer ampliação do comando legal, e que, forçosamente, leva-nos à conclusão de que o depósito de montante "não-integral" não possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário;

- que neste sentido transcrevemos acórdão do STJ, que faz referência à Súmula 112 do mesmo STJ e entende que a multa e os juros moratórios, se devidos, também devem entrar no cômputo do montante integral;

- que a determinação do montante integral é prerrogativa do Fisco, conforme tem decidido a jurisprudência, logo, o montante integral é o valor pretendido pelo credor, valor este determinado por disposição legal, e não o valor que o devedor entende ser devido;

- que pelo exposto, conclui-se inexistir meio termo. Qualquer valor do crédito tributário depositado a menor não pode ser considerado montante integral e, sendo assim, não é idôneo para produzir os efeitos do depósito do montante integral: não haverá suspensão da exigibilidade do crédito tributário e conseqüentemente caberá o lançamento de ofício do tributo e seus consectários legais (multa e juros);

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

- que ressalte-se que este é o entendimento adotado na sentença proferida na Medida Cautelar nº 96.0015212-8 (fls. 204 a 206), preparatória da Ação Declaratória nº 96.0020628-7, assim dispôs: "A propósito, deve ser observada a Súmula 112 do E. Superior tribunal de Justiça: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro"; assim, o contribuinte deve promover o depósito da integralidade do tributo, em dinheiro (inadmitida fiança bancária, etc) sob pena de autorizar a inscrição do crédito e conseqüente execução, dada a inexistência de qualquer causa suspensiva.";

- que o art. 63 da lei nº 9.430/96, alterado pelo art. 70 da medida provisória nº 2.158-35/2001, dispõe que a multa de ofício não se aplica à constituição de créditos destinada a prevenir a decadência cuja exigibilidade esteja suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN;

- que houve omissão quanto aos outros casos de suspensão da exigibilidade do crédito, dentre os quais o depósito do montante integral, todavia, estando a exigibilidade do crédito suspensa, não há que se falar em obrigatoriedade de recolhimento e, conseqüentemente, em infração ensejadora da penalidade tipificada no art. 44 da Lei nº 9.430;

- que a melhor exegese do art. 63 da Lei nº 9.430/96 é no sentido de que também não cabe lançamento de multa de ofício no caso de depósito do montante integral, CTN art. 151, II. No caso, entretanto, a multa de ofício deve ser mantida, pois os depósitos não foram integrais;

- que a Lei nº 9.065, de 1995, que dá nova redação a dispositivos da lei nº 8.981, de 1995, que altera a legislação tributária federal e dá outras providências, dispôs a aplicação da taxa Selic a título de juros de mora para os tributos e contribuições não pagos nos prazos previstos na legislação.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

A decisão de Primeira Instância esta consubstanciada nas seguintes ementas:

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Data do fato gerador: 31/12/1994, 31/12/1995

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. É devida a multa de ofício no percentual lançado de 75%, na ausência de hipótese legal de suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

DEPÓSITO - MULTA DE OFÍCIO. DEPÓSITOS PARCIAIS. O depósito de montante não integral do crédito tributário não opera a sua suspensão, fazendo-se cabível o lançamento da multa de ofício sobre a integralidade do crédito.

JUROS DE MORA. A existência de depósitos judiciais não afasta a exigência dos juros moratórios. Porém, na conversão em renda da União Federal, os valores convertidos devem ser considerados pagamentos realizados na data dos depósitos.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC. É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

Lançamento Procedente.”

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 26/01/06, conforme Termo constante às folhas 181/183, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, dentro do tempo hábil (23/02/06), o recurso voluntário de fls. 184/206, instruído pelos documentos de fls. 207/215, no qual demonstra irresignação contra a decisão acima, baseado, em síntese, nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que a decisão simplesmente desconsidera o motivo do ato de lançamento, qual seja prevenir os efeitos da decadência em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário por depósito judicial, na forma do art. 151, II do CTN;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

- que ao reconhecer implicitamente a improcedência dos argumentos invocados pela fiscalização, a decisão recorrida para manter o lançamento modifica substancialmente a sua fundamentação fática e jurídica, o que implica efetuar novo lançamento por autoridade incompetente, quando o que deveria ter feito era simplesmente cancelar o auto de infração lavrado;

- que, por outro lado, como se observa da simples leitura do Auto de Infração e do Termo de Verificação Fiscal, em momento algum questionou o ilustre fiscal os métodos de apuração do IRRF depositado pelo recorrente, e, tanto é assim que, contrariamente ao que dispõe a decisão recorrida, expressamente reconheceu a regularidade do depósito efetuado e a conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado, "na forma do art. 151, II, do CTN";

- que com relação à glosa pretendida pela r. decisão, o recorrente, ao apurar a base de cálculo do IRF supostamente incidente sobre a distribuição automática de lucros à sua matriz no exterior, excluiu o montante da reserva legal, apurando o imposto sobre essa diferença, nos termos do que dispunha o art. 757 do RIR/94;

- que nos termos do Artigo 757 do RIR/94, vê-se que a hipótese de incidência do IRF nesse caso específico é o lucro que, por presunção, é considerado automaticamente percebido pela matriz estrangeira de filial brasileira, na data do encerramento do período-base, ou seja, o lucro passível de distribuição;

- que ocorre que a própria lei societária, nos seus arts. 189 c/c 193 determina que o valor do lucro líquido passível de distribuição é reduzido por: (i) prejuízos acumulados de exercícios anteriores; e (ii) valores levados à conta de reserva legal e a reserva de contingência, se houver, acrescidos pela reversão dessa reserva estabelecida em exercícios anteriores;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

- que nos termos do § 2º do art. 193 da Lei das S/A, a reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital da companhia, de modo que não representa rendimento passível de apropriação, via distribuição;

- que justamente em face da natureza jurídica da reserva legal - que não é nem nunca foi de lucro distribuível pela companhia ou de dividendos para os investidores - é que a legislação, embora determinando a tributação da chamada "distribuição automática" dos lucros das filiais brasileiras às matrizes estrangeiras quando do encerramento do período-base, prevê que esses valores se forem incorporados ao capital social da companhia não sofrem a incidência do IRFonte, nos termos do art. 776, caput, do RIR/94;

- que finalmente, ainda que por absurdo se entenda que é válida a r. decisão quanto à substancial alteração no ato de lançamento inicialmente impugnado reputando parcial o depósito efetuado pelo ora recorrente, o que se admite apenas *ad argumentandum*, ainda assim não pode prevalecer o lançamento efetuado, haja vista que, nessa situação, os depósitos realizados não podem ser desconsiderados, devendo os juros de mora e a multa de ofício incidirem apenas sobre eventual diferença entre o valor depositado e o reputado devido pela autoridade fiscal.

Consta às fls. 209 cópia do Documento para Depósitos Judiciais no qual se verifica o depósito prévio de 30% a que alude o art. 10, da Lei n.º 9.639, de 25/05/98, que alterou o art. 126, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

Preliminarmente, cabe aqui a discussão sobre a propositura, pela suplicante, de ação perante o Poder Judiciário, já que parte da lide versa sobre a nulidade do lançamento que deu origem ao presente processo, sob o fundamento jurídico da impossibilidade de sua lavratura.

Ora, as razões do recurso, nesta parte, não procedem. Em suma o que elas pretendem é evitar a Fazenda Pública de exercer o seu direito/dever de constituir o crédito tributário, na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional, de sorte a evitar a consumação da decadência.

De acordo com o texto Constitucional vigente (art. 5º, inciso XXV), todas as questões podem ser levadas ao Judiciário, donde, facilmente, se deduz que somente o Poder Judiciário detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada.

No entanto, a busca da tutela jurisdicional não impede, entretanto, que a autoridade administrativa promova a constituição do crédito tributário, objetivando salvaguardar o interesse da Fazenda Pública, tendo em vista o prazo decadencial, mesmo porque tal procedimento é vinculado e obrigatório conforme dispõem o art. 142 do Código Tributário Nacional.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

Desta forma, o crédito tributário, somente, passa a existir a partir do momento em que se formaliza, na conformidade do art. 142 do Código tributário Nacional, litteris:

"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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Logo, sem lançamento não há crédito tributário. Deflui daí, como o comando objeto do "caput" do art. 151 do CTN é no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário, resulta que a ação do fisco é suspensa após a efetivação do lançamento, que não pode deixar de ser efetuado, por se tratar de atividade administrativa vinculada e obrigatória.

Em última análise, temos que a constituição do crédito tributário pelo lançamento - auto de infração ou notificação -, não acarreta qualquer ofensa ao disposto no art. 151 do CTN, uma vez que a suspensão da exigibilidade ali referida pressupõe necessariamente a prévia constituição do citado crédito.

Com efeito, como é tradição no Brasil, optou-se por um regime constitucional de separação dos poderes, cabendo precipuamente ao Poder Judiciário dirimir os conflitos de interesses de particulares e entre particulares e o Poder Público. Idêntica prerrogativa conferida ao Poder Executivo será sempre subsidiária e subordinada à do Judiciário, pois não se pode cogitar de que o provimento administrativo se sobreponha ao provimento judicial.

Para resguardar este princípio constitucional, reiterado pelo art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80 e no art. 16, § 2º, do Regimento Interno dos Conselhos

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

de Contribuintes, a Secretaria da Receita Federal baixou, em boa hora, o Ato Declaratório nº 03, de 14/02/96, determinando que a matéria levada a conhecimento do Judiciário não seja renovada na instância administrativa, bem assim detalhando os procedimentos aplicáveis em tal hipótese.

Com a aplicação da norma complementar, o princípio do contraditório não resultou ferido, porque este já está assegurado na instância judicial, a cujas decisões haverá obrigatoriamente o fisco de se submeter. Tampouco o direito de petição foi obstruído, mas tal direito não está em absoluto subordinado à obrigatoriedade da Administração em examinar o mérito da matéria posta nas petições.

Assim, a medida judicial não exclui a ocorrência do fato gerador e nem a constituição do crédito tributário, mas, sim a exigibilidade do crédito tributário constituído. É lógica tal conclusão que a despeito da decisão judicial, pode ser estabelecida a exigência por tributo não recolhido à data de seu vencimento mediante procedimento de ofício, instaurando procedimento de cobrança pela fiscalização, suspenso em seu seguimento pela medida sustadora da exigibilidade. A medida judicial não tem o condão de inibir a ação fiscalizadora tendente a prevenir a fluência do prazo decadencial, mas, apenas tolher a efetivação da cobrança até decisão definitiva.

Desta forma, quanto à discussão do mérito do processo original, qual seja: a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte, incidente sobre o lucro de pessoa jurídica estrangeira (lucro de filial), apurados até 31 de dezembro de 1995, com a devida vênia, não pairam dúvidas, para este relator, que a matéria está submetida à apreciação do Poder Judiciário.

É cristalino, para este relator, que a autuada discute judicialmente a mesma matéria tributária e a Jurisprudência do Conselho de Contribuintes, firmou-se no sentido de que as questões postas ao conhecimento do Judiciário implica em impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

que a decisão daquele Poder detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional. Ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetido de forma definitiva, com efeito, de coisa julgada.

Não há como divergir desta jurisprudência, já que compete ao Judiciário, em última análise, dizer qual seria o direito aplicável à espécie.

Assim, proposta a ação perante o Poder Judiciário, não é lógico, muito menos correto, querer atribuir aos Tribunais Administrativos o poder de resolver a lide, já que a matéria "sub judice" foi atribuída à solução daquele poder, competente, para, repita-se, em derradeira instância, dizer qual o direito efetivamente aplicável à espécie.

Por outro lado, se faz necessário saber se sobre créditos tributários com exigibilidade suspensa, constituídos com objetivo de prevenir a decadência, cabe lançamento de multa de ofício e juros mora, bem como da possibilidade da discussão sobre base de cálculo do imposto questionado e taxa Selic.

Diante da vasta jurisprudência firmada em julgados anteriores, nas Câmaras integrantes do Primeiro Conselho de Contribuintes, não há como discordar do entendimento manifestada pela autuada quando impugnou a matéria em discussão, principalmente no que tange sobre multa de ofício e juros de mora.

Como visto no relatório, o crédito tributário lançado através do Auto de Infração original, está com a exigibilidade suspensa por força de depósito judicial, conforme o previsto no artigo 151, inciso II do Código Tributário Nacional, sendo que o lançamento foi efetuado com fins de prevenir a decadência por parte da Fazenda Nacional em constituir o crédito tributário.

Sendo a autuação posterior à demanda judicial, entendo que nada obsta que se conheça da impugnação ou do recurso quanto à legalidade no lançamento em si,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

que não o mérito litigado no Judiciário. Ou seja, é possível a discussão sobre a base de cálculo do imposto, multa, juros de mora, etc.

A discussão de mérito, que esta a cargo do poder judiciário, é sobre os lucros apurados pelas filiais de sociedades estrangeiras, que, de acordo com a fiscalização, é considerado, por presunção legal, automaticamente à disposição de sua matriz na data de encerramento do balanço, devendo nesta data ser retido o imposto devido. Situação que a contribuinte questiona no judiciário.

Por outro lado, questiona a base de cálculo utilizado pela fiscalização para lavrar o Auto de Infração. Entende que, nos termos do Artigo 757 do RIR/94, a hipótese de incidência do IRF nesse caso específico é o lucro que, por presunção, é considerado automaticamente percebido pela matriz estrangeira de filial brasileira, na data do encerramento do período-base, ou seja, o lucro passível de distribuição.

Entende, ainda que, a própria Lei das Sociedades Anônimas, no seu art. 189 combinado com o art. 193, determina que o valor do lucro líquido passível de distribuição é reduzido por: (i) prejuízos acumulados de exercícios anteriores; e (ii) valores levados à conta de reserva legal e a reserva de contingência, se houver, acrescidos pela reversão dessa reserva estabelecida em exercícios anteriores. Ou seja, entende que, no seu caso, a exclusão do valor da reserva legal, calculada de forma anual e dentro da legislação de regência, não constitui base tributável para o cálculo da incidência do imposto de renda na fonte, devendo o lucro apurado ser reduzido pelo valor da reserva legal constituída.

Por fim, entende que, nos termos do § 2º do art. 193 da Lei das Sociedades Anônimas, a reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital da companhia, de modo que não representa rendimento passível de apropriação, via distribuição e que justamente em face da natureza jurídica da reserva legal - que não é nem nunca foi de lucro a ser distribuído pela companhia ou de dividendos para os investidores - é que a legislação,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

embora determinando a tributação da chamada "distribuição automática" dos lucros das filiais brasileiras às matrizes estrangeiras quando do encerramento do período-base, prevê que esses valores se forem incorporados ao capital social da companhia não sofrem a incidência do IRFonte, nos termos do art. 776, caput, do RIR/94.

Diz a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Lei das Sociedades Anônimas:

"Art. 189. Do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o imposto sobre a renda.

Parágrafo único. O prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.

Art. 190. As participações estatutárias de empregados, administradores e partes beneficiárias serão determinadas, sucessivamente e nessa ordem, com base nos lucros que remanescerem depois de deduzida a participação anteriormente calculada.

(...)

Art. 191. Lucro líquido do exercício é o resultado do exercício que remanescer depois de deduzidas as participações de que trata o art. 190.

(...).

Art. 193. Do lucro líquido do exercício, 5% (cinco por cento) serão aplicados, antes de qualquer outra destinação, na constituição da reserva legal, que não excederá de 20% (vinte por cento) do capital social.

§ 1º A companhia poderá deixar de constituir a reserva legal no exercício em que o saldo dessa reserva, acrescido do montante das reservas de capital de que trata o § 1º do art. 182 exceder de 30% (trinta por cento) do capital social.

§ 2º A reserva legal tem por fim assegurar a integridade do capital social e somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital."

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

Ora, do texto legal, só posso concluir que a razão está com a suplicante, já que a base de cálculo para o imposto de fonte incidente sobre lucros de pessoas jurídicas estrangeiras (filial), apurados até 31 de dezembro de 1995, devem corresponder aos resultados econômicos apurados pela entidade no exercício social e que, face à sua disponibilidade efetiva, possam ser pagos, remetidos, creditados, empregados ou entregues à ou por conta da matriz, ou que tenham sido destinados a reinvestimento. Desta forma, não se integram à base de cálculo os recursos transferidos para a constituição de reserva legal, dentro do limite estabelecido na Lei das Sociedades Anônimas.

Faz-se necessário, ainda, avaliarmos a legalidade da aplicação da multa de ofício e a cobrança de juros de mora, tendo em vista que, no caso, está, na forma prevista no art. 151, inciso II do Código Tributário Nacional, suspenso o crédito tributário, aqui discutido.

Com a devida vênia dos que pensam ao contrário, entendo que o depósito judicial, desde que efetuado dentro do prazo legal previsto na legislação, suspende a exigibilidade do crédito tributário até o montante do valor efetivamente depositado, não podendo ser exigido sobre esse valor juros de mora e multa de ofício. Só posso entender que a inteligência da norma do artigo 151, II do CTN, quando se refere ao depósito do montante integral do valor correspondente ao crédito tributário, formalmente apurado, é aquele valor que o contribuinte entende ser o devido, acrescido dos encargos legais.

Assim, efetuado o depósito do montante integral do crédito tributário discutido (tributo ou contribuição acrescido da multa de mora mais os juros de mora), efetuado nos prazos previstos na legislação tributária, este, além de suspender a exigibilidade do crédito, resguarda integralmente a impetrante, pois, conforme preceitua o art. 156, VI, do Código Tributário Nacional, a conversão do depósito em renda é uma das formas de extinção do crédito tributário. Neste sentido, não obtendo êxito em sua tese, a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

conversão em renda extingue o valor principal, portanto, não lhe deve ser imputada multa de ofício e juros de mora, ou melhor, não há que se falar em encargos legais.

Entretanto, existem outras situações, quais sejam: concessão de medida liminar em mandado de segurança sem depósito do montante do crédito tributário discutido, concessão de medida liminar em mandado de segurança com depósito parcial do montante do crédito tributário discutido, concessão de segurança com apelação por parte da União, interposição de ação judicial em andamento, sem concessão de medida liminar ou sentença (débitos sem suspensão de exigibilidade).

Sobre o assunto dispõe a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, o seguinte:

"Débitos com Exigibilidade Suspensa:

Art. 63 Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativos a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151, da Lei nº 5.171, 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."

Disso tudo, é de se concluir que é indevida a multa de lançamento de ofício quando o contribuinte esteja albergado por decisão judicial que suspenda a exigibilidade dos tributos. Como é indevida a exigência da multa de ofício e juros de mora quando houver a suspensão da exigibilidade em razão de depósito judicial efetuado antes da lavratura do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

auto de infração. Isto porque o depósito judicial do montante em discussão equivale ao pagamento da exação em Juízo e impede o vencimento de novos acréscimos moratórios.

Por fim, não procede à argumentação sobre os juros de mora decorrente da aplicação da taxa SELIC e do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

O contribuinte em diversos momentos de sua petição resiste à pretensão fiscal, arguindo inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei, entretanto, não vejo como se poderia acolher algum argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei n.º 9.065, de 20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC).

Matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas no DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Para o caso dos autos (inconstitucionalidade e Taxa Selic) aplicam-se as Súmulas: "O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2)" e "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).".

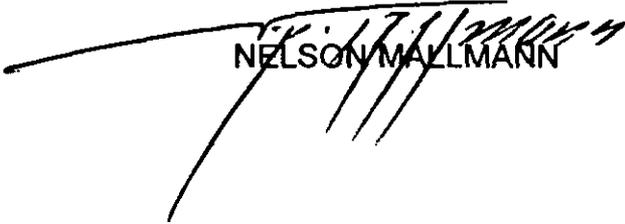


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002272/00-84
Acórdão nº. : 104-21.893

Nessa ordem de juízos, deixo de apreciar, porque administrativamente inócuo, os fundamentos da exigibilidade do tributo, visto que submetidos à manifestação do poder jurisdicional (opção pela via judicial). CONHECER do recurso na parte não questionada junto ao Poder Judiciário (base de cálculo do imposto, multa de ofício, juros de mora e taxa Selic) para DAR-LHE provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo os valores transferidos para a constituição de reserva legal, bem como excluir a incidência da multa de lançamento de ofício e a incidência dos juros de mora sobre as parcelas efetivamente depositadas em juízo. Devendo a autoridade executora do acórdão aguardar a decisão judicial final para tomar as providências cabíveis, ou seja, o presente processo administrativo deverá ficar suspenso até a decisão final, transitada em julgado, no âmbito do judiciário.

Sala das Sessões - DF, em 21 de setembro de 2006



NELSON MALLMANN