



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

Processo nº 19515.003253/2005-86
Recurso nº 154.387 Voluntário
Matéria IRPJ - Ex.: 2002
Acórdão nº 108-09.660
Sessão de 13 de agosto de 2008
Recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Recorrida 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -
IRPJ**

Exercício: 2002

TRIBUTOS SOB DISCUSSÃO JUDICIAL DEDUTIBILIDADE NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - Se existe lei tributária em vigor e a ação judicial ainda não transitou em julgado, o contribuinte possui uma obrigação tributária em seu Passivo. No ano-calendário de 1997 vigia o regime de competência para a dedutibilidade de despesas com obrigações tributárias. E, o caso de liminar em medida cautelar, não se enquadra nas hipóteses de exceção à regra geral, pelo que resta confirmada a dedutibilidade, na apuração do lucro real, da despesa tributária.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO de CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente



JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA
Relator

FORMALIZADO EM: 22 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, IRINEU BIANCHI, VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA, CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER e KAREM JUREIDINI DIAS.



Relatório

Trata o processo de lançamento do IRPJ no valor de R\$ 21.946.736,02, originado da operação 20399 – LR – OUTRAS DESPESAS OPERACIONAIS para o ano-calendário de 2001, formalizado pelo competente auto (fls. 138/141), com ciência à autuada em 08/12/2005.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal nº 01 (fls. 131/137) foi apurada infração intitulada “PROVISÕES PARA CONTINGÊNCIAS – INDEDUTÍVEIS” no montante de R\$ 87.786.944,08, referente à conta redutora de vendas – “COFINS sobre Vendas”, em contrapartida a provisão para contingência da COFINS, contendo o histórico de “COFINS – alíquota Lei 9.718/89”.

O lançamento foi enquadrado nos seguintes dispositivos legais: 1) art. 13, inciso I da Lei nº 9.249/95, com as alterações da Lei nº 9.430/96; e 2) arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 335, do RIR/99, c/c o inciso V do CTN.

O crédito tributário foi constituído com suspensão de exigibilidade por força de medida liminar e sentença concedida nos autos de medida cautelar nominada (incisos II e V do artigo 151, do CTN), e sem a incidência da multa de ofício, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

Foram acostados aos autos documentos elaborados ou coletados no curso da ação fiscal (fls. 001/130), com destaque para aqueles relativos à discussão judicial sobre a matéria enfocada (fls. 062/129).

A descrição do litígio administrativo consta do relatório do acórdão recorrido, do qual adoto os trechos mais relevantes:

“(…)

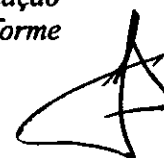
O contribuinte apresentou defesa de fls. 158/177, em 04/01/06, alegando em síntese que:

4.1.constituiu provisão decorrente do não recolhimento do PIS e da COFINS;

4.2.a redução do lucro real apurado no exercício de 2001 não decorre da dedução das despesas reconhecidas no resultado, em razão da constituição de provisões, mas sim da dedução de despesa reconhecida no resultado em razão da constituição de um passivo efetivo e decorrente de uma obrigação legal com prazo certo e valor determinado;

4.3.os tributos não recolhidos são passivos efetivos;

4.4.a CVM tem a competência funcional para definir a interpretação dada à natureza dos lançamentos contábeis do impugnante, conforme orientação contida no Parecer-CST nº 78/78;



4.5.a CVM editou a Deliberação nº 489/05 segundo a qual entende-se por provisão um passivo de prazo ou valor incertos, ao passo que passivo é uma obrigação presente decorrente de eventos já ocorridos, cuja liquidação resultará em uma entrega de recursos;

4.6.sempre que se tratar de uma obrigação tributária (legal) o seu registro contábil não será mera provisão, mas efetivo passivo de prazo e valor certo, definido em lei. Também não será uma contingência passiva, pois não é uma possível obrigação, mas uma efetiva obrigação surgida com a ocorrência do fato gerador;

4.7.o crédito tributário decorre da obrigação principal e é constituído pelo lançamento e não sofre interferência pela suspensão da exigibilidade do crédito. Este entendimento também está contido na Deliberação-CVM nº 489/05;

4.8.a fiscalização incorreu em erro material, já que houve dedução das despesas com a constituição de passivos decorrentes de obrigações legais de pagamento do PIS e da COFINS e não dedução do lucro real de despesas com a constituição de provisões, fundamento legal do auto de infração;

4.9.o auto de infração não contempla o enquadramento legal do fato ocorrido, o que afronta os princípios da legalidade e tipicidade tributário e o próprio PAF;

4.10.a taxa SELIC tem natureza remuneratória e não foi criada por lei;

4.11.protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos.

(...) “.

O posicionamento do Colegiado de origem está expresso no voto, que reproduzo em suas partes essenciais:

“(...

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, o contribuinte: “escriturou como conta redutora de vendas de mercadorias – 313.060-COFINS sobre Vendas a contrapartida da provisão para contingência da COFINS”.

Este mesmo Termo informa que esta provisão, no valor de R\$ 87.786.944,08, refere-se à Medida Cautelar nº 1999.61.00.003589-8, em que o contribuinte pleiteia a inexigibilidade da COFINS e do PIS nos moldes da Lei nº 9.718/98.

A primeira discussão que se avizinha é acerca da natureza da conta contábil utilizada pelo contribuinte. Entende a fiscalização tratar-se de provisão, ao passo que a defesa sustenta ser uma conta de passivo decorrente de uma obrigação legal com prazo certo e valor determinado.

O interessado, com base na Deliberação nº 489/05 da CVM, define passivo como uma obrigação presente de uma entidade decorrente de



eventos já ocorridos, cuja liquidação resultará em uma entrega de recursos por obrigação legal.

Neste passo, conclui-se que a natureza da conta em questão por certo não é a pretendida pela defesa.

No caso, em face de discussão judicial sobre a exigibilidade da COFINS e do PIS nos moldes da Lei nº 9.718/98, houve por bem o contribuinte "provisionar" os valores em lide. Fica claro que este fato foge da própria definição de passivo trazida pelo interessado, já que por ela quando da liquidação da obrigação haverá uma entrega de recursos, enquanto que no caso concreto a entrega de recursos poderá ou não ocorrer, na pendência de decisão judicial.

Destarte, conclui-se que se trata de provisão definida por Silvério das Neves e Paulo Viceconti, em Contabilidade Avançada, 6ª edição, p. 21 como sendo: "a perda de ativos ou a constituição de obrigações que, embora já tenham seu fato gerador contábil ocorrido, não podem ser medidas com exatidão e têm, portanto, caráter estimativo."

No caso, o fato gerador da obrigação já ocorreu, porém seu "quantum" não pode ser medido com exatidão já que pendente de decisão judicial.

Em igual sentido, entendem Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Gelbcke, em Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, 2ª edição, p. 290, ao afirmarem que casos semelhantes ao enfrentado pelo contribuinte devem ter como fim uma provisão: "Em contabilidade, uma contingência é uma situação existente que envolve certo grau de incerteza quanto a sua ocorrência e que, em função de um evento futuro, poderá resultar em ganho ou perda para a empresa (...) para que a contingência passiva julgada provável em exercício futuro seja registrada contabilmente através da formação da provisão para riscos fiscais e outros passivos contingentes, deverá ser possível estimar o seu valor.(...) Alguns exemplos de contingência que poderão ser objeto de formação de provisão são: (...) g) ações judiciais"

Como se vê o entendimento fiscal não merece reparos ao tratar como provisão os valores em questão. Ademais, cabe destacar que o próprio contribuinte reconheceu este fato ao contabilizar o montante de R\$ 87.786.944,08 em conta de provisão para contingência da COFINS.

Suplantada esta discussão, fica prejudicada a alegação da defesa de que não houve correlação entre a irregularidade apurada e o fundamento legal da exação fiscal.

A empresa autuada foi constituída na forma de uma sociedade anônima e no ano-calendário de 2001 optou pela tributação com base no lucro real (fl. 17).

O contribuinte ao se sujeitar a tributação com base no lucro real deve seguir o disposto nas leis comerciais e fiscais. É o que dispõe o "caput" do artigo 251 do RIR/99, in verbis:



“Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º).”

Dentre a legislação fiscal a qual está submetido o contribuinte inclui-se a Lei nº 9.249/95 que determina em seu artigo 13, inciso I, que para fins de apuração do lucro real são vedadas as deduções de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável. A seguir transcreve-se o texto legal:

“Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)”

Portanto, o contribuinte ao levar à conta de resultado a contrapartida do lançamento em conta de provisão, agiu em desacordo com a legislação fiscal, devendo o montante ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real.

Note-se que a alegação da defesa, sobre ter a CVM competência funcional para definir a natureza dos lançamentos contábeis do impugnante, conforme orientação contida no Parecer-CST nº 78/78, não merece guarida.

Este Parecer veio a esclarecer quais eram as empresas obrigadas a avaliar as participações no capital de outras pessoas jurídicas segundo o valor de patrimônio líquido, jamais determinou a prevalência das orientações expedidas pela CVM em detrimento da legislação fiscal.

E diverso não poderia ser o entendimento.

A Lei nº 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas, tipo societário em que foi constituída a empresa autuada, determina no “caput” do artigo 177 que a companhia deve obedecer aos preceitos da legislação comercial, dentre elas, por certo a Lei nº 9.249/95 que determina em seu artigo 13, inciso I, que para fins de apuração do lucro real são vedadas as deduções de qualquer provisão.

(...)

Da concomitância

A matéria objeto de auto de infração que for discutida junto ao Poder Judiciário, deverá ter o tratamento previsto no ADN nº 3/96, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, in verbis:

“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”.

Ocorre que no caso dos autos, entendo que não houve a concomitância entre os processos administrativo e judicial.

No presente processo administrativo, a autoridade fiscal capitulou a irregularidade apurada como: “Provisões não autorizadas” (fl. 141).

Por seu turno, a Medida Cautelar Inominada, com pedido de liminar, que recebeu o nº 1999.61.00.003589-8 (fls. 63/83), objetiva a inexigibilidade da COFINS e do PIS nos moldes da Lei nº 9.718/98.

Portanto, as matérias são distintas. Haveria concomitância se o contribuinte discutisse na Justiça a dedutibilidade de provisão efetuada com base em tributos discutidos judicialmente, fato esse que não se verificou.

Tanto é verdade que independe da decisão judicial o desfecho do processo administrativo. Se o Poder Judiciário entender que os tributos são devidos a provisão efetuada no ano de 2001 continuará sendo indedutível, já que inexistia previsão legal para a constituição da provisão. Da mesma forma, se a Justiça determinar que as contribuições não são devidas a provisão efetuada no ano de 2001 permanecerá indedutível, já que além da falta de fundamento legal inexistiriam tributos a serem deduzidos.

Destarte, incorreu a concomitância entre os processos administrativo e judicial.

No tocante à exigência dos juros de mora, o parágrafo primeiro do artigo 161 do CTN determina que os juros moratórios serão de 1 (um) por cento ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso (...)

E valendo-se dessa faculdade, o legislador ordinário, por intermédio da Lei nº 9.065/1995, artigo 13, determinou que os juros de mora seriam equivalentes à taxa SELIC.

(...)

Por sua vez, a exigência foi embasada no parágrafo 2º, do artigo 6º, da Lei 9.430/1996

(...)

Portanto, a única exigência para a fixação de juros de mora distintos do percentual de 1 (um) por cento ao mês é a expressa previsão legal, requisito preenchido pela Lei nº 9.065/1995 (artigo 13) e Lei 9.430/96 (artigo 6º).



No caso da exigência dos juros de mora com base na taxa SELIC, apenas impõe-se anotar que o entendimento do STJ foi alterado para declarar a constitucionalidade da cobrança, conforme ementas recentes (...)"

O Acórdão nº 9.384/2006 da DRJSPO-I (fls. 230/242) declarou o lançamento procedente com base na seguinte ementa:

"PROVISÕES- Para fins de apuração do lucro real, são permitidas deduções apenas de provisões expressamente autorizadas na legislação fiscal

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL –Somente há concomitância entre o processo administrativo e judicial se houver identidade entre as matérias discutidas entre ambas as esferas"

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em 19/09/2006, o recurso de fls. 247/269, com os argumentos que resumo:

1) Defende que o fato caracterizado como infração pelo Fisco (redução no lucro real da empresa no ano-calendário de 2001), "não decorre da dedução das despesas reconhecidas no resultado, em razão da constituição de provisões, conforme equivocadamente entenderam os Agentes Fiscais e a Turma Julgadora, mas sim da dedução de despesa reconhecida no resultado em razão da constituição de um passivo efetivo e decorrente de uma obrigação legal com prazo certo e valor determinado, gerada pelo dever de pagar o PIS e a COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, a qual ainda se encontra em pleno vigor em nosso ordenamento jurídico";

2) Ressalta que a premissa do Fisco, repetida pela Turma Julgadora, não é verdadeira, haja vista que os tributos não recolhidos são passivos efetivos, decorrentes de obrigações instituídas por lei, não meras contingências passivas, ou provisões, de modo que o fato narrado pelo Fisco não se subsume à norma inserida no RIR/99, art. 335, conforme será detalhado adiante;

3) Embasada na Lei nº 6.404/76 – Lei das S.A. – (art. 177, § 3º) a CVM, pela Deliberação nº 489/05 aprovou a Norma e Pronunciamento Contábil (NPC) nº 22 do IBRACON, com definições em seu item 6, assim resumidos pela recorrente:

"(i) por provisões: passivos de prazo ou valor incertos;

(ii) por passivo: obrigação presente de uma entidade, decorrente de eventos já ocorridos, cuja liquidação resultará em uma entrega de recursos;

(iii) por obrigação legal: aquela que deriva de um contrato (por meio de termos explícitos ou implícitos), de uma lei ou de outro instrumento fundamentado em lei;

(iv) por contingência passiva: uma possível obrigação presente cuja existência será confirmada somente pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros, que não estejam totalmente sob o controle da entidade."

4) Argumenta que, em 2001, auferia receitas sujeitas à incidência do PIS e da COFINS e que, por determinação legal, nasciam as obrigações tributárias com a ocorrência dos fatos geradores, como previsto no art. 113 do CTN, que dispõe:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.”;

5) Sustenta que a obrigação tributária é necessariamente uma obrigação legal, por força do princípio insculpido no art. 150, inciso I, da Carta Magna, que veda a exigência ou o aumento de tributo sem lei que o estabeleça;

6) Assim sendo, entende que “sempre que se estiver tratando de uma obrigação tributária (obrigação legal), o seu registro nas demonstrações contábeis nunca dará origem a uma mera provisão, mas sim a uma efetiva obrigação de prazo e valor certo, definida no texto legal que instituiu o tributo.”;

7) Alega que a suspensão da exigibilidade do crédito em nada interfere na natureza da obrigação tributária, nos termos dos artigos 139 e 142 do CTN que enuncia;

8) Referencia o Anexo II da Deliberação CVM nº 489/05 e o PN CST nº 78/1978 em reforço a seus argumentos;

9) Defende a inaplicabilidade, ao caso sob análise, dos dispositivos elencados no enquadramento legal;

10) Assevera que “o evento ocorrido é representativo pela *inclusão das despesas na apuração do lucro real da Recorrente relativas aos passivos decorrentes de obrigações legais de pagamento do PIS e da COFINS*. Contudo, a norma legal mencionada pelos Auditores Fiscais como fundamento à autuação não corresponde a este evento, e sim à inclusão no lucro real de despesas com a constituição de meras provisões com contingências passivas”

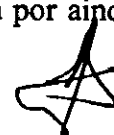
11) Cita precedentes deste Conselho, em reforço ao seu posicionamento;

12) Defende a nulidade do auto de infração em decorrência de erro material, citando Paulo de Barros Carvalho (in Curso de Direito tributário. Ed. Saraiva. 2000, pg. 244), que ensina que “*diremos que houve a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária) (...) mas esse enquadramento do fato à hipótese normativa há de ser completo, para que se dê, verdadeiramente, a subsunção. É aquilo que se tem por tipicidade, que no Direito tributário, assim como no Direito Penal, adquire transcendental importância.*”;

13) Sustenta que existe relação intrínseca entre a ação discutida judicialmente e o auto de infração lavrado contra a Recorrente; e

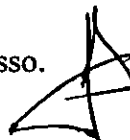
14) Por fim, sustenta a ilegalidade e a inconstitucionalidade da incidência da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora.

Na sessão de julho/2008 pedi a retirada do processo de pauta por ainda não ter formado convicção a respeito da matéria.



Para esta sessão (ago/2008) já dirimi as dúvidas anteriores e me sinto em condições de proferir o voto, mesmo considerando o conteúdo do novo Parecer apresentado pela Recorrente.

Este é Relatório detalhado do processo.



Voto

Conselheiro JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

A questão está diretamente ligada à natureza da despesa registrada pelo contribuinte a título de “COFINS sobre Vendas” no valor de R\$ 87.786.944,08, no ano-calendário de 2001, contendo o histórico de “COFINS – alíquota Lei 9.718/89”.

Claro está que, por ser conta de crédito, a mesma influi na apuração do lucro líquido, ponto de partida para a determinação do lucro real, base impositível do IRPJ.

O valor em litígio é objeto da Medida Cautelar nº 1999.61.00.003589-8, em que o contribuinte pleiteia a inexistência da COFINS e do PIS nos moldes da Lei nº 9.718/98.

O cerne da questão é se definir a natureza de tal despesa, se corresponde à uma provisão para contingência como entende a Recorrida ou se corresponde à uma obrigação legal como defende a Recorrente.

A diferença fundamental entre os dois tipos de despesa é que aquelas constituídas para gerar provisões são, como regra geral, indedutíveis, com as exceções expressamente previstas em lei.

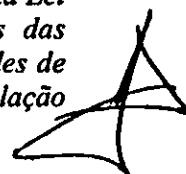
Já as despesas constituídas para gerar obrigações são, como regra geral, dedutíveis, com as exceções expressamente determinadas em lei.

Ou seja, as duas despesas possuem naturezas opostas na legislação de regência do IRPJ.

A Recorrida declarou o lançamento procedente, fundamentada no texto do art. 13, inciso I da Lei nº 9.249/95, que dispõe:

“Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;”



Concluiu, então, que:

"Portanto, o contribuinte ao levar à conta de resultado a contrapartida do lançamento em conta de provisão, agiu em desacordo com a legislação fiscal, devendo o montante ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real".

Já a Recorrente se fundamenta no art. 41, da Lei nº 8.981/95, que determina que o registro das obrigações tributárias obedecerá ao regime de competência, ressaltando que não se inclui nas exceções previstas no § 1º (suspensão da exigibilidade do crédito na forma dos incisos II a IV do art. 151 do CTN).

Destaco o texto legal:

"Art. 41. Os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica aos tributos e contribuições cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos dos incisos II a IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 1966, haja ou não depósito judicial."

Passo a decidir.

Qual a conduta correta de um auditor-fiscal ao verificar a falta ou insuficiência de pagamento e de declaração para com o PIS e a COFINS nos períodos objeto de discussão judicial?

Por exercer atividade vinculada à Lei deve o preposto do Fisco lavrar os competentes autos, efetuando o lançamento de ofício.

A resposta é óbvia, pois a situação descrita caracteriza infração às legislações de regência das citadas contribuições.

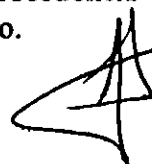
Ora, se existe lei tributária em vigor e a ação judicial ainda não transitou em julgado, o contribuinte possui uma obrigação tributária em seu Passivo.

No ano-calendário de 2001 vigia o regime de competência para a dedutibilidade de despesas com obrigações tributárias.

E, o presente caso, medida liminar e sentença concedida nos autos de medida cautelar inominada, não se enquadra nas hipóteses de exceção à regra geral.

Assim sendo, concluo pela dedutibilidade, na apuração do lucro real, da despesa objeto da autuação.

Deste modo, resta caracterizada a improcedência do lançamento e, por conseguinte, a necessidade de reforma do acórdão recorrido.



Isto posto, manifesto-me por DAR provimento ao recurso.

Eis como voto

Sala das Sessões-DF, em 13 de agosto de 2008.



JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA