



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Recurso nº. : 118.225
Matéria : IRF – Ano: 1991
Recorrente : NORTE GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
Recorrida : DRJ em FORTALEZA - CE
Sessão de : 08 de dezembro 1999
Acórdão nº. : 104-17.284

IRF - IMPOSTO SOBRE O LUCRO LIQUIDO – ILL - A incidência do imposto de renda na fonte sobre o Lucro Líquido (ILL) só ocorre quando o lucro for efetivamente distribuído aos acionistas ou quotistas pessoas jurídicas.

Recurso provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por NORTE GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.

ACORDAM os membros da Quarta 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.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO

PRESIDENTE

JOSE PEREIRA DO NASCIMENTO

RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 JAN 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, ELIZABETO CARREIRO VARÃO, JOÃO LUÍS DE SOUZA PEREIRA e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284
Recurso nº. : 118.225
Recorrente : NORTE GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.

RELATÓRIO

Foi lavrado contra a contribuinte acima mencionada, o Auto de Infração de fls.03, para exigir-lhe o recolhimento do IR Fonte sobre Lucro Líquido(ILL), acrescido de encargos legais, em decorrência de irregularidades apontadas pela fiscalização, a saber:

a)- Saldo devedor de correção monetária relativa ao ano de 1990, correspondente a diferença IPC/BTNF de que trata o art. 3º da Lei n.º 8.200/91, cujo valor foi deduzido do resultado do período base de 1991 e não adicionado para efeito de apuração do ILL, conforme demonstrativo de fls. 12/16;

b)- Valores deduzidos do resultado do período-base de 1991 e não deduzidos para efeito de apuração do ILL, relativas as parcelas dos encargos de depreciação e do custo dos bens baixados, correspondentes à diferença de correção monetária IPC/BTNF que tratam os arts. 3º da Lei n.º 8.200/91 e art. 39 do Decreto n.º 332/91, conforme apurado pela fiscalizada através dos demonstrativos de fls. 12/16;

c)- O contribuinte deixou de adicionar na base de cálculo do ILL, valor decorrente de baixa de investimento adicionado ao lucro líquido para efeito de apuração de lucro real, lançado no quadro 14, item 14 da declaração IRPJ/92.

Não se conformando com a exigência, apresenta o interessado a impugnação de fls. 27/68 onde em síntese, alega o seguinte:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

EM PRELIMINAR

1-Por força do que dispõe a legislação de regência, toda e qualquer infração às normas tributárias há de ser apurada através de procedimento administrativo que, por seu turno, há de ser lavrado em estrita conformidade com a lei (princípio da legalidade). O prazo para conclusão da ação fiscal, de acordo com o § 2º do art.7º do Decreto n.º 70.235/72 é de 60 dias contados do termo de início de fiscalização, sendo obrigatório, ao seu final, a lavratura do auto de infração ou, se for o caso, a sua prorrogação. Como, no presente caso, o procedimento fiscal foi iniciado em 04/03/94 e concluído somente em 29/06/95, e não tendo havido a prorrogação, ocorreu a preclusão do direito do fisco efetuar o lançamento, devendo o mesmo, consequentemente, ser considerado nulo, conforme lição do saudoso mestre Aliomar Baleeiro, *"a inobservância da forma prescrita em lei ou regulamento, enfim "legislação tributária, induz a nulidade do ato,...."*

2- A atividade de auditoria contábil e pericial, bem como de levantamentos e informações contábeis realizada na contabilidade das empresas e demais instituições, inclusive públicas, é privativa do profissional de contabilidade, ou seja, deve ser procedido por profissional habilitado, legalmente inscrito no Conselho Regional de Contabilidade, nos termos do artigo 4º,inciso I, da Lei Federal n.º 4.717/65 e artigo 5º, incisos XIII e XIV, da Constituição Federal.

No presente caso, não obstante o agente fazendário Ter exercido atividade e tarefa típica da profissão, não está habilitado para o exercício de tarefas ou trabalhos privativos do contador, fato bastante para invalidar o referido levantamento contábil e, por conseguinte, da peça fiscal que findou lavrada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

3- Não há na peça descritiva do auto de infração, a narração clara, precisa e compreensiva dos fatos e do direito que legitime as exigências contidas no inusitado procedimento fiscal. Como complemento das informações acerca das ocorrências verificadas, deverão os agentes fazendários descrever, obrigatoriamente, no Livro Fiscal próprio (Termo de Ocorrências), de forma minuciosa, os fatos constatados e as medidas adotadas, ou, quando não lavrados em livro, entregar cópia autenticada à pessoa sob fiscalização (art.8º do Decreto preensível os enunciados referentes aos itens 3, 6 e 7 do auto de infração – IRPJ, devendo, desta forma, ser reconhecida a nulidade, por cerceamento do direito de defesa.

NO MÉRITO:

A)- O procedimento fiscal é também nulo, porque foi lavrado fora do estabelecimento do contribuinte, desrespeitando, desta forma, o disposto no art. 10 do Decreto n.º 70.235/72. Tal assertiva comprova-se com o fato do agente fiscal, ao comparecer ao estabelecimento da defendant no dia 03/07/95, já estava com o referido auto de infração concluído. Com isso, a defendant ficou impossibilitada de acompanhar o desenvolvimento regular da ação fiscal e a verificação "in loco" das supostas faltas cometidas, bem como a origem e a forma pela qual as informações foram coletadas. Assim, em se tratando de atividade vinculada e regrada, é condicionada à observância rigorosa e restrita da expressa previsão legal, sob pena de infringir os mandamentos constantes dos artigos 141, 142 e 144 do CTN; art. 10, *caput*, do Decreto n.º 70.235/72, e, ainda, as normas de conduta funcional a que se refere a Lei Federal nº8.112/90, art. 116, incisos I e II, Estatutos, 5º, II, e art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

B- O lançamento não se baseou em regular levantamento da contabilidade da ora defendant, nem se ateve ao exame de balanços e balancetes para o necessário e imprescindível cotejo dos ajustes para a determinação dos valores tributáveis no Livro de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

Apuração do Lucro Real (LALUR). Também não fez evidenciar o *quantum* do imposto devido (período base de 1991) posto que sem contar ou mencionar na apuração os ajustes para a determinação dos valores tributáveis, fez surgir uma obrigação tributária sem qualquer sustentáculo e levantamentos inadequados e irreais, não podendo prosperar.

C- Quanto aos fatos relatados nos itens que compõem o auto de infração a defesa argumenta que:

1-Alguns documentos solicitados pela fiscalização não puderam ser apresentados em tempo hábil, dado o grande número de documentos mantidos no arquivo da empresa.. Desta forma, os valores relacionados no presente item, como decorrentes da falta de documentação comprobatória, na realidade não o são, tendo, inclusive, alguns deles sido requisitado mais de uma vez pelos autuantes, como é o caso da Nota Fiscal n.º 0204. Foram anexados ao presente diversos documentos comprobatório dos lançamentos contábeis, demonstrando a regularidade dos elencados.

A prova incontestável dos esforços da defendant está no fato de contactar junto aos fornecedores visando obter destes, cópias das notas fiscais de aquisição ou declarações em que discriminasse os números das notas e seus valores.

Quanto às despesas de viagens, não puderam ser apresentadas por referirem-se a pequenas despesas, tais como: táxi, gorjetas, conserto de pneus, etc.

Com relação aos documentos rejeitados por não atenderem às formalidades legais, os mesmos apresentam apenas erro de natureza formal, não trazendo prejuízo ao fisco considerando-se que os mesmos se referem a descontos concedidos nas vendas GLP a representantes que, na maioria das vezes, estão estabelecidos em lugares distantes do escritório do contribuinte, estando devidamente identificados nos respectivos recibos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

2- A despesa de propaganda glosada, refere-se à realização de um serviço em parceria com a Clama Transportes e Comércio Ltda, tendo a autuada reembolsado, em data posterior, à referida transportadora os valores gastos, conforme atestam o cheque emitido e o recibo referente àquela despesa. O fato do recibo Ter sido emitido em nome da transportadora, quando deveria Ter sido emitido em nome da defendant, não é suficiente para descharacterizar a referida despesa.

Quanto à despesa de aluguel, a mesma também é necessária, já que o funcionário beneficiado com a locação do aparelho telefônico desempenhava função relevante para a defendant na área de serviços gerais, onde a comunicação era fundamental em qualquer hora do dia ou da noite. Como a situação financeira do mesmo não permitia possuir ou alugar telefone, coube à empresa arcar com a despesa.

Já com relação à despesa de funeral, trata-se de atropelamento e morte de uma criança, por parte de um veículo de propriedade da empresa, sendo a esta atribuída a responsabilidade pelo lamentável evento. O imprevisto acidente, acima do dever moral, está relacionado com a atividade desenvolvida pela empresa, uma vez que o risco faz parte do negócio.

3- Não houve por parte dos autuantes a devida observância dos critérios a serem adotados quanto da aquisição dos bens de natureza permanente, a saber: o seu valor unitário e o seu prazo de vida útil.

Os valores debitados referentes a obras de construção civil, consistem em despesas com reformas no prédio onde se situa a sede da empresa, tais como: da Central de Ar Condicionado, da Central de Processamento de Dados, do Setor de Cobrança, do Setor de Tesouraria, dentre outros. Tais despesas não trouxeram aumento de vida útil ao



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

imóvel, por se tratar, apenas e tão somente, de pinturas e outros serviços de manutenção que objetivaram manter os bens da empresa em condições eficientes de operação.

Acrescente-se que, se tais despesas fossem consideradas obras de construção civil, deveria ter sido elaborado um projeto pela construtora responsável pela execução e submetido a aprovação do CREA. Portanto, as despesas são necessárias e dedutíveis na apuração do lucro real.

O autuante não se atreve ao exame isolado e independente de cada documento fiscal para identificar seu conteúdo e a destinação dos materiais adquiridos. E não se venha argumentar que o entendimento fiscal teve a ampará-lo, meros pedidos de compra acostados às notas fiscais de aquisição de materiais, com possíveis indicação acerca de sua destinação. O que identifica a destinação dos materiais adquiridos é a sua identificação nos documentos fiscais relativos à sua aquisição, e não em meros registros ou anotações.

As outras despesas apontadas como bens de natureza permanente referem-se, em sua totalidade à substituição de peças desgastadas, conservação e pequenos reparos de bens do ativo imobilizado, tendo como fim mantê-los em condições de operacionalidade, porquanto não implicam no aumento de sua vida útil.

A jurisprudência dominante, consagra plenamente o procedimento adotado pela defendant, quanto aos registros de bens como custos ou despesas no resultado do exercício, quando os mesmos não possuam caráter de inversão fixa, valendo citar os acórdãos Ac.CSRF 01-838/88, Ac.1º CC 103-9.966/90, Ac.1º CC 105-2.715 e Ac.1º CC 101-80.191 (vides fls.50/51).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

4-De acordo com o Regulamento do Imposto de Renda- RIR/66, aprovado pelo Decreto n.º 58.400/66, e o regulamento subsequente – RIR/75, aprovado pelo Decreto n.º 76.186/75, era vigente o regime de caixa, sendo o efetivo pagamento requisito necessário para dedução dos tributos, ressalvado os casos de reclamação ou recursos tempestivos. Prevalecia, também o princípio da independência dos exercícios, que proibia a dedução, em um exercício financeiro, de despesa atinente a outro.

Advindo o CTN, passou-se a suspender a exigibilidade do crédito tributário, entre outros casos, também no caso de depósito do seu valor integral e na concessão de liminar em Mandado de Segurança. O Parecer Normativo CST n.º 174/74, admitiu que esses novos casos deviam incluir-se naqueles em que a dedutibilidade era aceita mesmo sem o efetivo pagamento.

No plano da legislação comercial, a Lei das S/A (Lei nº6.404/76) adotou o regime de competência. A legislação do imposto de renda, amoldando-se a tal dispositivo, fixou através do art.16 do Decreto-lei n.º 1598/77 (atual art.225 do RIR/80), que os tributos são dedutíveis, como custo ou despesas operacional, no período-base de incidência em que ocorrer o fato gerados da obrigação tributária.

Na Exposição de Motivos do referido Decreto-lei está expressamente escrito que a dedutibilidade deve obedecer ao regime de competência, independentemente do efetivo pagamento. Assim, o contribuinte deve deduzir o tributo no exercício em que a obrigação tributária surge, mesmo que não pague ou questione sua legitimidade, pois sendo a obrigação tributária “ex-lege”, a lei e o ato administrativo têm presunção de validade, existência e eficácia, até que declarado o oposto pelo judiciário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

Desta forma, inexiste qualquer motivo plausível para justificar a glosa da provisão das contribuições sociais. Tudo indica que os autuantes estavam predispostos a autuarem a defendant, mesmo sem motivo justo ou legal.

5- O art.43 do CTN estabeleceu que o imposto de renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza. Assim, classificar como receita operacional a variação monetária dos depósitos judiciais é um afronta ao citado dispositivo, pois tratam-se de valores indisponíveis econômica e juridicamente.

Sobre o assunto, o Conselho de Contribuintes decidiu através do acórdão nº 103.11.961 – processo nº 11.065.001.382/89-65 – que o depósito em juízo encontra-se econômica e juridicamente indisponível (vide fls.55/56).

Não procede, assim, a pretensão fiscal em classificar a variação monetária dos depósitos judiciais, como receitas operacionais da defendant.

6- A autuada, para desenvolver sua atividade de envasamento de GLP, precisa manter seu lastro de botijões em perfeito estado de conservação. Para tanto, é necessário que os vasilhames que forem encontrados com defeitos, sejam baixados de seu ativo permanente, por não atenderem mais as exigências do órgão fiscalizador, no caso o Departamento Nacional de Combustíveis.

No caso em questão, é impertinente a exigência da autoridade fiscal em intimar a empresa a apresentar a documentação que comprove a efetiva saída dos vasilhames do seu patrimônio, já que as baixas estão sobejamente documentadas com os laudos emitidos por engenheiros, atestando a inadequação dos vasilhames para acondicionamento de GLP, e em Demonstrativos, onde estão registrados, além dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

vasilhames baixados em laudos, outras baixas em função de incêndio ocorrido no terminar de envasamento de gás.

Para operação de baixa dos vasilhames se faz bastante que os recipientes não mais possam ser utilizados e que sobre tais fatos existam os apontados lançamentos com base em laudos técnicos. Não pode subsistir, portanto, a pretensão fiscal aludida no Auto de Infração.

7-Na presente lide, a fiscalização fez presumir que não poderia a empresa vender bens do ativo imobilizado, quando ainda possuía um saldo desses bens no estoque circulante da ordem de 22%. Mera afirmação, desprovida de sentido. Mera presunção, ao desamparo de qualquer elemento de prova.

Toda e qualquer atuação fulcrada em presunção fiscal deve ser afastada de plano e repelida com veemência, por não ser da essência do Direito Tributário, a imposição de imposto ou contribuição com base em levantamento superficial e sem respaldo contábil e jurídico, a determinar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Tais atitudes tem sido banidas do mundo jurídico pelo Poder Judiciário, valendo citar decisão da 9ª Turma da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, datada de 01/12/88 (vide fls.59).

8- O 1º Conselho de Contribuintes decidiu através do acórdão nº 103.07.772/87 que a glosa de bens ativáveis deduzidos como despesa, não justifica o lançamento de sua correção monetária a crédito da conta de resultado. Neste sentido, foram também emitidos os acórdãos nº s 103-07.770/87, 103-07.780/87, 103-07.878/87, 103-07.794/87, 103-07.814/87, 101-77.138/87, 101.77.260/87 e 103-07.982-87.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

E mais ainda. Decabe a tributação da correção monetária calculada sobre o valor de bem que foi imputado a custos ou despesas operacionais, porque referida imputação equivale a uma baixa total do bem e, nesse caso, ele não figurará, no ativo do balanço a ser corrigido. Este entendimento também foi mantido pelo Conselho de Contribuintes em diversos Acórdãos.

O Conselho de Contribuintes decidiu no acórdão n.º 103-07.982/87 que o lançamento de bens ativáveis como despesas operacionais equivale à depreciação total no período-base das aquisições e que a correção monetária da depreciação anula a correção monetária dos bens, nada tendo a tributar em matéria da correção monetária. Sendo assim, é improcedente a exigência fiscal constante deste item.

9- A Lei n.º 8.200/91 que instituiu a correção monetária complementar, pela diferença IPC/BTNF, determinou no seu art.3º a postergação, na determinação do lucro real, das parcelas correspondentes aos saldos devedores e credores da correção monetária, sem fazer referência às parcelas de compensação de prejuízos fiscais.

Ao regular a matéria, o Decreto n.º 332, art.40, § 1º , inclui a parcela correspondente aos prejuízos fiscais, dentre as hipóteses de postergação previstas na Lei n.º 8200/91.

No entanto, não estando tal disposição constante na Lei n.º 8.200/91, não podia o Poder Executivo alterar e muito menos acrescer, a exigência, já que o nosso sistema positivo de direito acha-se vinculado ao princípio da legalidade, por isso, é inadmissível a existência autônoma de regulamento, decreto ou portaria emitido pelo referido poder.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

Assim, o Decreto, como ato administrativo de caráter normativo, tem necessidade de se ater aos termos expostos na Lei. Neste sentido vale citar PONTES DE MIRANDA, GERALDO ATALIBA E SEABRA FACUNDES (vide fls.65/66).

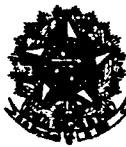
Portanto, é improcedente a exigência fiscal no que se refere a adição ao lucro real das parcelas dos prejuízos fiscais compensadas no período-base de 1991, fundamentada no Decreto nº 332/91.

10- No que tange ao aspecto do benefício fiscal do Programa de Alimentação do Trabalhador, o Decreto nº 05/91, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 349/91, ao estipular condição inexistente na Lei nº 6.321/76, exposta no seu art.1º , *"inatendido pela ora impugnante, inovou ilegalmente no sistema positivo do direito, sendo, por conseguinte, nessa parte excedente inoponível a qualquer administrado na parte subsuntiva que extrapolou a lei".*

Assim, pelos mesmos motivos expostos no item anterior, deve ser julgada improcedente a exigência em questão.

Diante do exposto, a defesa conclui requerendo que seja declarado nulo e de nenhum efeito jurídico o auto de infração em referência, ou se assim não entender, seja julgado improcedente a ação fiscal, medida que se impõe em respeito a Lei e ao Direito.

Protesta ainda a defendant, em caso necessário, pela produção de todos os meios de prova em direito permitidos, especialmente, pela juntada posterior de documentos, diligência, inclusive perícia técnica contábil para o deslinde dos itens nºs 3,6 e 7 do presente auto de infração, bem como outras provas que o caso necessite, o que de logo ficam requeridas.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

A decisão monocrática julga no sentido de rejeitar as preliminares arguidas, para no mérito entender que a contribuinte apresentou a mesma defesa apresentada no processo relativo ao IRPJ, muito embora este processo não seja reflexo daquele, não questionando as infrações que embasam o presente procedimento, mantendo por conseguinte o lançamento efetuado, reduzindo contudo a multa de ofício de 100% para 75% em fase do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Intimado da decisão em 20.06.97, protocola a interessada em 21.07.97, o recurso de fls. 198/216, onde argui em síntese o seguinte:

a)- que o lançamento é nulo, tendo em vista que, entre a instauração e conclusão do procedimento fiscal decorre tempo superior a um ano, quando a lei de regência determina que não poderia ser superior a sessenta dias, contados do Termo de Início da Fiscalização.

b)- que a atividade de auditoria contábil e pericial é privativa do profissional de contabilidade legalmente inscrito no Conselho Regional de Contabilidade, não estando o fiscal autuante habilitado para tal, fato que põe si só, seria bastante para invalidar o levantamento fiscal;

c)- que o invalidar ainda o Auto de Infração, registra-se a sua insubordinação à Lei de regência, quando subtraí ao Contribuinte, os meios que possibilitem o exercício regular de sua defesa, pela falta de clareza na descrição fática, impossibilitando a perfeita compreensão do que lhe é assacado de irregular e do que lhe é exigido;

d)- que o procedimento fiscal é também nulo, porque fora lavrado fora do estabelecimento do contribuinte.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

NO MÉRITO

a)- que a decisão singular entendera como se não houvesse impugnação ao mérito, fazendo-se mister retificar a defesa neste tocante, salientando que referida falha não impede que venha este Conselho conhecer das razões meritórias, para acatando-as, reformar a decisão recorrida;

b)- que há que se restringir o mérito do presente processo administrativo, acerca da constitucionalidade ou não do Imposto Sobre Lucro Líquido;

c)- que o imposto de renda na fonte denominado de "*Imposto Sobre Lucro Líquido*" ILL somente poderá incidir quando houver a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Enquanto não distribuído efetivamente o lucro, este não estará na disponibilidade dos sócios, não se configurando o pressuposto material necessário a cobrança do imposto sobre distribuição de lucro. O imposto é sobre a renda. O que não for renda não pode ser objeto de incidência. Cita o artigo 43 e 116 do CTN;

d)- que a própria Lei nº 7713/88, no seu art.2º , estabelece que o imposto será devido à medida que forem sendo percebidos os rendimentos, reconhecendo assim expressamente, como fato gerador, o efetivo recebimento do rendimento pelo beneficiário, citando doutrina de Brandão Machado;

e)- que os lucros podem ter outras destinações, que não a sua distribuição aos sócios, exceção feita, *companhias* (art.202, da Lei nº 6404/76);



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

f)- que enquanto não houver deliberação a respeito da distribuição do lucro, o sócio não tem disponibilidade jurídica sobre esse lucro apurado ao encerramento do período base;

g)- que a Lei ordinária, no caso a Lei nº 7.713/88, não pode inovar hipóteses que fujam dos fatos previstos na Constituição Federal ou no Código Tributário Nacional, porque estará infringindo a hierarquia das leis;

h) – que pela redação do art.43 do CTN, o fato gerador do imposto de renda concretiza-se com a aquisição de efetiva disponibilidade econômica ou jurídica de renda;

i)- que é censurável a nova imposição de recolhimento do imposto de renda na fonte prevista na Lei nº 7.713/88;

j)- que outro aspecto relevante, diz respeito a circunstância de o lucro líquido disponível para qualquer destinação, está sendo objeto de tributação na pessoa jurídica, podendo ser utilizado para aumento de capital da pessoa jurídica, conforme art.63 do Decreto-lei nº 1.598/77;

k)- que como se vê sob qualquer ângulo que examinada, afigura-se inconstitucional a cobrança buscada no auto de infração mencionado e confirmado pela decisão recorrida que está a mesma a merecer reforma;

Por fim pede provimento ao recurso.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

VOTO

Conselheiro JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, Relator

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de primeira instância, que rejeitou as preliminares arguidas, para no mérito manter o lançamento, por entender que a contribuinte não questionou expressamente as infrações descritas no auto de infração.

Em suas razões recursais a recorrente argui que muito embora ocorrido falha na digitação da impugnação, isto não impede venha este Colegiado conhecer das razões meritórias, para acatando-as reformar a decisão recorrida.

Consoante se colhe do relato, a pedra angular da questão é saber se houve o fato gerador da obrigação tributária aqui exigida.

O fato gerador do imposto está assim definido pelo artigo 43 do CTN, que assim dispõe:

"Art. 43 – O imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica.

I- de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

II- de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Do dispositivo acima se colhe que, em não havendo a disponibilidade econômica ou jurídica, que só configura no caso, pelo crédito ou pagamento dos lucros gerados na pessoa jurídica, aos seus sócios ou acionistas, também não há fato gerador do imposto, na medida em que não podem eles dispor livremente desses valores.

A exigência fiscal está capitulada no artigo 35 da Lei nº 7.713/88.

Contudo, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 172.058-1/210-SC, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Farias de Mello, declarou, pelo seu Plenário, inconstitucional, com relação aos acionistas e aos sócios quotistas, o artigo 35 da Lei nº 7.713/88.

Em face dessa decisão, o Senado Federal, através da Resolução nº 82, de 18.11.96, suspendeu a execução do artigo 35 da Lei nº 7.713/88.

Não há nos autos qualquer prova ou evidência, de que tenha havido distribuição de lucro que pudesse ensejar fato gerador do imposto aqui reclamado.

Destarte, após a análise da questão do recurso, acompanhando o entendimento desta Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que o artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional para as sociedades anônimas, e, em certos casos, como o presente, para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, nos termos do pronunciamento do STF e da Resolução nº 82/96 do Senado Federal.



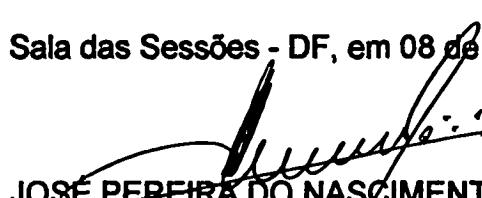
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10380.006233/95-87
Acórdão nº. : 104-17.284

Assim é que, considerando que o ato unconstitutional é invalido e judicialmente inexistente, não produzindo qualquer efeito desde a sua origem, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, o crédito tributário constituído na forma deste processo deve ser exonerado na sua totalidade.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, e, no mérito, dar-lhe provimento, julgando prejudicadas as preliminares argüidas.

Sala das Sessões - DF, em 08 de dezembro de 1999


JOSE PEREIRA DO NASCIMENTO