



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

Processo n°	10680.720499/2005-30
Recurso n°	151.490 - Voluntário
Matéria	IRF - Anos: 2000 a 2004
Resolução n°	102-02.314
Sessão de	20 de outubro de 2006
Recorrente	PREVIMINAS - FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL MINAS GERAIS
Recorrida	3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

RESOLUÇÃO Nº 102-02.314

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PREVIMINAS – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL MINAS GERAIS.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos e Antônio José Praga de Souza (Relator) que não conhecem do recurso, frente à opção pela via judicial. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
Redator designado

FORMALIZADO EM: 17 OUT 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, SILVANA MANCINI KARAM e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

A

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por Previminas - Fundação de Seguridade Social Minas Gerais contra decisão proferida pela 3ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) em Belo Horizonte - MG, que julgou procedente o auto de infração do Imposto de Renda Retido na Fonte, relativo a períodos de apuração de junho/2000 a dezembro/2004, lavrado e cientificado em 29/06/2005 (fl. 6).

Transcrevo, a seguir, o relatório da decisão recorrida que ora adoto (verbis):

"O auto de infração a folhas 6 a 87 exige do sujeito passivo crédito tributário de R\$ 138.972.157,68, assim discriminado:

<i>Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF)</i>	<i>R\$ 65.215.998,91</i>
<i>Juros de Mora (calculados até 31/05/2005)</i>	<i>R\$ 24.844.160,76</i>
<i>Multa proporcional</i>	<i>R\$ 48.911.988,01</i>

A - DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES IMPUTADAS

Fazendo referência ao termo de verificação fiscal a folhas 88 a 100, a autuante atribui à autuada as infrações adiante enumeradas e resumidamente descritas, conforme dados e informações extraídas da motivação dada ao lançamento. Situam-se entre junho de 2000 e dezembro de 2004 as datas dos fatos geradores abrangidos pelo lançamento.

1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF SOBRE GANHOS MENSAIS EM OPERAÇÕES NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL (AÇÕES). A autuada, entidade fechada de previdência privada (EFPP), auferiu ganhos mensais em operações de venda de ações no mercado de renda variável, mas não recolheu o IRRF correspondente, nos valores indicados no demonstrativo a folhas 101 a 111. Enquadramento legal: artigos 72, 73, 83 inciso I 'a', da Lei nº 8.981, de 1995; artigo 6º § único da Lei nº 9.959, de 2000; artigos 758, 760, 761, 762, 770 § 2º inciso II, 852 e 859, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR 1999); artigos 23, 24, 25, 30, 33 inciso II, da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF SOBRE RENDIMENTOS OBTIDOS NO RESGATE DE TÍTULOS DE RENDA FIXA. Embora a autuada tenha obtido rendimentos com a venda de títulos de renda fixa (CDB, RDB e debêntures), alegando-se imunidade tributária, não foi retido pela fonte pagadora nem recolhido pela beneficiária o IRRF correspondente, conforme apurado no demonstrativo a folhas 112. Enquadramento legal: artigo 65 da Lei nº 8.981, de 1995; artigo 35 da Lei nº 9.532, de 1997; artigos 727, 729, 731, 732, 770 § 2º inciso II, 865 inciso II, do RIR 1999; artigo 17 da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF INCIDENTE SOBRE RECEBIMENTO DE JUROS PERIÓDICOS (DEBÊNTURES) – Exige-se o IRRF incidente sobre o recebimento de juros periódicos produzidos por debêntures, não retido pela fonte pagadora e não recolhido pela autuada, conforme apurado no demonstrativo a folhas 112. Enquadramento legal: artigo 51 da Lei nº 7.450, de 1985; artigo 65 § 3º da Lei nº 8.981, de 1995; artigo 35 da Lei nº 9.532, de 1997; artigos 727, 729, 731, 732, 770 § 2º inciso II, 865 inciso II, do RIR 1999; artigo 17 § 4º da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF SOBRE RENDIMENTOS OBTIDOS COM APLICAÇÃO EM CADERNETA DE POUPANÇA. Embora a autuada tenha auferido rendimentos mensais de suas aplicações em caderneta de poupança, não foi retido pela fonte pagadora nem recolhido pela beneficiária o IRRF correspondente, conforme apurado no demonstrativo a folhas 263 a 273. Enquadramento legal: artigos 65 e 69 § único, da Lei nº 8.981, de 1995; artigos 28, 32 e 35 da Lei nº 9.532, de 1997; artigos 727, 729, 731, 732 inciso II, 773 inciso II, 865 inciso II, do RIR 1999; artigos 17, 20 § 2º da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

5. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF SOBRE RENDIMENTOS OBTIDOS DE APLICAÇÕES EM FUNDO DE RENDA FIXA. Embora a autuada tenha auferido rendimentos de aplicações em fundos de renda fixa, apropriados mensalmente em sua contabilidade, não foi retido pela fonte pagadora nem recolhido pela beneficiária o IRRF correspondente, conforme apurado no demonstrativo a folhas 113 a 239. Enquadramento legal: artigo 76 da Lei nº 8.981, de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995; artigos 28 inciso I, e 35 da Lei nº 9.532, de 1997; artigo 6º inciso III e §§ 1º e 2º da Medida Provisória nº 1.753, de 14.12.1998, e reedições; artigo 6º inciso III e §§ 1º e 2º da Medida Provisória nº 2.132, de 26.01.2001, e reedições; artigos 735, 739 inciso III e §§ 1º e 2º, 740, 770 § 2º inciso II, 865 inciso II, do RIR 1999; artigo 1º, inciso III, § 1º, da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

6. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF DEVIDO NO RESGATE DE COTAS DE FUNDOS DE RENDA FIXA – Exige-se o IRRF incidente sobre os rendimentos auferidos no resgate de cotas de fundo de investimento em títulos de renda fixa, produzidos entre a data da última apropriação e a data do resgate, conforme apurado no demonstrativo a folhas 240 a 262. Enquadramento legal: artigo 76 da Lei nº 8.981, de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995; artigos 28 inciso I, e 35 da Lei nº 9.532, de 1997; artigo 6º inciso III e §§ 1º e 2º da Medida Provisória nº 1.753, de 14.12.1998, e reedições; artigo 6º inciso III e §§ 1º e 2º da Medida Provisória nº 2.132, de 26.01.2001, e reedições; artigos 735, 739 inciso III e §§ 1º e 2º, 740, 770 § 2º inciso II, 865 inciso II, do RIR 1999; artigo 1º, inciso III, § 1º III, da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

7. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF DEVIDO NO RESGATE DE COTAS DE FUNDOS DE RENDA FIXA – Exige-se o IRRF incidente sobre os rendimentos auferidos no resgate de cotas de fundo de investimento em títulos de renda fixa, produzidos entre a data da última apropriação e a data do resgate, conforme apurado no demonstrativo a folhas 240 a 262. Enquadramento legal: artigo 76 da Lei nº 8.981, de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995; artigos 28, 29, 30, 32 e 35, da Lei nº 9.532, de 1997, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.636, de 1997, e suas reedições; artigos 735, 739 inciso III e §§ 1º e 2º, 740, 770 § 2º inciso II, 865 inciso II, do RIR 1999; artigo 1º, inciso III, § 1º III, da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001.

B - IMPUGNAÇÃO DO LANÇAMENTO

Tendo sido notificada do lançamento em 29 de junho de 2005, em 29 de julho de 2005 a autuada apresentou a impugnação juntada a folhas 385 a 422. Os enunciados seguintes resumem o seu conteúdo.

Sendo apresentada dentro de 30 dias do recebimento do auto de infração, esta impugnação é tempestiva.

Discute-se a hipótese de incidência do imposto de renda, para, argumentando-se com base no artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN) e em citações de passagens atribuídas a Rubens Gomes de Souza, Amílcar Falcão, Gilberto de Ulhôa Canto e Hugo de Brito Machado, concluir que a ocorrência do fato gerador do imposto de

renda requer sempre a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica de renda, e que esta renda ocorre por meio do efetivo acréscimo patrimonial do contribuinte.

O acréscimo patrimonial das pessoas jurídicas verifica-se por meio do lucro. Invocando-se passagem atribuída ao Manual de Contabilidade FINECAFI e o artigo 187 da Lei das Sociedades Anônimas, conclui-se que o patrimônio da pessoa jurídica, desde que contabilmente comprovado, sofre alterações de acordo com o lucro ou com o prejuízo percebido; o primeiro incrementa o patrimônio, o segundo minora-o. A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, dispõe que o imposto de renda das pessoas jurídicas é determinado com base no lucro real, presumido ou arbitrado. Ilustra-se o argumento com passagem atribuída a Misabel Derzi. Assim, é inexorável a conclusão de que a sujeição das pessoas jurídicas ao IR exige sempre a percepção pelo contribuinte de lucro no exercício de suas atividades.

O sistema de incidência do IRRF não lhe confere fato gerador diverso do imposto de renda normal. Em qualquer caso, o legislador visa a tributar o acréscimo patrimonial. Em verdade, trata-se de tributos idênticos, o que muda é somente a técnica de arrecadação. Conseqüentemente, qualquer que seja o método de arrecadação, somente se pode tributar pelo imposto de renda (IR) o lucro, o acréscimo patrimonial.

Ainda que o tributo seja retido na fonte, a ele se sujeitam somente as pessoas jurídicas que auferiram lucro no exercício financeiro, de acordo com a apuração complexa e independentemente da renda considerada em separado. Este entendimento ficou demonstrado em decisão proferida pela Justiça Federal. Em conseqüência, as pessoas jurídicas que não sofrem acréscimo patrimonial mediante a percepção de lucro não se encontram sujeitas à incidência do IR, seja qual for sua modalidade de arrecadação.

Até a edição da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o regime jurídico das entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) era estabelecido pela Lei nº 6.435, de 15.07.1977, regulamentada pelo Decreto nº 81.240, de 1978. De acordo com o artigo 34 da Lei nº 6.435, de 1977, elas atuariam supletivamente ao sistema oficial. Tais instituições possuem também outros papéis importantes na economia nacional e distinguem-se por submeterem-se à fiscalização e à regulamentação pelo Ministério da Previdência Social. Ademais, são financiadas por contribuições das empresas patrocinadoras e de seus empregados. O capital assim acumulado permite que no futuro sejam pagas as aposentadorias ou pensões devidas aos beneficiários. Essas entidades, portanto, operam sem ânimo de lucro, como administradoras de recursos que a elas não pertencem e, por isso, não devem sofrer a incidência do IR, especialmente quando ocorre de forma exclusiva e definitiva na fonte. Só se configuraria o fato gerador do IR caso a instituição atue como entidade aberta, despida de suas características peculiares, o que não é o caso.

A autuada destina as contribuições arrecadadas diretamente a três programas, a saber: investimento, administrativo e previdenciário. O resultado financeiro desses programas é destinado obrigatoriamente ao pagamento de benefícios, aposentadorias, pecúlios e resgates dos associados. Os resultados garantem a constituição de provisões ou reservas técnicas, além do gerenciamento da entidade, dentro dos moldes e limites determinados pela Secretaria de Previdência Complementar. Uma vez que a totalidade das contribuições é revertida em benefício dos associados, a autuada não auferir lucro.

Ao contrário das entidades abertas, que podem estabelecer-se sob a forma de sociedade anônima e gerar lucro, as entidades fechadas, de acordo com o artigo 41 da Lei nº 6.435, de 1977, não podem nem sequer ter fins lucrativos e devem constituir-se sob a forma de sociedade civil ou fundação. A Lei Complementar nº 109, de 2001, contém regra idêntica.



Até as sobras do montante destinado ao custeio administrativo é encaminhado a um fundo que também se destina a honrar o compromisso de conceder benefícios previdenciários.

Pela demonstração contábil comprova-se que todas as contribuições e a receita derivada das aplicações são direcionadas a apenas três objetivos: a) pagamento de benefícios no presente; b) constituição de provisões e reservas para garantia de pagamento dos benefícios no futuro; c) aplicações financeiras também destinadas ao pagamento de benefícios. Ilustra o argumento citação de passagem atribuída a Sérgio Luiz Machado.

É impossível afirmar que a autuada aufera lucro, pois a totalidade das receitas é sempre destinada ao futuro acréscimo do patrimônio de outrem, ou seja, de seus participantes.

O superávit que se apura quando as receitas superam as despesas não pode ser equiparado a lucro, para o fim de fazer nascer a obrigação tributária. É que, embora consista num resultado positivo, ele não caracteriza acréscimo patrimonial para a entidade fechada. Primeiramente, porque esta nem possui patrimônio, já que é sem fins lucrativos. Em segundo lugar, porque o superávit é revertido em benefício dos associados, os quais são os seus efetivos proprietários. Se superávit e lucro fossem iguais, não faria sentido a Lei Complementar nº 109, de 2001, proibir a persecução do primeiro mas permitir a busca do segundo.

O superávit não representa aquisição de disponibilidade, em face de sua expressa afetação legal, nos termos do artigo 20 da Lei Complementar nº 109, de 2001. A aquisição de disponibilidade requer a efetiva possibilidade de dispor livremente da renda. Em favor do argumento, cita-se Hugo de Brito Machado.

Nos termos do Ato Declaratório CST nº 17, de 30 de novembro de 1990, a própria Receita Federal reconhece a impossibilidade de tributar o lucro para entidades que não possuem fins lucrativos, simplesmente por estas não realizarem o fato imponible da norma tributária.

Admitindo-se, contudo, a incidência do IRRF, o recolhimento na forma prescrita na atual legislação não subsiste. De acordo com o artigo 6º, § 1º, do Decreto-lei nº 2.065, de 26.10.1983, as EFPC estão isentas do IR, mas estão sujeitas ao IRRF incidente definitiva e exclusivamente na fonte sobre os rendimentos ou ganhos de capital de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável. Entre 01.01.1998 e a edição da Lei nº 11.033, de 2004, era de 20% a alíquota do IRRF para os rendimentos procedentes de aplicações de renda fixa; já para as aplicações de renda variável, a alíquota ficava entre 10% e 20%, dependendo do tipo de aplicação. O artigo 175 do RIR 1999 reproduz essa regra.

Porém, ao invés de isenção, essa norma acarreta o pagamento de tributo (IRRF) que não existiria a não ser por essa forma de exoneração.

Se as EFPC devem recolher o IR, cujo fato gerador é lucro, conclui-se que o fisco entende que essas pessoas jurídicas auferem alguma forma de lucro. Tanto é assim que o fisco busca exigir delas também a CSLL. Na falta duma base de cálculo, pois as EFPC a rigor não geram lucros, deve ser considerada como tal a indicada na Solução de Consulta COSIT nº 7, de 26.12.2001.

Uma tabela constante da impugnação demonstra o 'lucro' da autuada de acordo com a solução de consulta. Fazem-se alguns comentários explicativos e esclarecimentos a respeito dessa tabela, particularmente sobre a formação das reservas de contingências.

Em abono da argumentação, invoca-se acórdão atribuído ao Conselho de Contribuintes cuja relatora teria sido a Conselheira Sandra Maria Faroni.

Diferentemente das sociedades mercantis, a base de cálculo sugerida para as EFPC torna inócuo o efeito de qualquer exclusão ou adição. Não existe na demonstração do resultado do exercício uma provisão denominada formação de reservas de contingências. Esse item, que representa uma exclusão da base, é o próprio resultado, ou seja, a formação da reserva de contingência é a própria destinação do resultado. No caso das EFPC, se uma provisão é desconsiderada e é adicionada, assume-se que o resultado líquido é maior, e este resultado líquido é totalmente dedutível. Daí o efeito inócuo.

Portanto, e já que não houve apuração de lucro, de conformidade estritamente com a Solução de Consulta COSIT nº 7, de 26 de dezembro de 2001, não existe base tributável pelo IR. Isso, além de confirmar que a autuada não auferiu lucro, demonstra que a isenção em causa acaba majorando-lhe a carga tributária, e não reduzindo-a. Desconsiderando a isenção do artigo 175 e parágrafos do RIR 1999, a autuada faria jus à restituição de toda a antecipação do IRRF.

Esse efeito transversal da isenção desvirtua-lhe o espírito, impossibilitando sua aplicação. Qualquer que seja a classificação da isenção dada pelos diversos autores, ela pertence ao Capítulo V do Título III do Segundo Livro do CTN e tem o objetivo de desonerar o contribuinte, ainda que parcialmente. Pela interpretação sistemática do CTN, com a isenção deve haver exclusão do crédito tributário. Assim, caso ultrapassadas as argumentações atinentes à falta de fato gerador do IR, a tributação deve-se fazer apurando-se o lucro real. Nessa hipótese, o auto de infração esvazia-se completamente e deve ser imediatamente cancelado, haja vista que não há base de cálculo.

Caso não seja atendido o pedido anterior, deve-se dar à autuada o mesmo tratamento tributário dado às entidades abertas até 2002. É o que determina o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988. E a partir daquele período deve-se-lhe permitir o recolhimento de acordo com o regime especial de tributação (RET) instituído pela Medida Provisória nº 2.222, de 2001.

Nos termos da Lei nº 9.430, de 1996, até 31.12.2001 as entidades abertas de previdência complementar apuravam o IRPJ pelo regime do lucro real, de forma que podiam deduzir na declaração o IRRF. Somente com a edição da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, a partir de 01.01.2002 os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações das provisões, reservas técnicas e fundos passaram a ser tributados de maneira definitiva na fonte, igualando-se as entidades abertas às fechadas. A diferença de tratamento entre as duas espécies de entidade, viola de maneira evidente a regra da igualdade.

Discorre-se sobre o princípio da igualdade, enaltecido como um dos essenciais e como um dos que constituem o esteio do estado democrático de direito, para concluir que ele está intimamente ligado ao princípio da capacidade contributiva.

A tributação das EFPC nos termos do lançamento quebra o princípio fundamental da igualdade não só pela não desobediência do postulado da igualdade tributária, como também pela violação da regra da igualdade.

A tributação exclusiva e definitiva na fonte dos rendimentos auferidos em aplicações financeiras, impedida a apuração de seu lucro real e conseqüente dedução de despesas, representaria incidência do IR sobre o patrimônio, e não sobre o acréscimo patrimonial, como também ensejaria a tributação havendo prejuízo ou decréscimo patrimonial.



Enquanto as EFPC não têm fim lucrativo, as entidades abertas exploram o setor previdenciário com intuito eminentemente comercial, voltadas ao enriquecimento próprio. Admitindo-se que possuem objetivos diferentes, a regra da igualdade só será respeitada se o tratamento tributário observar essas desigualdades. O tratamento desigual deve apresentar correlação lógica entre o fator diferenciador e a norma tributária aplicável. É de esperar que as EFPC recebam tratamento mais benéfico que as entidades abertas. Mas ocorre o oposto disso. Não há uma justificativa racional para o tratamento mais benéfico conferido às entidades abertas. A situação demonstra não só favoritismo irrazoável do legislador tributário em prol das entidades abertas como também indica agravo injustificado às EFPC.

Conclui-se que a norma que determina a tributação exclusiva e definitiva na fonte dos rendimentos de aplicação financeira das EFPC classifica-se como arbitrária e contrária ao princípio da igualdade. Para sanar a ofensa, deve-se permitir que a atuada siga o mesmo regime das entidades abertas.

O princípio da igualdade determina também que, quanto aos anos de 2002 a 2004, seja facultado à atuada recolher o IR de acordo com o RET instituído pela Medida Provisória nº 2.222, de 2001. Se a todas entidades de previdência complementar fora deferido o direito de realizar os recolhimentos de forma mais benéfica, à atuada deve também ser dispensada essa oportunidade.

A boa-fé com que a atuada se conduziu durante todo o tempo no qual entendia estar acobertada pela coisa julgada que lhe garantia a imunidade constitucional é o que corrobora o seu direito. A atuada possui decisão transitada em julgado que a equipara às entidades assistenciais e, por isso, confere-lhe a imunidade constitucional outorgada a tal tipo de entidade.

A atuada não realizava o recolhimento de impostos devidos não porque fugisse de suas responsabilidades, mas sim por que entendia que a coisa julgada material produzia efeitos até hoje. Comprova sua boa-fé a entrega de todas as DIPJ como pessoa jurídica imune.

Considere-se ainda que o entendimento acerca da imunidade não foi tirado do nada pela atuada. Ainda hoje ela possui uma decisão judicial transitada em julgado que assim a classifica. O alcance dessa decisão é objeto de nova discussão judicial, ainda sem definição. De qualquer forma, havia fortíssimas razões, e ainda as há, para a atuada julgar-se imune a tributos.

Integram a impugnação planilhas em que se demonstra, ano a ano, de 2001 a 2004, o IR calculado de acordo com o RET. Todos os rendimentos e ganhos líquidos foram computados; sobre o montante obtido aplicou-se a alíquota de 20%; o resultado daí extraído foi submetido ao limitador de 12% sobre as contribuições da patrocinadora. Apurou-se IR devido no montante de R\$ 5.923.404,68.

PEDIDO

Pede-se que seja julgada procedente a impugnação e improcedente o lançamento. Sucessivamente pede-se que seja retificado o lançamento, para que o imposto incida sobre o lucro da atuada, apurado conforme determina a Receita Federal. Por fim, se vencido o segundo pedido, pede-se que a tributação se faça de modo idêntico ao tratamento dado às entidades abertas de previdência, ou seja, apurando lucro real até janeiro de 2002, e desde então adoção do RET.



Processo nº : 10680.720499/2005-30

Resolução nº : 102-02.314

A seguir, os autos foram encaminhados à DRJ que em 14/12/2005 proferiu o Acórdão de fls. 454-467, assim ementado:

"ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – RENDIMENTOS DERIVADOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA E DE RENDA VARIÁVEL – Até 31.12.2004, embora as entidades fechadas de previdência fechada estivessem isentas do IRPJ, sofriam a incidência do IRRF os rendimentos por elas auferidos com aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável. A base de cálculo dessa incidência é a fixada na própria legislação do IRRF. O regime especial de tributação instituído pela Medida Provisória nº 2.222, de 2001, em vigor para os anos de 2002, 2003 e 2004, somente se aplica às entidades que por ele formalizaram opção tempestiva."

Cientificada em 06/02/2006, fls. 505, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 06/03/2006, fls. 506-528, representada por advogado (procuração à fl. 423), alegando que (*verbis*):

"(...) IV.1 - DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA NAS ATIVIDADES DA RECORRENTE

'Ab initio', é de se registrar que ao contrário do alegado pela Recorrida, a Recorrente não só contestou todos os fatos narrados pela autuação como demonstrou que a tributação levada a efeito no auto de infração afronta o Código Tributário Nacional, os Princípios Constitucionais que regem o exercício de tributar, bem como a própria Constituição Federal de 1988.

Afirma a decisão recorrida que o imposto sobre a renda pode incidir sobre rendimentos isoladamente percebidos, a despeito da existência de lucro ou acréscimo patrimonial. Desta forma, a decisão diz ser correta a cobrança definitiva e exclusiva na fonte do IR sobre os rendimentos auferidos pela Recorrente, malgrado a mesma não perceba lucro ou acréscimo patrimonial.

E aqui, é bom reiterar que a decisão ora recorrida em momento algum discorda do fato de que a Recorrente não auferiu lucro ou acréscimo patrimonial. Apenas diz que tributação pelo IR independe destes (lucro, acréscimo patrimonial), porquanto pode tributar isoladamente os rendimentos auferidos em aplicações financeiras.

Adiante, porém, restará amplamente demonstrado o crasso erro desta afirmação.

Apesar das várias formas de se tributar pessoas jurídicas pelo Imposto de Renda, o tributo incide, invariavelmente, sobre a aquisição de renda tributável, fato distinto da mera percepção de rendimentos isolados, tal como o rendimento em operação financeira.

(...)

Outrossim, é também público e notório que nas pessoas jurídicas o acréscimo patrimonial ora referido verifica-se através do lucro tributável ou lucro real.

Em um dado momento, o contribuinte (pessoa jurídica) possui um determinado patrimônio X. Durante o período de apuração, este apura um lucro tributável de Y, e passa a contar com um patrimônio, para efeitos fiscais, de Z que é o somatório de X+Y. O imposto de renda irá incidir justamente sobre esta diferença Y (Z-X) que é o lucro tributável, ou seja, o quanto de "riqueza nova" que foi somado ao patrimônio do contribuinte durante o período de apuração.

Importante ressaltar, que para as pessoas jurídicas, independentemente da forma ou prazo estipulado para o período de apuração, o fato gerador do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza é complexo, porquanto leva em consideração os eventos ocorridos em um lapso temporal pré-determinado (que pode ser de um mês, um ano, um milhão de anos, repita-se) dentro do qual será possível avaliar que houve, ou não, a percepção de rendas tributáveis; se houve, 'mutatis mutandi's, acréscimo patrimonial.

Ou -seja, o "acrécimo patrimonial instantâneo" isoladamente considerado (percepção de rendimentos, meramente), não significa aumento patrimonial, já que este decorre de uma verificação complexiva, necessariamente informada por mais de um evento dentro de um lapso temporal previamente fixado.

OUTROSSIM, AFIRMA A DECISÃO RECORRIDA QUE OS RENDIMENTOS ISOLADOS PODEM SER TRIBUTADOS INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DE LUCRO, DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL

DIZ ESTA, QUE UM RENDIMENTO TRIBUTÁVEL NEM SEMPRE TRADUZ-SE EM UM ACRÉSCIMO PATRIMONIAL JÁ QUE, POR EXEMPLO, UMA PESSOA JURÍDICA QUE TENHA UM RENDIMENTO "X" NUM DADO PERÍODO DE APURAÇÃO E QUE TENHA GASTO TODO ESTE RENDIMENTO EM DOAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS, TERÁ PERCEBIDO RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS SEM QUE OCORRA, EFETIVAMENTE UM AUMENTO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA EMPRESA, JÁ QUE TODO O "GANHO" FOI DOADO.

POIS BEM.

CONFORME LARGAMENTE SABIDO, A APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA É DETERMINADO PELA LEGISLAÇÃO FISCAL AO PASSO QUE OS PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS POSSUEM REGULAMENTAÇÃO PRÓPRIA, NÃO COINCIDENTE COM AQUELAS NORMAS (FISCAIS).

ESTA DISPARIDADE ACARRETA A EXISTÊNCIA, DENTRO DA PESSOA JURÍDICA, DE DUAS FIGURAS DISTINTAS:

- O LUCRO CONTÁBIL OU LUCRO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO (NA DRE DENOMINADO RESULTADO ANTES DO IMPOSTO DE RENDA E CSLL);*
- E O LUCRO TRIBUTÁVEL OU LUCRO REAL (OU AINDA "LUCRO FISCAL").*

NA APURAÇÃO DO LUCRO CONTÁBIL, DIVERSOS VALORES PODEM VIR A SER INCLUÍDOS COMO LUCRO, OU DELE EXCLUÍDOS, SEM QUE EXISTA, NA LEGISLAÇÃO FISCAL, PREVISÃO LEGAL PARA ESTA OPERAÇÃO.

OUTROSSIM, PARA O PAGAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA, O CONTRIBUINTE, A PARTIR DO LUCRO CONTÁBIL, APURA SEU LUCRO REAL, REALIZANDO NAQUELE OS DENOMINADOS AJUSTES, ADICIONANDO AQUILO QUE DEVE COMPOR A BASE DO IR E EXCLUINDO AQUILO OUTRO QUE DELA PODE SER RETIRADO.

NOS TERMOS DO RIR/99:



"Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do exercício do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598/77)"

ESSA É, INCLUSIVE, A RAZÃO DE EXISTÊNCIA DO LALUR - LIVRO DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL, QUAL SEJA, CALCULAR, A PARTIR DO LUCRO CONTÁBIL, O LUCRO REAL, SOBRE O QUAL INCIDE O IMPOSTO DE RENDA.

ASSIM, PARA A APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA, TODOS OS VALORES QUE FORAM EXCLUÍDOS DO LUCRO CONTÁBIL E QUE SÃO DESPESAS INDEDUTÍVEIS DA BASE DO IMPOSTO, TAL COMO A DOAÇÃO, SEGUNDO O EXEMPLO DA DECISÃO RECORRIDA, SÃO ADICIONADOS PARA A FORMAÇÃO DO LUCRO REAL.

OUTROS VALORES, PORÉM, QUE NÃO PODEM SER EXCLUÍDOS DO LUCRO CONTÁBIL, MAS DO LUCRO REAL, SÃO RETIRADOS QUANDO DE SEU CÁLCULO.

VOLTANDO AO EXEMPLO DA DECISÃO RECORRIDA, TODA A DOAÇÃO FEITA PELO CONTRIBUINTE DURANTE O ANO CALENDÁRIO, PORQUANTO DESPESA NÃO DEDUTÍVEL DO IMPOSTO DE RENDA, É RENDIMENTO TRIBUTÁVEL SOBRE O QUAL INCIDE O IMPOSTO DE RENDA.

OUTROSSIM, ESTES VALORES, SEGUNDO A ACEPÇÃO FISCAL, CONSTITUEM UM ACRÉSCIMO PATRIMONIAL PARA O CONTRIBUINTE.

RESTA ESCLARECIDO, POIS, A IMPROPRIEDADE DO RACIOCÍNIO EXPENDIDO NA DECISÃO ORA RECORRIDA. HOUVE UMA VERDADEIRA MISTURA DO LUCRO CONTÁBIL, DO RESULTADO CONTÁBIL, COM O LUCRO REAL, O RESULTADO PARA EFEITOS FISCAIS.

O LUCRO REAL REPRESENTA, PARA FINS FISCAIS, UM ACRÉSCIMO PATRIMONIAL QUE DEVE SER TRIBUTADO PELO IMPOSTO DE RENDA.

Portanto e em conclusão, resta inegável que o fato gerador do Imposto de Renda e Proventos de qualquer Natureza é a percepção de lucros.

Visto isto, verifica-se que sendo a Recorrente entidade fechada de previdência complementar, não poderia ser enquadrada como contribuinte do imposto em tela, haja vista, exatamente, a especificidade de seu fato gerador.

Até o advento da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o regime jurídico das entidades fechadas de previdência complementar encontrava-se disposto na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, regulamentado pelo Decreto nº 81.240/78.

As entidades fechadas de previdência complementar são financiadas por contribuições das empresas patrocinadoras e de seus empregados, as quais são colocadas em poupança durante a vida de trabalho do participante, para que o capital se acumule.

Este capital, adequadamente aplicado, permitirá que, no futuro, sejam pagas as aposentadorias ou pensões devidas aos beneficiários ou seus dependentes. Operam, portanto, sem ânimo de lucro, como administradoras de recursos que a elas não pertencem, mas sim a seus participantes, com o intuito de proporcionar-lhes (ou a seus dependentes) o recebimento de aposentadoria ou pensão digna, quando estes não mais puderem trabalhar para manter o padrão de vida adquirido ao longo dos anos.



E é exatamente por não perseguirem nem auferirem lucro, que as entidades fechadas de previdência complementar não devem sofrer a incidência do imposto sobre a renda, especialmente quando sua tributação ocorre de forma exclusiva definitiva na fonte.

Não há a conformação do fato gerador da imposição tributária em comento. Existiria apenas se estas entidades obtivessem resultados positivos quando atuassem como entidades abertas, despidas de suas características peculiares, o que não é o caso.

IV.2 - DA AUSÊNCIA DE LUCRO NA RECORRENTE. DA IMPOSSIBILIDADE DE SE EQUIPARAR O SUPERÁVIT AO LUCRO.

IV.2.1 - Da ausência de lucro face à destinação integral das receitas à concessão de benefícios previdenciários a seus participantes.

Inicialmente, importante descrever como se dá o ingresso das contribuições dos associados e patrocinadores.

A entidade aloca o montante das contribuições arrecadado diretamente em seus Programas de Investimento, Administrativo e Previdenciário, cujos resultados financeiros são destinados obrigatoriamente ao pagamento de benefícios, aposentadorias, pensões, pecúlios e resgates a seus associados.

Estes resultados é que garantem a constituição de provisões ou reservas técnicas e o gerenciamento da entidade, dentro dos moldes e limites determinados pela Secretaria de Previdência Complementar, órgão vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

(...)

Impossível dizer, portanto, que a Recorrente aufera lucro, pois que a totalidade de suas receitas é sempre destinada ao futuro acréscimo do patrimônio de outrem, ou seja, de seus participantes.

IV.2.2 - Da impossibilidade de se equiparar o superávit ao lucro.

Outrossim, conforme reza o regime contábil próprio das EFPC's, quando há um maior número de receitas que despesas na entidade, apura-se um superávit. Noutro passo, a maior despesa em face das receitas auferidas, leva ao déficit técnico.

Este superávit, porém, em momento algum pode ser equiparado ao lucro, mormente para fazer nascer obrigação tributária.

Conforme visto na precedência, o fato imponível do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza reclama um acréscimo no patrimônio líquido, através da efetiva verificação de lucro pela pessoa jurídica.

De bate pronto, verifica-se ausência de identidade entre os termos, bem como, sua diferenciação conceitual.

O primeiro representa o acréscimo patrimonial experimentado por uma empresa mercantil, que trabalha com resultado positivo na equação composta por elementos tais como: receita operacional, receita líquida operacional, lucro bruto operacional, despesas operacionais, resultado do exercício, no qual incidente o imposto de renda.

O superávit técnico, não obstante tratar-se também de um resultado positivo, não caracteriza qualquer acréscimo patrimonial para uma entidade fechada de previdência complementar. Isso porque, a um, a entidade fechada de previdência complementar sequer possui patrimônio, porquanto entidade sem fins lucrativos e, como tal, deve sempre objetivar o equilíbrio de suas receitas e despesas, sendo este elemento contábil (patrimônio líquido) inclusive estranho ao seu particular plano contábil; e, a dois, o superávit apurado retorna em benefício dos próprios participantes da entidade (efetivos proprietários deste excedente) através da constituição de reservas que, em última instância, culminarão na revisão dos benefícios concedidos, das contribuições dos participantes ou das patrocinadoras.

Demais disso, cai por terra fulminantemente qualquer tentativa de se igualar o superávit técnico ao lucro das pessoas jurídicas em geral, ao se analisar o próprio texto da Lei Complementar nº 109/01.

Ora, se fossem efetivamente iguais os conceitos de lucro e superávit técnico, não faria o menor sentido a lei proibir a persecução do primeiro, para permitir a busca pelo segundo.

É de claridade solar que se o superávit é fenômeno de ocorrência permitida às entidades fechadas de previdência complementar, difere-se efetivamente do lucro, cuja persecução lhe é expressamente vedada.

Noutro giro, há que ser verificado que o superávit não representa aquisição de disponibilidade (mesmo que de uma "não renda"), haja vista sua expressa afetação legal.

Como dito, todo o superávit deve ser destinado para a formação de reservas. É o que determina o artigo 20 da Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001, in verbis:

(...)

Ora, foi visto anteriormente que a aquisição de disponibilidade da renda (não que aqui se esteja admitindo que o superávit configure renda tributável) reclama efetiva possibilidade de dela livremente dispor.

(...)

Desta forma, não há como assemelhar superávit a lucro. Ante todo o exposto, e considerando:

i)- que o imposto de renda e proventos de qualquer natureza, inclusive quando incidente na fonte, possui como fato gerador o lucro da pessoa jurídica apurado ao longo do exercício financeiro;

ii) que a Recorrente não apura lucro, pois que a totalidade das receitas que aufera destinam-se ao futuro acréscimo patrimonial de seus participantes (os efetivos proprietários dos recursos);

iii) que o superávit apurado pela Recorrente não pode ser, em momento algum, equiparado com o lucro;

resta inevitável a conclusão no sentido de que a Recorrente não se encontra sujeita ao recolhimento desta exação, seja qual for sua forma de incidência.

Por conseguinte, imperioso a reforma da decisão ora recorrida com o consequente cancelamento do Auto de Infração em análise.

IV.3 - DA EQUIPARAÇÃO COM AS ENTIDADES ABERTAS.

Quanto à equiparação das entidades fechadas às entidades abertas de previdência privada para fins de apuração do imposto de renda sobre o lucro real, aduz a Recorrida ser impossível este tipo de concessão, uma vez que a legislação não prevê esse procedimento.

Ocorre, porém, que o pleito realizado pela ora Recorrente tem como fundamento de validade Princípios constitucionais que retratam os valores axiológicos da Constituição Federal de 1988, especialmente no que concerne ao tratamento igualitário das entidades de previdência complementar, seja aberta ou fechada.

O raciocínio é simples: uma vez sujeita ao pagamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, cujo fato gerador, como visto, é o aumento patrimonial (lucro), está-se afirmando categoricamente que a Recorrente possui finalidades lucrativas, aujere lucro, exatamente como as entidades abertas de previdência complementar.

Dada esta equiparação, como admitir-se que as entidades abertas tenham tributação privilegiada em relação às fechadas?

Além disso, a uma regra isencional não pode acarretar maior tributação para o contribuinte, sob pena de ver desvirtuado seu objetivo, sua razão de existência, efetivamente.

IV.3.1 - Do Regime Geral De Tributação de Entidades Abertas de Previdência Complementar. Da isenção mais onerosa para o contribuinte.

Até 31 de dezembro de 2001, as entidades abertas de previdência complementar estavam sujeitas ao imposto de renda pelo lucro real, podendo determinar o lucro com base em balanço anual no dia 31 de dezembro ou mediante levantamento de balancetes trimestrais, na forma da Lei nº 9.430, de 1996.

Vale salientar que estas entidades, com nítido escopo lucrativo, podiam deduzir, na declaração, o imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras.

Nota-se, nesse ponto, a primeira diferenciação feita pelo legislador tributário, porquanto não aplicável às entidades abertas de previdência complementar a tributação exclusiva e definitiva na fonte.

Apenas com o advento da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, ficou estipulado que a partir de 1º de janeiro de 2002, os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar e de sociedades seguradoras que operam planos de benefícios de caráter previdenciário, ficaram sujeitos à incidência do imposto de renda de acordo com as normas de tributação aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas não-financeiras, de maneira definitiva na fonte.

Passaram, portanto, a partir de 2002, a ser tributadas na fase de acumulação, "igualando" às entidades fechadas. Antes, porém, repita-se, eram tributadas pelo lucro real e as antecipações tributárias oriundas do IR Fonte podiam ser levadas para ajuste, no final do exercício financeiro.

(...)

Outrossim, uma vez descritas as normas de tributação aplicáveis às entidades fechadas de previdência complementar e aquelas atinentes às entidades abertas de previdência complementar, salta aos olhos a violação à regra da igualdade.

Registre-se totalmente inverídica a afirmação contida na decisão recorrida, no sentido de que a tributação das entidades fechadas seria mais benéfica que aquela aplicada às abertas.

Era mesmo de se esperar, considerando as diferenças essenciais existentes entre as entidades fechadas e as entidades abertas de previdência complementar, que as primeiras mereçam um tratamento mais benéfico da norma tributária, quando comparadas com o tratamento conferido pela norma tributária às entidades abertas.

Não é o que ocorre. Aliás, ocorre o oposto. Justamente às entidades fechadas de previdência, que não fulcram lucro, pelo contrário, atuam em verdadeira parceria com o Estado, suprindo a milhares de pessoas os benefícios da previdência social, é imposta tributação mais gravosa.

Observe-se, inicialmente, o regime geral de tributação imposto à entidade fechada e aquele aplicável à entidade aberta: de acordo com a legislação então vigente, são as entidades fechadas de previdência complementar isentas do imposto de renda, não se empregando, esta isenção, -ao imposto incidente definitiva e exclusivamente na fonte sobre os rendimentos ou ganhos de capital sobre aplicações financeiras de renda fixa ou renda variável.

(...)

Conclui-se, pois, que a disposição legal que determina a tributação exclusiva e definitiva na fonte dos rendimentos de aplicação financeira das entidades fechadas de previdência complementar deve ser classificada como arbitrária e, por conseguinte, contrária ao Princípio da Igualdade, porquanto tributa de maneiras diferentes contribuintes iguais sob o aspecto fiscal .

Outrossim, para sanar esta flagrante e pungente ofensa, outra saída não há senão permitir que a Recorrente faça seus recolhimentos de IR, até janeiro de 2002 da mesma forma que as entidades abertas de previdência complementar, ou seja, através da apuração do lucro real.

Corroborando a afirmação acima, o fato de que uma isenção não pode significar aumento de carga tributária, sob pena de prejudicar completamente sua aplicação.

A isenção, benefício fiscal que também possui assento na Constituição Federal de 1988, deve sempre trazer um benefício para o contribuinte. Significa a dispensa do pagamento de determinado tributo, para que a carga tributária por ele suportada seja suavizada.

Por outro lado, se a isenção, como no caso presente, representa uma tributação mais alta, encontra-se desvirtuada, divorciada de seu próprio objetivo, devendo ser imediatamente afastada do ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, como visto, deve ser permitido à Recorrente que faça o recolhimento de todo o IR (relativo a todo o período de apuração) com base no seu lucro, quando então as antecipações do imposto poderão ser levadas a ajuste, no final do exercício financeiro.

DO RET - REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. DA BOA FÉ DA RECORRENTE. DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO.

Neste mesmo sentido, alega ainda que o prazo para a ora Recorrente aderir ao Regime Especial de Tributação - RET, nos termos da MP 2.222/01, expirou e, portanto, não pode mais calcular o crédito tributário relativo ao período compreendido entre 2002 a 2004 de acordo com aquele regime especial.

A Recorrente, julgando-se encampada pela decisão judicial que repercutia sua imunidade, optou por não aderir ao RET. Manifestou sua vontade, na qual radica o ato jurídico de optar por uma forma de tributação, diferente daquela esculpida no regime especial.

Conforme determina a legislação aplicável, a validade dos atos jurídicos, tal qual o agora analisado, resta prejudicada quando nele verificado um vício.

Ato jurídico é todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (Código Civil). A característica primordial do ato jurídico é ser um ato de vontade, a segunda característica do referido ato é ser lícito, fundado no direito.

A vontade é base e fundamento do ato, sua razão de ser, a alma do negócio jurídico. Ademais, é necessário que esse elemento, além de ter existido, haja funcionado normalmente. Só então o ato produz efeitos jurídicos objetivados pelas partes.

Porém, pode acontecer que a vontade não tenha existido, isto é, o interessado realmente quis praticar o ato questionado, mas sua vontade estava contaminada por algum dos vícios do consentimento: erro ou ignorância, dolo e coação ou violência.

Erro é uma noção inexata, não verdadeira, sobre alguma coisa, objeto ou pessoa, que influencia a formação da vontade. E a manifestação de vontade que se forma sob pressupostos falsos.

Segundo Riccardo Fubini (Humanism & Secularization-CL) o "erro é o estado da mente que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade".

No caso vertente, a Recorrente fundou-se em erro de fato para tomar a decisão de não aderir ao RET, porquanto possuía, é época, uma decisão judicial transitada em julgado que lhe distinguia tal característica.

Segundo Washington de Barros, "Erro de fato é aquele que recai sobre a circunstância de fato, por exemplo, sobre as qualidades da pessoa, ou da coisa. Erro de direito é aquele que diz respeito à existência de norma jurídica, supondo-se, por exemplo, que está em vigor quando, em verdade, foi revogada". (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Voll. 34a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.)

Por outro lado, Para viciar o ato e torná-lo nulo, o erro de ser, ainda, escusável e real. Deve ser escusável, no sentido de ter um razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo. E real, na medida que lhe acarreta prejuízos de toda ordem.

No caso vertente, sobejam razões que demonstram a razoabilidade, a plausibilidade do erro de fato cometido pela Recorrente, conquanto julgava-se encampada por decisão judicial que, equiparando-a às entidades assistenciais, garantia-lhe a imunidade constitucional.

É certo que a validade jurídica desta decisão encerra demasiados entraves jurídicos. E é mais certo ainda, que a Secretaria da Receita Federal a desconsidera, haja vista a própria existência do lançamento ora combatido. Não é menos verdade, porém, que o entendimento da Recorrente não deriva de devaneio ou absurdo - repita-se, esta possui uma decisão judicial proferida por juiz competente, conquanto investido de jurisdição, transitada em julgado (coisa julgada) que lhe garante a imunidade constitucional!

Ou seja, este entendimento acerca da imunidade não fora "tirado da cartola" pela Recorrente.

Por outro lado, os prejuízos causados pelo ato jurídico ora impugnado, segundo o qual a Recorrente resguardou seu direito de não aderir ao RET dispensa maiores comentários, ex vi o próprio valor do lançamento ora combatido.

Portanto e em conclusão, o ato jurídico praticado pela Recorrente, através do qual resguardou seu direito de não aderir ao RET é nulo de pleno direito, porquanto fatalmente viciado por ter se fundado em inegável erro de fato.

Outrossim, o princípio da igualdade analisado anteriormente determina também que seja oferecido à Recorrente a oportunidade de realizar os recolhimentos de seu imposto de renda dentro do Regime Especial de Tributação.

Com efeito, se a todas as entidades de previdência complementar fora deferido o direito de realizar os recolhimentos de uma forma mais benéfica, à Recorrente deve também sem dispensada esta oportunidade.

Corroborando este fato, a boa-fé com que a Recorrente pautou sua conduta durante todo o tempo no qual entendia estar acobertada pela coisa julgada que lhe garantia a imunidade constitucional.

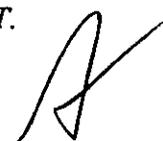
Reitere-se que a Recorrente não deixava de recolher o tributo com o intuito de fugir flagrantemente de sua responsabilidade enquanto contribuinte. Mas sim, porque entendia (e ainda entende, a despeito de não estar sendo discutida a imunidade neste recurso) que era imune ao imposto de renda, como, de resto, aos demais impostos previstos na Constituição Federal.

Comprova irrefutavelmente sua boa-fé, o fato de que todas as DIPJ's entregues pela Recorrente vinham preenchidas por "pessoa jurídica imune".

Assim sendo, considerando que o princípio da igualdade determina, no âmbito do direito tributário, a observância à capacidade contributiva, à justiça social e, especialmente, à justiça tributária, considerando também, que às entidades abertas e fechadas de previdência complementar fora permitido à tributação por uma forma mais benéfica, ou seja, através do RET, e considerando, por fim, a boa-fé da Recorrente, requer seja-lhe também concedida a oportunidade de realizar os recolhimentos de PIS, a partir de janeiro de 2002, de acordo com o Regime Especial de Tributação.

Portanto e em conclusão, caso não seja permitido à Recorrente realizar os recolhimentos de seu imposto de renda através da apuração do lucro real para todo o período fiscalizado, requer possa fazê-lo do mesmo modo que as entidades abertas de previdência complementar, ou seja, apurando o lucro real até janeiro de 2002 e, a partir de então, através do RET - Regime Especial de Tributação.

IV.3.2 - DO IMPOSTO DE RENDA DE ACORDO COM O RET.



Processo nº : 10680.720499/2005-30
Resolução nº : 102-02.314

Seguem abaixo as planilhas que demonstram o valor do IR calculado de acordo com o RET - Regime Especial de Tributação.

Todos os rendimentos e ganhos líquidos foram inseridos nesta planilha de cálculo. Foi então aplicado sobre o montante a alíquota do imposto de renda (RET) de 20% e cujo resultado foi submetido ao limitador de 12% sobre as contribuições da Patrocinadora. Como resultado IR devido de R\$ 5.923.404,68.

Os valores devidos, ano a ano, encontram-se nas tabelas a seguir:

(...)

V-PEDIDO

Ante o exposto, confia a Recorrente que V. Sas. conhecerão e darão provimento ao presente recurso, para o fim de, reformando a decisão alvejada, julgar totalmente improcedente o lançamento em tela. (...)" (Grifos e caixa alta são do original).

Os autos foram encaminhados a este Conselho para julgamento em 04/05/2006 (fl. 567), haja vista que a recorrente efetuou o arrolamento de bens, na forma da Instrução Normativa SRF 264 de 2002 (fl. 529-541), corroborado pela documentação de fls. 568-571.

É o Relatório.



VOTO VENCIDO

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser admitido por esta Câmara.

Trata-se de exigência do IR-Fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras da recorrente, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora à taxa SELIC, na forma da legislação em vigor.

Passo a discorrer sobre as questões que importam ao julgamento deste litígio:

1) DA APURAÇÃO, CONSTITUIÇÃO E FORMALIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA CONSUBSTANCIADA NO PRESENTE PROCESSO. DO PEDIDO DE ADESÃO RETROATIVA AO RET.

Na peça recursal não foram suscitadas preliminares; de igual forma, compulsando os autos, este Relator não se deparou com falhas ou vícios processuais. Tal qual registrado na decisão recorrida, em seu recurso, a contribuinte *“não contesta os fatos narrados pela autuante. Ao contrário, chega até admitir que a autuada não efetuou o recolhimento do IRRF lançado, embora alegue que não o fez de boa-fé, porque se julgava não sujeita a sua incidência. Tampouco argüi erro nos cálculos dos montantes lançados. (...) Suas objeções resumem-se aos aspectos jurídicos do lançamento, (...) Com efeito, a impugnante não nega que a legislação em vigor na época dos fatos determinava a incidência do IRRF sobre os rendimentos auferidos por entidades isentas por meio de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável. (...) Em verdade, sua argumentação constrói-se atacando a própria legislação tributária, particularmente o disposto na Lei nº 8.981, de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995, nestes termos:*

‘Art. 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais, será:

I - deduzido do apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real;

II - definitivo, no caso de pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta, e de pessoa física.’” (grifei)

Ao apreciar o pedido de adesão retroativa ao RET, o ilustre julgador Paulo Roberto de Sousa, relator do acórdão recorrido, asseverou (*verbis*):

“(...) em que pese novamente à invocação do princípio da igualdade feita pela impugnante, cumpre indeferir o pedido de que se permita à autuada calcular o crédito tributário relativo aos anos-calendário de 2002 a 2004 nos termos do regime especial instituído pela Medida Provisória nº 2.222, de 2001. A Lei nº 11.053, de 29 de dezembro de 2004 (que está produzindo efeitos desde 1º de janeiro de 2005), viria a

revogar a Medida Provisória nº 2.222, de 2001, mas enquanto esta esteve em vigor, adotar ou não o regime por ela instituído constituía opção de cada EFPC. Contudo, para se considerar válida, a opção devia ser manifestada dentro do prazo fixado pela própria Medida Provisória nº 2.222, de 2001, nestes termos, textualmente:

'Art. 3º A opção pelo regime referido no art. 2º deverá ser efetivada até o último dia útil do mês de novembro de cada ano, produzindo efeitos para todo o ano-calendário subsequente.

§ 1º A entidade fechada de previdência complementar e o FAPI poderão optar pelo regime referido no art. 2º até o último dia útil do mês de dezembro de 2001, produzindo efeitos para o período de 1º de setembro a 31 de dezembro de 2001.

§ 2º Na hipótese do § 1, o período de apuração do imposto referido no art. 2º será o quadrimestre.

§ 3º A opção de que trata este artigo será formalizada segundo as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.'

Disciplinando o disposto no artigo transcrito acima, a Instrução Normativa SRF nº 126, de 25.01.2002, estabelece que:

'Art. 4º A opção pelo regime referido no art. 2º deverá ser efetivada até o último dia útil do mês de novembro de cada ano, produzindo efeitos para todo o ano-calendário subsequente.

§ 1º A opção por entidade aberta ou fechada de previdência complementar, sociedade seguradora ou administrador do Fapi, instituídos a partir de 1º de janeiro de 2002, quando efetivada no próprio ano-calendário de sua instituição, produzirá efeitos a partir do trimestre-calendário da opção até 31 de dezembro do referido ano-calendário.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, inclusive, às hipóteses de instituições resultantes de cisão, total ou parcial, incorporação e fusão.

§ 3º A opção de que trata este artigo será formalizada perante a Secretaria da Receita Federal (SRF), por meio de Termo de Opção, conforme modelo constante do ANEXO I desta Instrução Normativa.

§ 4º O Termo de que trata o parágrafo anterior será elaborado em duas vias, ficando a segunda via como recibo do interessado, e entregue à:

I - Delegacia Especial de Instituições Financeiras, no caso de entidade sediada nos estados de São de Paulo, do Rio de Janeiro ou do Espírito Santo;

II - Delegacia da Receita Federal que jurisdiciona o estabelecimento sede da entidade, nos demais casos.

§ 5º Os prazos de opção a que se referem o caput e o § 1º do art. 3º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, ficam prorrogados, relativamente ao último quadrimestre de 2001 e ao ano-calendário de 2002, para o último dia útil do mês de janeiro de 2002, produzindo efeitos, na hipótese do:

I - caput, para todo o ano calendário de 2002;

II - § 1º, para o período de 1º de setembro de 2001 a 31 de dezembro de 2002, observado o disposto no § 2º daquele artigo.

Processo nº : 10680.720499/2005-30
Resolução nº : 102-02.314

§ 6º O Termo de Opção protocolizado no mês de janeiro de 2002 e antes da prorrogação do prazo previsto no artigo anterior será válido para o ano-calendário de 2003.'

De acordo com a legislação supra, a opção pelo regime especial devia ser formalizada até o último dia de novembro de cada ano, para produzir efeitos para todo o ano subsequente. Quanto ao ano-calendário de 2002, excepcionalmente o prazo foi prorrogado para até o último dia útil de janeiro de 2002. Em resposta a intimação da fiscalização, datada de 10 de março de 2005 e juntada a folhas 278 a 280, a autuada informa que não fez nenhuma opção.

Também evidencia que a opção não foi exercida a própria a postulação da impugnante para que lhe seja agora aplicado o regime especial. Todavia, uma vez que os prazos eram definitivos e não foram prorrogados posteriormente, a intenção tardiamente manifestada na impugnação é ineficaz. E nenhum efeito lhe pode ser reconhecido por esta instância administrativa.

Não é capaz de mudar a apreciação do pedido da impugnante a alegação de que a autuada, apesar de não ter realizado a opção tempestiva pelo regime especial e de não ter efetuado os recolhimentos tributários correspondentes, procedeu de boa-fé, por que entendia estar amparada por decisão judicial transitada em julgado que lhe conferia imunidade. (...)"

Quanto ao mérito, especificamente, assim como fizeram na impugnação, os doutos representantes da Previminas desenvolvem na peça recursal uma série de argumentos na defesa da incompatibilidade desse dispositivo (Art. 76 da Lei 9.065/1995) com o CTN e Constituição Federal.

Ocorre que as normas legais que embasam o lançamento, e também a decisão recorrida, no que tange ao indeferimento de adesão ao RET, estavam à época dos fatos geradores, ou estão, em pleno vigor no ordenamento jurídico Brasileiro. Portanto, não cabe a este Colegiado apreciar alegações quanto a legalidade ou constitucionalidade das mesmas, nos termos da **Súmula nº 2 do Primeiro Conselho de Contribuintes**, que dispõe:

“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Em face da correção e legalidade dos demonstrativos, apurações, termos e atos dos presentes atos, concluo, que sobre esses aspectos, o lançamento de ofício é irretocável.

Também não merecem reparos os fundamentos da decisão recorrida quanto a impossibilidade de autorizar a adesão retroativa da recorrente ao RET, acima transcritos, os quais peço vênia para adotar neste voto como razões de decidir.

2) DAS AÇÕES JUDICIAIS CONCOMITANTES COM O MESMO OBJETO

Consoante asseverado no Termo de Verificação Fiscal, fls. 88-100, a Previminas é parte em ações judiciais que visam desobrigar as entidades de fechadas de previdência privada do IR-Fonte (*verbis*):

“(...) 4B) Mandado de Segurança Coletivo, processo nº 1998.34.00.002542-4, impetrado pela ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada, tendo objetivo de exonerar as suas associadas (entidades fechadas de previdência privada) da exigência do imposto de renda na fonte sobre os resultados de

Processo nº : 10680.720499/2005-30
Resolução nº : 102-02.314

aplicações financeiras por elas realizadas e a realizar, prevista na Lei nº 9.532/97 e na Instrução Normativa SRF nº 96/97.

A Previminas atendendo o solicitado no Termo de Intimação nº 03 (...), apresentou à fiscalização as peças processuais que compõem o mencionado Mandado de Segurança Coletivo, anexas às fls. 123 às 386 do Anexo I.

Da forma abaixo resumida, tais documentos e os extratos obtidos em consulta processual no site do Tribunal Regional Federal 1ª Região, mostram que o processo teve sentença desfavorável ao pleito da impetrante.

A ABRAPP, em 13/11/1998 ingressou com apelação, processo de Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.019346-6. Ainda não houve decisão por acórdão para este AMS que continua tramitando no TRF e encontrando-se concluso ao relator, aguardando julgamento. (...)

- Após a decisão no processo de Mandado de Segurança Coletivo, a ABRAPP interpôs o AG- Agravo de Instrumento, processo nº 1998.01.00.090224-2. Conforme extrato de fls. 70 às 72 do Anexo I, este processo teve em: (...)

No Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial da Fazenda Nacional obteve o nº RESP 332654-DF.

O Recurso foi julgado em 21/09/2004 resultando no Acórdão: "A TURMA POR UNANIMIDADE, CONHECEU DO RECURSO E LHE DEU PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO-RELATOR."

Nos dizeres do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, são rememorados os principais acontecimentos processuais que culminaram na interposição do recurso especial em epígrafe: 1º) A ABRAPP, ora recorrida, impetrou mandado de segurança coletivo, visando o reconhecimento de imunidade tributária de suas associadas, em face do disposto no art. 150, inciso VI, letra "c", da Carta Magna.

2º) Não obstante tenha sido a liminar concedida, o pedido foi julgado improcedente pelo MM. Juiz de primeiro grau, em sentença denegatória de segurança.

3º) A entidade impetrante interpôs apelação, sendo recebida pelo egrégio Tribunal de origem em duplo efeito, devolutivo e suspensivo, que deu provimento ao recurso.

4º) Alega a recorrente (Fazenda Nacional) no recurso especial, que restou violado o artigo 12 da Lei n. 1.533/51, uma vez que, ao contrário do decidido pelo Tribunal de origem, o recurso de apelação, em mandado de segurança, tem sempre efeito devolutivo.

Ele conclui, que filiando-se à jurisprudência majoritária da Corte Superior de Justiça, vota dando provimento ao recurso especial. (...)

Estão anexas às fls. 73 às 90 do Anexo I, cópias das peças do Recurso Especial nº 332654 / DF, tratado acima, e o extrato de sua movimentação, todos obtidos, via internet, no site do STF.

Os documentos de fls. 199 às 207 do Anexo I, contêm cópia dos Embargos de Declaração com efeitos modificativos, opostos ao acórdão acima descrito, pela ABRAPP.

CONSIDERAÇÕES FEITAS POR ESTA FISCALIZAÇÃO:

A ação judicial de mandado de segurança coletivo, processo de origem, nº 1998.34.00.002542-4, teve sentença julgando improcedente o pleito da impetrante. O

Agravo de Instrumento interposto por ela requerendo o efeito suspensivo da sentença com o fim de obter o restabelecimento da liminar que lhe era favorável, resultou ineficaz em razão do acórdão proferido para o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Nesta fase processual não há previsão de interposição de outros recursos que prolonguem o andamento da discussão judicial. No Código e Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11/01/1973, não há dispositivo que confira caráter suspensivo aos Embargos de Declaração.

Conclui-se assim que, não obstante a ABRAPP ter ingressado com Embargos de Declaração no processo de Recurso Especial nº 332654 / DF, com o acórdão proferido, acima mencionado, a posição atual do presente questionamento judicial, quanto a seus efeitos, é a sentença denegatória da segurança proferida no processo MS Coletivo nº 1998.34.00.002542-4, também porque, não há que se falar em efeito suspensivo para a apelação em mandado de segurança, cuja sentença é denegatória da segurança.

Observa-se também entre os documentos referentes a esta ação judicial, que muitas das entidades fechadas de previdência privada, entraram com pedido para serem dela excluídas. Na prática, significa que tais entidades, fizeram opção pelo RET e pagaram o imposto de renda na fonte sobre rendimentos de aplicação financeira ao qual estavam sujeitos, em período anterior à vigência da Medida Provisória nº 2.222/2001.

4C) Mandado de Segurança Coletivo, processo nº 2001.38.00.042867-7, impetrado pela ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada, tendo como pleito, que a autoridade coatora se abstenha de exigir o IRRF e a CSLL de suas filiadas e que fosse autorizado as mesmas a aderirem à anistia introduzida pelo art. 5º da Medida Provisória nº 2.222/2001, sem desistência das ações sobre que versam os tributos .

Em 14/01/2001, a liminar foi parcialmente deferida no sentido de determinar ao Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte que se abstenha de exigir das filiadas da ABRAPP, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativamente a fatos geradores anteriores a 1º de janeiro de 2002. Para os demais pedidos, concluiu o julgador que falta razão à impetrante quando requer que não seja retido na fonte o imposto de renda sobre aplicações financeiras, porque a retenção do imposto de renda na fonte pode constituir ofensa ao conceito constitucional de lucro, mas não afeta o da renda, e, por fim, que as condições da anistia não podem ser alteradas pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida intromissão em matéria que não lhe é pertinente e que caberia a impetrante optar pela manutenção das ações judiciais em curso ou aderir à anistia introduzida pela Medida Provisória nº 2.222/2001, sendo impossível a convivência simbiótica entre a anistia e ações em curso, diante das condições impostas por aquela. Cópia da decisão anexa às fls. 91 às 97 do Anexo I. (...)

5- Além das ações judiciais informadas pela empresa, ela ainda foi autora das ações que versam sobre o Imposto de Renda na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras:

5A) Mandado de Segurança, processo nº 96.0000737-3 impetrado pela Previcaixa, contra as exigências da Instrução Normativa SRF nº 43/95 , de retenção na fonte do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos líquidos por ela percebidos em operações de renda fixa e variável, alegando ser beneficiária da imunidade tributária esculpida no art. 150, VI, "c" da Constituição Federal de 1988. Foi concedida a segurança em 28/05/96.

Processo nº : 10680.720499/2005-30
Resolução nº : 102-02.314

Na apelação da Fazenda Nacional, AMS, processo nº 96.01.40292-6/DF, conforme documentos anexos às fls. 98 às 107 do Anexo I, foi dado, por unanimidade, provimento à apelação e à remessa, para indeferir a segurança, com a ementa: (...)

O Acórdão acima transcrito, transitou em julgado, conforme extrato obtido na consulta processual anexa às fls. 110 às 112 do Anexo I.

5B) Mandado de Segurança, processo nº 2003.38.00.057499-7 impetrado pela Previminas, requerendo que lhe reconheça o direito de gozar da imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da Constituição Federal de 1988, já determinada por decisão judicial transitada em julgado, amparada Constituição Federal anterior, e que não lhe seja exigido o Imposto de Renda na Fonte sobre os rendimentos financeiros, nos termos da Medida Provisória nº 2.222/2001.

Motivado pelo entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido da prevalência da norma constitucional superveniente em face do direito adquirido, foi indeferido o pedido de liminar, em 28/10/2003 (doc. fls. 113 às 116 do Anexo I) e, em 04/03/2004, no mérito, o pedido foi julgado improcedente e denegada a segurança. A Apelação em Mandado de Segurança que continua com o mesmo número do processo original, encontra-se atualmente conclusa ao relator, aguardando julgamento, no Tribunal Regional Federal 1ª Região, conforme extratos de consulta processual anexos às fls. 117 às 120 do Anexo I." (GRIFEI).

A Súmula nº 1 do Primeiro Conselho de Contribuintes estabelece que: "Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial."

Peço vênia, também, para transcrever e adotar dos fundamentos da decisão recorrida nessa parte, (verbis):

"(...) convém ressaltar que o Ato Declaratório COSIT nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, dispõe textualmente que:

'a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149. do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151., do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art.267 do CPC).'

Tendo em vista o disposto no ato normativo supra, a esta instância de julgamento não compete conhecer das questões suscitadas em impugnação que já tiverem sido ou estejam submetidas a apreciação judicial, não importa se antes ou depois da lavratura do auto de infração; em vez disso, cumpre-lhe declarar definitiva na esfera administrativa a parte do lançamento correspondente a essas matérias.

É também oportuno deixar registrado que, embora venha de longa data a controvérsia acerca da tributação das EFPC, já não subsistem dúvidas significativas sobre a matéria desde 28 de novembro de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu uma decisão que se tornou paradigmática. O entendimento expresso nessa decisão viria a ser consolidado na Súmula nº 730, aprovada pelo STF em 26.11.2003 e cujo texto é o seguinte:

'A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONFERIDA A INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS PELO ART. 150, VI, "C", DA CONSTITUIÇÃO, SOMENTE ALCANÇA AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL PRIVADA SE NÃO HOVER CONTRIBUIÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS.'

Ou seja, de acordo com a jurisprudência fixada pelo STF, instituições como a atuada, que recebem contribuições não só das empresas patrocinadoras mas também dos beneficiários de seus serviços, não são consideradas assistenciais e, por isso, não fazem jus à imunidade prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal. Acrescente-se que o artigo 202, § 3º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, exige que o beneficiário concorra paritariamente com o seu empregador, quando este for entidade estatal, na constituição dos fundos que lhe venham a custear a sua aposentadoria complementar. É o caso da atuada, cujas patrocinadoras são diversas entidades integrantes da administração direta ou indireta do Estado de Minas Gerais.

Conseqüentemente, embora a atuada pudesse ter procedido de boa-fé, era público e notório, antes mesmo de se ter iniciado a ação fiscal, que já não se sustentava a tese da imunidade das EFPC na hipótese em que sua patrocinadora fosse entidade estatal.

Em suma, não podem ser aceitas nenhuma das postulações da impugnante para que se altere a forma de cálculo do crédito tributário lançado.

Ante o exposto, voto por julgar PROCEDENTE o lançamento para:

I – MANTER INTEGRALMENTE o IRRF exigido, bem como a multa e os juros de mora correspondentes;

II - DECLARAR DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO o crédito tributário quanto às questões suscitadas pela impugnante que estejam ou já foram submetidas à apreciação judicial nas ações em que a atuada figura como parte ou litisconsorte."

A recorrente ingressou com Mandado de Segurança Individual, processo nº 2003.38.00.057499-7 (doc. fls. 113 às 116 do Anexo I), para que seja reconhecido o direito de gozar da imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da Constituição Federal de 1988, e não lhe seja exigido o IRRF nos termos da MP nº 2.222/2001.

Por seu turno, a ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada, entidade da qual a recorrente é filiada, ingressou com o Mandado de Segurança Coletivo, processo nº 2001.38.00.042867-7, no qual requer a não exigência do IRRF e a

Processo nº : 10680.720499/2005-30

Resolução nº : 102-02.314

CSLL de suas filiadas e que fosse autorizado a adesão das mesmas à anistia introduzida pelo art. 5º da MP nº 2.222/2001, sem desistência das ações sobre que versam os tributos.

Patente está que tais ações judiciais possuem o mesmo objeto do lançamento gerreado, qual seja: a exigência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos da Previminas. Aliás, em seu MS individual, a recorrente pleiteia inclusive a não exigência do IR-Fonte na forma do RET. Portanto, encontram-se sob a tutela judicial as duas matérias objeto do presente litígio. Logo, uma decisão judicial definitiva, favorável à recorrente, implica no cancelamento do auto de infração, por outro lado, se a decisão for contrária, o lançamento deverá prevalecer.

Diante do exposto, voto no sentido de indeferir o pleito da recorrente quanto ao pedido de adesão retroativa ao RET; e, no mérito não conhecer do recurso em face da interposição de ações judiciais com o mesmo objeto.

Sala das Sessões– DF, em 18 de outubro de 2006.


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA

VOTO VENCEDOR

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Redator designado

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto n. 70.235 de 06 de março de 1972, tendo sido interposto por parte legítima e está devidamente fundamentado. Assim, merece seguimento a inconformidade da contribuinte.

Inicialmente, registro que consta fixada na capa do primeiro volume a observação de que “faltam 02 anexos (não vieram para o Conselho,” mas tal circunstância, por si só, não impede a análise da matéria.

Pelo que se depreende do item 4A, do termo de fiscalização (fl. 89), em 13 de dezembro de 1988, a contribuinte, em litisconsórcio ativo com outras autoras, ajuizou a ação de repetição de indébito e de inexistência de relação jurídico-tributária de nº 00.0005556-5, cuja decisão, com trânsito em julgado em 30/09/93, reconheceu que a recorrente gozava da imunidade tributária de que cogitava o artigo 19, III, c, da Constituição de 1967, preenchendo as exigências do artigo 14 do CTN.

Em face da decisão acima referida ter como fundamento norma constitucional anterior, entendeu a fiscalização que a coisa julgada em favor da contribuinte não tem o condão de alcançar as relações jurídicas continuativas, após o advento da nova Constituição Federal de 1988 (fl. 90). Assim, a exigência do IRRF sobre rendimentos de aplicações financeiras, tendo fundamento em nova legislação, diversa daquela que foi base do questionamento judicial, não está alcançada pela coisa julgada material.

Em 2003, isto é, antes do auto de infração de fls. 06 e seguintes, datado de 29/06/2005, a recorrente, segundo o termo de fiscalização (fl. 93), ingressou com o mandado de segurança de nº 2003.38.00.057499-7, requerendo que lhe reconheça o direito de gozar da imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal de 1988, já determinada por decisão judicial transitada em julgado, amparada na Constituição anterior. Em juízo de primeiro grau foi denegada a segurança, sendo que a apelação encontra-se conclusa ao relator, aguardando julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª. Região.

É entendimento unânime junto a esta Egrégia Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes de que a opção judicial importa em renúncia às instâncias administrativas. Todavia, para que se aplique tal entendimento, é preciso que se tenha presente de que a matéria ou o direito objeto da ação judicial seja a mesma que está se discutindo na instância administrativa, o que não se verifica no caso dos autos, pois na impugnação de fls. 385 a 422 a recorrente não invoca a tese da imunidade.

Em sendo a sentença do mandado de segurança recebida somente no efeito devolutivo, não havia óbice para que o lançamento fosse feito. Todavia, dadas as peculiaridades do caso concreto em que a parte pleiteia em juízo o reconhecimento de que a sentença proferida sob a égide da Constituição anterior, por tratar da mesma matéria de direito, continua produzindo efeitos para contemplar as relações jurídico-tributárias de natureza continuativa, consubstanciadas sob a nova Carta Constitucional, entendo que é o caso de converter o julgamento em diligência para aguardar o julgamento do mérito da ação de nº

Processo nº : 10680.720499/2005-30
Resolução nº : 102-02.314

2003.38.00.057499-7, devendo a fiscalização realizar o efetivo acompanhamento e, quando da devolução dos autos a este Conselho, remeter os anexos que estão faltando.

ISSO POSTO, voto no sentido de CONVERTER o julgamento em diligência, com retorno dos autos à 3ª. Turma da DRJ de Belo Horizonte/MG para que acompanhe o julgamento do mérito da ação de nº 2003.38.00.057499-7, devendo, quando da devolução dos autos a este Conselho, remeter os anexos que estão faltando.

Sala das Sessões-DF, em 20 de outubro de 2006.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA