



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º: 10768.045176/93-91

Recurso n.º : 135.252

Matéria : IRPJ E OUTRO – Ex(s): 1989

Recorrente : SUPERGASBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Recorrida : 6ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

Sessão de : 05 de novembro de 2003

Acórdão n.º : 103-21.430

NULIDADE DO LANÇAMENTO – Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente. Tendo o auditor fiscal competência outorgada pela lei para a fiscalização do imposto, não há em se falar em nulidade de ato lavrado por ele, no pleno exercício de suas atribuições.

IRPJ – MÚTUO ENTRE EMPRESAS LIGADAS – PERÍODO BASE 1988 – Verificada a falta ou insuficiência de reconhecimento de variação monetária sobre empréstimos concedidos à empresa ligada, exigível o reconhecimento da variação monetária ativa prevista no artigo 21 do Decreto-lei nº 2.065/83.

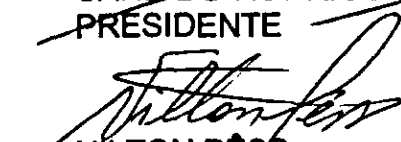
INCONSTITUCIONALIDADE - A apreciação da constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, pelo princípio da independência dos Poderes da República, como preconizado na nossa Carta Magna.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPERGASBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Victor Luis de Salles Freire. nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A contribuinte foi defendida pela Dra. Marliana Barreira Jatthy, inscrição OAB/RJ nº 104.168.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRÉSIDENTE


NILTON PÊSS
RELATOR



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

FORMALIZADO EM: 30 JAN 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, NADJA RODRIGUES ROMERO, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, JULIO CEZAR DA FONSECA FURTADO e VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91

Acórdão n.º : 103-21.430

Recurso n.º : 135.252

Recorrente : SUPERGASBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

A contribuinte supra identificada teve contra si lavrados Autos de Infração, referentes ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 02/05) e Contribuição Social sobre o Lucro (fls. 90/93), referentes ao exercício de 1989, período-base de 01/01/1988 a 31/12/1988, pela infração assim descrita no auto de infração do IRPJ (fls. 03):

"Omissão de receita financeira, decorrente de correção monetária sobre mútuo relativamente aos empréstimos concedidos a sua controlada Itapura Comercial Agro Pecuária Ltda, em razão de não ter utilizado, para o cálculo da referida correção, a variação diária da OTN, conforme o contido no Parecer Normativo nº 10, de 13.09.85, tudo de acordo com Termo de Verificação Fiscal, incluso."

EXERCÍCIO	VALOR TRIBUTÁVEL	% MULTA
89	650.403.695,04	50

ENQUADRAMENTO LEGAL: Artigos 154; 155;157; § 1º; 254, inciso I e 387 todos do RIR/80 e artigo 21, do Decreto-lei nº 2065/83.

A ciência da contribuinte deu-se data de 19/10/1993.

O Termo de Verificação Fiscal referido no auto de infração encontra-se à folha 6, e os quadros demonstrativos do mesmo, às fls. 09 a 12.

Impugnações (fls. 96/103 e 108/119) são protocoladas em data de 10 de novembro de 1993.

O órgão encarregado do julgamento em primeira instância – DRJ/Rio de Janeiro / RJ, pela sua 6ª turma, através do Acórdão DRJ/RJO nº 00475/2001, de 11/12/2001 (fls. 124/131), julga procedente em parte o lançamento efetuado, para considerar devido somente o IRPJ, acrescido dos encargos legais.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

O Acórdão é RERRATIFICADO, através do Acórdão DRJ/RJO n.º 00622/2002 (fls. 134/137)

Devidamente cientificada em data de 26/03/2002, conforme consta no AR anexado à fls. 138 (verso), a contribuinte protocola recurso voluntário, em data de 22/04/2002 (fls. 143/160), solicitando a revisão da decisão proferida.

Em suas razões recursais, que apresento em plenário, resumidamente alega:

- Em preliminar, argüi a nulidade do auto de infração de IRPJ, pois segundo o art. 10 do Decreto 70.235/72, o auto conterá, obrigatoriamente, a descrição do fato, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, possibilitando ao contribuinte a ampla defesa;

- Aponta contradições no auto de infração que: a) tipifica como "omissão de receita" a ausência de registro contábil de uma variação monetária que o próprio auto atesta ser ficta, pois reconhece que não foi reconhecida nem pela credora, nem pela devedora, e se funda no PN CST n.º 10/85; b) invoca, simultaneamente, normas sobre lucro líquido e escrituração contábil e normas sobre adição, extracontábil, no LALUR, de certos valores ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real. Essas contradições teriam implicações relevantes, tanto no plano tributário, como no societário;

- Ao descrever o suposto ilícito como omissão de receita, invocando o PN 10/85, que se válido fosse, geraria registro extracontábil apenas, o auto violou o art. 10, III e IV do Decreto 70.235/72, razão porque é nulo;

- No mérito, o próprio auto nega a sua premissa, pois reconhece que inexistiu a receita que diz ter sido omitida pela recorrente;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

- O art. 21 do DL 2065/83, diz que a mutuante deverá reconhecer "para efeito de determinar o lucro real", pelo menos o valor correspondente à correção monetária calculada segundo a variação da ORTN;

- Mesmo que se admitisse válido o art. 21 do DL 2065/83, a sua norma não contém o comando que lhe atribui o PN 10/85, pois não prevê a obrigação de correção de saldos diários de mútuo, mas a sua correção "segundo a variação do valor da ORTN";

- A correção diária somente teria sido criada pela Lei 7.799/99. Até a sua edição, a correção monetária do ativo permanente (e do balanço) era mensal, e não faria sentido que correção de investimento fosse mensal e a correção do mútuo fosse diária;

Doc. 01 (fls. 164/167) arrola bens de conformidade com IN SRF 26 de 06/03/2001, visando a remessa do recurso ao Primeiro Conselho de Contribuintes.

Despacho de fls. 336, considerando atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 4.523, de 17/12/2002, bem como na IN 264, de 20/12/2002, propõe o encaminhamento ao Primeiro Conselho de Contribuintes, para apreciação do recurso voluntário.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91

Acórdão n.º : 103-21.430

VOTO

Conselheiro NILTON PÊSS, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e preenchendo as demais condições de admissibilidade, previstas no Decreto 70.235/72 e no Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, dele tomo conhecimento.

Preliminarmente quanto a arguição de nulidade do lançamento, por desobediência às disposições contidas no artigo 10, incisos III e IV do Decreto 70.235/72, que diz ser obrigatória a descrição do fato, a disposição infringida e a penalidade aplicável, possibilitando ao contribuinte a ampla defesa em processo contraditório, bem como o conceito legal de lançamento.

Entendo não caber razão à recorrente.

O fato de o auto de infração tratar como omissão de receita, a falta de contabilização da suposta diferença de correção monetária, registrável apenas no LALUR, pelo comando do PN CST 10/85, em absoluto causou qualquer dificuldades de entendimento por parte da contribuinte.

O Termo "omissão de receitas" foi utilizado em sentido amplo, indicando valores não oferecidos à tributação, identificando perfeitamente as receitas lançadas, bem como os respectivos fundamentos legais da hipótese de incidência que recaiu sobre as mesmas.

Vê-se em todas as fases contestatórias, ter o lançamento possibilitado à contribuinte, a mais ampla condição de defesa, pois todos os aspectos da exigência foram atacados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

O Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, assim dispõe:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 59, São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Verifica-se pois, serem inconsistentes as alegações da recorrente, reunindo o auto de infração as condições legalmente exigidas; ter o auditor fiscal competência para os atos e termos lavrados, não se podendo argüir a nulidade do lançamento procedido.

Afasto a preliminar argüida.

No mérito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

Pelo Termo de Diligência Fiscal (fls. 07), a fiscalização apurou ter a recorrente em seus registros contábeis, no que concerne aos lançamentos correspondentes à receita financeira de correção monetária sobre mútuo, relativamente aos empréstimos concedidos à sua controlada Itapura Comercial Agro Pecuária Ltda., ter lançado como Receita Financeira, no exercício de 1989, o valor de Cz\$ 241.129.757,52.

Procedendo ao cálculo da correção monetária diária sobre os valores mutuados, utilizando a variação da OTN diária, conforme preceitua o Parecer Normativo nº 10, de 13/09/1985, foi verificada a diferença de Cz\$ 650.403.695,04. A diferença apurada foi utilizada como base de cálculo das exigências.

A recorrente informa que manteve conta corrente com sua controlada, movimentada constantemente por débitos e créditos. Ao término de cada mês, apurava o saldo médio dessa conta, somando o valor dos saldos diários e dividindo-o pelo número de dias do mês; sobre esse saldo médio aplicava, então, o coeficiente de correção monetária resultante da divisão do valor da OTN no mês corrente pelo valor da OTN do mês anterior, e o valor da correção era lançado nessa conta ainda no próprio mês.

Diz que mesmo admitido como válido ao art. 21 do DL 2.065/85, ele não determina que os mútuos sejam corrigidos pela OTN diária, razão por que carece de base legal o PN CST nº 10/85, neste particular. Somente a partir da Lei nº 7.799/89 e que a correção monetária de balanço passou a ser diária e somente em 1991 é que o Decreto nº 332/91, impôs às pessoas jurídicas o reconhecimento contábil da correção monetária do valor dos créditos por mútuo por elas concedidas a coligadas e controladas.

Não contesta os cálculos apresentados pela fiscalização.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91

Acórdão n.º : 103-21.430

A exigência fundamentou-se no artigo 21 do Decreto-lei 2065, de 26 de outubro de 1983, que assim dispõe:

“Art. 21 - Nos negócios de mútuo contratados entre pessoas jurídicas coligadas, interligadas, controladoras e controladas, a mutuante deverá reconhecer, para efeito de determinar o lucro real, pelo menos o valor correspondente à correção monetária calculada segundo a variação do valor da ORTN.

Parágrafo único - Nos negócios de que trata este artigo não se aplica o disposto nos artigos 60 e 61 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.”

Entende a recorrente que não existiu renda para ser tributada, conforme atesta o próprio auto de infração. Omissão de receita pressupõe a existência de receita, que seja omitida ou desviada, o que não ocorreu no caso.

Alega a recorrente, ser o supra citado art. 21, ilegal, inconstitucional e ilegal, porque a União não tem competência para tributar capital nem patrimônio nem para valer-se de imposto sobre a renda para tributar o que renda não é.

A apreciação da ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 21 do DL 2.065/83, não foi apreciada pelo acórdão recorrido.

Registro aqui que, ao final do voto, abordarei o aspecto de inconstitucionalidade de leis ou atos, regularmente emanados.

Não identifico qualquer irregularidade no procedimento fiscal. Como bem colocado no acórdão recorrido: *“O PN CST 10/1985, na qualidade de integrante da legislação tributária e de ato regulamentador do art. 21 do DL 2065/1983 é dispositivo hábil para, ao lado deste Decreto, compor a capitulação legal da exigência tributária.”*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

Orientava o citado PN, em seu item 4.4, que para atender ao espírito da lei e a seus objetivos econômicos, deveria ser considerado os valores mutuados diariamente, assim colocado:

“Quanto à forma de cálculo a ser observada para o reconhecimento da correção monetária, poder-se-ia recorrer ao método hamburguês, considerando como taxa a variação mensal da ORTN, ou qualquer outro procedimento de matemática financeira que assegure a apuração diária dessa variação sobre os valores mutuados. Também poderia ser utilizado, por analogia, o valor diário da ORTN, a ser determinado de acordo com as regras do parágrafo único do artigo 5º, do Decreto-lei nº 2.072, de 20 de dezembro de 1983, cujo coeficiente seria aplicável dia a dia sobre os valores correspondentes.”

Assim, ao não efetuar a correção monetária sobre os mútuos, calculada diariamente, além dos inconvenientes explicitados no mencionado PN CST 10/85, ocorreria um desequilíbrio no chamado lucro inflacionário, formado a partir do balanceamento de determinadas contas do balanço, pois, sendo a correção do balanço, em princípio, neutra, somente havendo desequilíbrio, no caso presente em desfavor do fisco, se não se corrige adequadamente e pelos mesmos critérios, todas as contas sujeitas à correção monetária, sejam de natureza credora ou devedora.

Resumindo. A inflação existiu no período, conforme reconhecido pela própria recorrente, fazendo-se necessário o reconhecimento diário da correção monetária dos valores mutuados. O fisco adotou o critério de cálculo da ORTN diária, já existente na legislação fiscal (art. 5º do DL 2.072/83), citado no PN 10/85, apenas como um dos critérios de cálculo. Poderia ter adotado qualquer outro cálculo cientificamente válido, de matemática financeira, para determinar o valor diário da ORTN, preferiu adotar aquele já existente na legislação fiscal, sobre o qual não paira nenhuma dúvida quanto à sua correção, sem que isto signifique que se esteja aplicando indevidamente ao presente caso o direito definido no referido diploma legal, ou seja a tributação sobre rendimentos do mercado financeiro, a que se destinava àquele decreto-lei, apenas se importou um critério de cálculo, nada mais.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

Quanto a alegação da inconstitucionalidade das leis, entendo não caber, na esfera administrativa, a discussão proposta pela recorrente, acerca da sua inconstitucionalidade, uma vez que tal questão pressupõe a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, competindo, em nosso ordenamento jurídico, exclusivamente, ao Poder Judiciário, a atribuição para apreciar a aludida arguição (CF, artigo 102, I, "a", e III, "b"), não sendo o Conselho de Contribuintes o local próprio para esta discussão.

Coerentemente com esta posição, tem-se consolidado nos tribunais administrativos o entendimento de que a arguição de inconstitucionalidade de lei não deve ser objeto de apreciação nesta esfera, a menos que já exista manifestação do Supremo Tribunal Federal, uniformizando a matéria questionada, o que não é o caso dos autos.

Ainda nesta mesma linha, o Poder Executivo editou o Decreto n.º 2.346, de 10/10/1997, o qual, em seu artigo 4º, parágrafo único, determina aos órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, que afastem a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, desde que declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, considero que o controle da constitucionalidade das leis pertence ao Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, e só a este Poder. Somente na hipótese de reiteradas decisões dos Tribunais Superiores é que se poderia, haja vista a vantagem que a celeridade processual traria a ambas as partes, considerar hipótese na qual este Colegiado viesse a deixar de aplicar texto legal ainda não extirpado de nosso ordenamento pátrio pelo Senado Federal.

Cabe ao Conselho de Contribuintes a interpretação das normas e sua aplicação ao fato concreto, não porém negar vigência à norma, sobre a qual não pairam dúvidas acerca de seu conteúdo objetivo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.045176/93-91
Acórdão n.º : 103-21.430

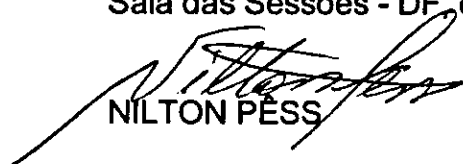
A Constituição Federal em vigor, atribui ao Supremo Tribunal Federal a última e derradeira palavra sobre a constitucionalidade ou não de lei, interpretando o texto legal e confrontando-a com a constituição.

Pacífico igualmente, no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, o entendimento que não é permitido a órgão do Poder Executivo apreciar a constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo, tal procedimento configuraria uma invasão indevida de um poder na esfera de competência exclusiva de outro, além de ferir a independência dos Poderes da República preconizada na Magna Carta.

Por tudo o acima exposto, resumindo e concluindo, voto por afastar a preliminar argüida e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 05 de novembro de 2003.


NILTON PESS

