

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO No. 11040/000.390/92-12

NCA

Sessão de 20 de outubro de 1994

ACORDAO No. 102-29.484

RECURSO No. : 79.394 - IRF - ANO de 1990

RECORRENTE : PROCARDIACO CLINICA E CIRURGIA CARDIOVASCULAR LTDA

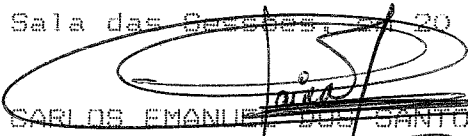
RECORRIDA : DRF - PELOTAS - RS

IRF - Discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da lei - não cabimento da apreciação sobre inconstitucionalidade arguida na esfera administrativa. Incompetência dos agentes da administração para apreciação da matéria. Imposto sobre o lucro líquido - lucros apurados em períodos-base encerrados a partir de 01/01/89 - a tributação na fonte sobre os lucros correspondentes a períodos-base encerrados a partir de 1º de janeiro de 1989 sujeita-se às regras previstas na legislação tributária, nos termos, principalmente, das disposições contidas nas leis Nos 7.713/88, 7.799/89, 7.959/89 e demais atos legais (por exemplo: IN da SRF No 139/89) pertinentes à matéria. Mantém-se, conseqüentemente, o procedimento do fisco que, ao seu final, constitui crédito tributário cuja materialidade funda-se exclusivamente na lei. Recurso Improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PROCARDIACO CLINICA E CIRURGIA CARDIOVASCULAR LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

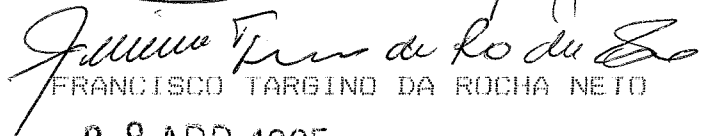
Sala das Sessões, 20 de outubro de 1994


CARLOS EMANUEL DOS SANTOS FAIVA

— PRESIDENTE


FRANCISCO DE PAULA CORREA CARNEIRO GIFFONI — RELATOR

VISTO EM


FRANCISCO TARGINO DA ROCHA NETO

— PROCURADOR DA FA

SESSÃO DE:

28 ABR 1995

ZENDA NACIONAL.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Waldevan Alves de Oliveira, Ursula Hansen, Maria Clélia de Andrade Figueiredo e Júlio César Gomes da Silva. Ausente justificadamente o Conselheiro José Carlos Passuello.

PROCESSO No. 11040/000.390/92-12

RECURSO No.: 79.394

ACORDAO No.: 102-29.484

RECORRENTE : PROCARDIACO CLINICA E CIRURGIA CARDIOVASCULAR LTDA.

R E L A T O R I O

PROCARDIACO CLINICA E CIRURGIA CARDIOVASCULAR LTDA, jurisdicionada pela Delegacia da Receita Federal em Pelotas - RS, foi notificada exigência contida no Auto de Infração de fls. 09/10, relativa a Imposto de Renda na Fonte por falta de retenção e recolhimento, sendo o valor do imposto cobrado no valor total de 48.087,90 UFIR.

Inconformada, a empresa apresentou impugnação, temporária, fls. 23/41, alegando em sua defesa que faz jus à dedução, como despesa operacional, vez que efetuou doação, à SANTA CASA DE MISERICORDIA, de Pelotas, além de já ter oferecido à tributação o total dos lucros automaticamente distribuídos a seus sócios.

As fls. 46/47, a autoridade singular, decidiu, em síntese:

- que as despesas operacionais consideradas pela interessada como indedutíveis, são relativas a aquisição de um equipamento importado, com isenção de tributos em nome do já referido hospital;
- invoca o auxílio do artigo 242, do RIR/80, na esperança de ver restabelecido o valor glosado pelo fisco, insistindo na tese de que o suprimento efetuado pelo hospital foi feito a título de "doação", não havendo respaldo legal para tal entendimento;
- esclarece que o recibo anexado à fls. 01, é cristalino quanto a quantia alegada como "doação", refere-se a efetivação do contrato de importação de equipamentos, tanto que não consta em sua declaração do exercício fiscalizado nenhum lançamento a título de "doação".

22.

PROCESSO No. 11040/000.390/92-12

ACORDAO No. 102.29.484

- que a autuada visou a aquisição de aparelho necessário ao hospital, com isenção de tributos, conforme comprova o documento de fls. 43, que consoante declaração do Superintendente da empresa ficou comprovado inequivocamente que foi ultrapassado o limite de 5% do lucro operacional, estatuído no art. 243 do RIR/80.

- através de demonstrativo constante de fls. 01 a 16, não resta dúvida de que a impugnantes não cumpriu com sua obrigação de reter e recolher o IRF sobre as importâncias distribuídas aos seus sócios, conforme alegou.

Nos seus considerados, a autoridade "a quo" cita toda a legislação pertinente a matéria objeto do litígio e decide por julgar improcedente a impugnação e resolve por manter integralmente o crédito tributário exigido.

Ciente da decisão monocrática, a empresa apresenta, tempestivo, recurso voluntário a este colegiado conforme petição de fls. 49/57.

Recurso lido na íntegra em sessão.

E o relatório.



PROCESSO No. 11040/000.390/92-12

ACORDAO No. 102.29.484

V O I U

Conselheiro Francisco de Paula Correa Carneiro Giffoni - Relator.

Conheceu-se do recurso porquanto preencheu os requisitos de lei.

Em verdade, tratam estes autos da incidência da Lei No 7.713/88 e em especial o seu art. 35, o impropriamente chamado "Imposto Sobre o Lucro Líquido."

A contribuinte, em ambas as fases do processo fiscal, insurge-se contra esta incidência, alegando "verbis":

"Preliminarmente, a exação em comento, não tem existência legal, de que a Defendente, dentro da previsão legal (Lei No 7.713/88), deixou de recolhê-lo, tendo em vista ter compensado o lucro obtido no Exercício de 1990, ano base de 1989, com o prejuízo existente no Exercício de 1989, ano base de 1988.

Mesmo que não seja admitida a forma com que foi efetivada a compensação do prejuízo, a exação em comento é inexigível, pois, além de malferir a Constituição Federal, afronta também, o Código Tributário Nacional e diverge tanto da doutrina quanto da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

Com efeito, é inconstitucional, na medida, em que, apoiada no art. 35 da Lei No 7.713/88, viola o princípio da hierarquia de leis.

A Lei No 7.713/88, criou novas hipóteses de fato gerador do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, alterando disposição contida em lei complementar, pois, assim fazendo, usurpou competência reservada pela Carta Magna, ao Código Tributário Nacional.



PROCESSO Nº. 11040/000.390/92-12

ACORDAO Nº. 102.29.484

Com efeito, estabelecendo o art. 35 da lei Nº 7.713/88, que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo Imposto de Renda, viola o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional (lei Nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa dos previstos em textos de maior hierarquia.

Assim estabelecendo o texto - art. 35 da lei Nº 7.713/88 - violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59 "Lex Maior".

Igualmente, o fundamento em que se baseia o auto ora contrariado, afasta-se do entendimento de doutrinadores renomados, dentre os quais destacamos o ensinamento de Paulo Barros Carvalho, "in verbis":

"Não há competência para instituição de imposto de renda presumida, provável ou hipotética. Nem a lei pode ser interpretada como criando essa hipótese de incidência, nem o princípio da capacidade contributiva contido nas dobras da isonomia, o consentiria." (in revista de Direito Tributário Nº 34, página 375).

Da mesma forma, Ricardo Mariz de Oliveira, em sua obra "Guia IOB, de Imposto de Renda - Pessoa Jurídica - Suplemento de Comentários - Jurisprudência e Atos Administrativos - caderno 12/1988 - no art. "A Nova Sistemática de Tributação dos Lucros Distribuídos" à página 2, diz:

"Uma primeira observação crítica quanto aos aspectos jurídicos é que a tributação de 8% contraria o art. 43 do CTN, segundo o qual o IR somente pode incidir quando haja disponibilidade econômica ou jurídica de renda. Ora, o lucro não distribuído efetivamente não está na disponibilidade dos sócios efetivamente, acionistas ou titulares da firma individual, de sorte que não ocorre o pressuposto material necessário à cobrança do IR sobre distribuição de lucro."

Na verdade, a tributação do art. 35 repousa na ficção de renda distribuída, o que é inconstitucional.

78-

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

6.

PROCESSO Nº. 11040/000.390/92-12

ACORDAO Nº. 102.29.484

Por derradeiro, a exigência que ora está sendo feita à Defendente, está distante do entendimento esposado pelo R. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, por maioria de votos do seu Pleno, no julgamento do AI na AMS 91.04.04947-0/RS, deixou consignado:

"Constitucional. Tributário. Art. 35 da Lei Nº 7.713/88. Questão Preliminar desacolhida, eis que figurada a hipótese de inconstitucionalidade. Violação ao princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente assegurado. Criação de novas hipóteses de fato gerador do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, por via de lei ordinária, com alteração de disposição contida em lei complementar.

1 - Reconhecido ser, o Código Tributário Nacional, lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se a hipótese de inconstitucionalidade e não legalidade, já que usurpada competência reservada pelo texto maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da AMS 89.825 - e do Colendo Supremo Tribunal Federal de Recursos na apreciação do RE 101.084/PR.

2 - Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada.

3 - Estabelecendo, o art. 35 da Lei Nº 7.713/88, que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo Imposto de Renda, viola o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional (lei Nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia.

4 - Assim estabelecendo, o texto - art. 35 da Lei Nº 7.713/88 - violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59 da Lei Maior.

5 - Arguição acolhida quanto ao mérito, após a rejeição da prefacial." (Repertório IOB de Jurisprudência, Nº 20/92, pág in 356 - DJU II - 16/09/922 - página 28.541).



PROCESSO Nº. 11040/000.390-92-12

ACORDÃO Nº. 102.39.184

O Julgador Albino Zavascki, em seu voto, assim se manifestou:

"Parece-me claro que, enquanto não forem distribuídos os lucros, embora já apurados, continuam, pertencendo à pessoa jurídica, que poderá dar-lhes outra destinação que não de integrá-los ao patrimônio do sócio. Portanto, se os lucros não pertencem ao sócio e se sua apropriação por parte dele é um fato futuro e incerto, não há como imaginar-se disponibilidade para efeito de imposição fiscal." (Expediente nº 100 do Jurisprudência Nº 20/92 - Pág. 174 - Vol. I, p/ 28.541).

Logo, aparentemente, em data de 18/11/92, o mesmo Tribunal, por acórdão unânime de sua 3ª Turma, no julgamento do Processo Nº 92.04.13152-7/RS, expediu a seguinte ementa:

"A inconstitucionalidade do art. 35 da Lei Nº 7.713/88, importa em que é indevida a tributação dos acionistas pelo lucro líquido não distribuído." (BJA - Nº 05/93 - pág. 89 - verbete 139.210).
"

Do todo o exposto, está claramente evidenciado que a exigência estabelecida no Auto de Infração ora impugnado, não tem qualquer razão de ser, merecendo, portanto, a total IMPROCEDENCIA."

Em sua decisão a nosso ver com a acuidade necessária para tratar de matéria tão controvertida, assim fundamentou sua decisão a autoridade ora recorrida, "verbis":

"Regularmente intimado do crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração que se vê às fls. 25 - IRF/LUCRO LÍQUIDO, o sujeito passivo apresentou, em 30/10/92, através de seu procurador, DR. CARLOS ROBERTO DE SOUZA, a peça impugnatória que se vê às fls. 31/34, alinhando, em síntese, razões concernentes à legalidade da compensação do lucro obtido no exercício de 1990, ano-base de 1989, com o prejuízo verificado no exercício de 1987, ano-base de 1987 (sic). Além do mais, apresentou tese pertinente à inconstitucionalidade da disposição consubstanciada no artigo 35, da Lei Nº 7.713/88.

R.

PROCESSO Nº. 11040/000.390/92-12

ACORDAO Nº. 102.29.484

Citou ensinamentos de renomados tributaristas pátrios e trouxe à colação decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Falando sobre a impugnação, o autor do procedimento exarou cota de fls. 37, nos seguintes termos:

"CONTESTANDO as alegações da reclamante, informo que:

1 - a compensação do prejuízo de um exercício com o lucro de outro na atual circunstância, somente poderia ser feita por via contábil (art. 35, parágrafo 1º, alínea "d" da Lei Nº 7.713 de 22/12/88) e não através do LALUR (compensação fiscal), como efetuou (fls. 15 e 18);

2 - me parece inoportuna a alegação de inconstitucionalidade pois entendo que não foi violado o artigo 43 do CTN.

Não trazendo novidade alguma que pudesse invalidar o feito, apenas e tão somente fazendo alegações e conjecturas sem o necessário suporte legal ou documental, PROFONHO a manutenção integral do lançamento."

ESTE E O RELATORIO.

Preliminarmente, cabe destacar que o Parecer Normativo CST Nº 329/70, está assim redigido:

".....
Interativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Em abono de suas decisões, vale citar-se Ruy Barbosa Nogueira, in Da interpretação e da aplicação das leis tributárias (1965, pág. 32):



PROCESSO Nº. 11040/000.390/92-12

ACORDAO Nº. 102.29.484

Ademais, no que pertine ao tema em comento (arguição na esfera administrativa acerca da inconstitucionalidade da legislação tributária/não tributária), cumpre destacar que dispositivo tradicional em nosso direito, sendo norma constitucional desde 1934 (artigo 91, IV), outorga ao Senado Federal competência privativa, Aludido do princípio, hoje está contemplado na Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

A lei tida como inconstitucional por sentença irreversível do Supremo Tribunal Federal deve ter a sua execução suspensa pelo Senado, na parte em que foi declarada contrária ao ordenamento maior, ou em seu todo, se inconstitucional na sua íntegra. Suspensão-se a execução da lei, isto é, retira-se da lei os seus efeitos no mundo jurídico; não se pode aqui falar em revogação, o que só ocorre por processo legislativo.

Não há notícia, até a presente data, de qualquer ato do Senado Federal determinante da suspensão da execução de qualquer dispositivo da legislação tributária/não tributária (artigo 96, da Lei Nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional) a que alude o sujeito passivo, com base em sentença irreversível prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em assim sendo, não há razões plausíveis, no presente caso, capazes de elidir o procedimento fiscal. Quanto ao mérito, as demais argumentações aduzidas não comportam maiores divergências.

A matéria tributável decorre de expressa disposição legal (artigo 35 da Lei Nº 7.713/88, com as modificações posteriores), não se conhecendo, até a presente data, qualquer pronunciamento da Suprema Corte acerca do caráter confiscatório do tributo exigido através do Auto de Infração que se vê às fls. 29.

12.

PROCESSO Nº. 11040/000.390/92-12

ACORDAO Nº. 102.29.484

Finalmente, no que se refere à decisão prolatada pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem dúvida alguma, o ilustre patrono da impugnante tem pleno conhecimento das disposições contidas no Decreto Nº 73.529, de janeiro de 1974."

Este relator nada mais tem a acrescentar a esta fundamentação, que com a devida vênia deve ser considerada parte integrante deste, e encaminho meu voto considerando-se ludo o mais que do processo consta, no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Brasília - DF, 20 de outubro de 1994.


Francisco de Paula Correa Carneiro Giffoni - Relator