

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES


PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
RECURSO Nº : 01.729  
MATÉRIA : IRF - ANO DE 1992  
RECORRENTE : A. PERIM S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO  
RECORRIDA : DRF EM SANTO ÂNGELO-RS  
SESSÃO DE : 19 DE MARÇO DE 1997  
ACÓRDÃO Nº : **101-90.820**

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - ART. 35 DA LEI 7.713/88- Em se tratando de sociedade por ações, não subsiste a exigência formalizada com base no art. 35 da Lei 7.713/88, na espécie declarado inconstitucional pelo STF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por A. PERIM S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

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

  
EDISON PEREIRA RODRIGUES  
PRESIDENTE

  
SANDRA MARIA FARONI  
RELATORA

FORMALIZADO EM: 22 ABR 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL e CELSO ALVES FEITOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820  
RECURSO Nº : 01.729  
RECORRENTE : A. PERIM S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO

## RELATÓRIO

Contra A. Perim S/A Indústria e Comércio foi lavrado o Auto de Infração de fls. 370 a 378, resultando na exigência de crédito tributário no valor de 122.102,99 UFIR, sendo 59.599,65 UFIR de imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, 59.599,65 UFIR de multa por lançamento de ofício e 2.903,69 UFIR de juros de mora calculados até 17/09/93. O lançamento é decorrente do procedimento fiscal levado a efeito contra a empresa, e do qual resultou o lançamento do IRPJ do exercício de 1993, que deu origem ao processo 11070.000605/93-57.

As irregularidades apuradas pela fiscalização e das quais resultou a exigência por terem alterado o lucro líquido do exercício foram as seguintes:

1- **Vendas não tributadas**, referente à não contabilização como venda no período de duas notas fiscais e à não contabilização de parte da receita de vendas no período, de três notas fiscais.

2- **Majoração indevida de compras**, caracterizada pela omissão do registro de devolução de compras.

3- **Majoração indevida do custo dos produtos vendidos**, ( subavaliação do estoque final ) caracterizada pela não inclusão no estoque final de cereais das compras efetuadas mediante 12 notas fiscais.

4- **Despesas apropriadas indevidamente**, caracterizada pela apropriação indevida de valores dos depósitos judiciais, oriundos de mandados de segurança com sentença de 1º grau em favor do contribuinte ou com recurso de

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

apelação, como despesa do período em que foram efetuados, com redução indevida do lucro tributável, bem como dos encargos relativos às contribuições depositadas.

**5- Dedução indevida de despesas**, caracterizada apropriação indevida ,como despesa, de bens de natureza permanente referentes a três notas fiscais.

**6- Omissão de receitas de variações monetárias ativas**, caracterizada pela não inclusão, como receita, dos valores correspondentes às variações monetárias ativas dos depósitos judiciais.

**7- Insuficiência da receita de correção monetária do balanço**, caracterizada pela falta de atualização de bens do ativo permanente contabilizados indevidamente como despesas, correspondentes a três notas fiscais

**8-Omissão de receita de correção monetária do balanço**, caracterizada pela atualização a menor da conta "máquinas e implementos" .

9- Falta de adição ao lucro líquido do exercício dos encargos de depreciação correspondente à diferença de correção monetária IPC/BTNF, apropriados indevidamente como despesas do exercício. infringindo o comando do art. 3º da Lei nº 8.200/91.

10- Redução indevida do resultado do exercício, caracterizada pela falta de contabilização como venda do período, de duas notas fiscais creditadas erroneamente na conta "Cereais a Entregar".

Em impugnação tempestiva, a empresa, preliminarmente, argumenta que o Plenário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região declarou o Imposto sobre o Lucro Líquido inconstitucional em sua totalidade. No mérito, admite expressamente ter cometido as irregularidades mencionadas nos itens 1, 2,

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

5 e 8 acima mencionados. Quanto às demais irregularidades apontadas pela fiscalização, argumenta :

1-Majoração indevida do custo dos produtos vendidos - Não ocorreu nenhuma ilegalidade e algumas compras efetuadas não constaram no estoque porque se referiam a cereais adquiridos para repor estoques de terceiros depositários (conforme, aliás, informou à fiscalização quando instada a declarar o estoque de produtos recebidos na condição de depositária), vendidos posteriormente junto com os de sua propriedade.

2- Apropriação indevida de despesas relativas aos depósitos judiciais - O art. 16, inciso I, do Decreto-lei nº 1.598/77 determina que os tributos são dedutíveis no período-base da ocorrência do fato gerador, e , embora a apropriação dos depósitos seja vedada pela Lei nº 8.541/92, os fatos geradores não ocorreram sob sua vigência. Além disso, os valores dos depósitos não estavam disponíveis para o contribuinte, não podendo ser considerado para efeito do imposto, uma vez que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda (art. 43 do CTN). E mais, que a tributação sobre os depósitos judiciais seria uma forma de coagir o contribuinte a não ingressar judicialmente contra arbitrariedades fiscais, afrontando o preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão de direito” .E ainda, que os depósitos judiciais são forma de pagamento prevista em lei, pois, estão tratados no Título IV do RIR/80 ( PAGAMENTO DO IMPOSTO), no Capítulo I ( MEIOS E FORMAS DE PAGAMENTO), nos artigos 684 a 687.

3-Omissão de receitas de variação monetária ativa- Os depósitos judiciais não estão disponíveis para o contribuinte e, portanto, só se a empresa vier a obter êxito na demanda deverá reconhecer as variações monetárias deles decorrentes. E a determinação do art. 8º da Lei 8.541/92 só é aplicável a partir do

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

exercício de 1993, não havendo previsão legal, em relação aos períodos examinados, para o reconhecimento da referida variação monetária como receita.

4- Insuficiência de receita de correção monetária do balanço. Não existiu a omissão de receita uma vez que tendo o AFTN glosado a despesa não houve a possibilidade de aproveitamento da depreciação do bem nos exercícios subsequentes.

5- Falta de adição ao lucro líquido da diferença de correção monetária IPC/BTNF na baixa de bens do Permanente- O art. 3º Lei nº 8.200/91 reconheceu as distorções ocorridas no ano de 1990, entre o IPC e o BTNF, e o aproveitamento da diferença apenas a partir de 1993 caracteriza empréstimo compulsório, como vem sendo reconhecido pela Justiça Federal, ferindo vários princípios constitucionais, como o da legalidade, do confisco, etc. (Transcreve matéria publicada na Revista de Direito Tributário e Financeiro, vol. 2, contestando a validade jurídica do art. 3º da Lei nº 8.200/91 e do Decreto 332/91, art. 3º, e demonstrando a legitimidade do reconhecimento da diferença entre os índices de correção desde o exercício de 1992).

A autoridade julgadora de primeira instância rejeitou a preliminar por não caber a arguição de inconstitucionalidade /ilegalidade da lei na instância administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria. Ao apreciar o mérito, manteve integralmente a exigência, fundamentando sua decisão, no fato de se tratar de tributo exigido como mera decorrência do lançamento efetuado no âmbito do IRPJ, hipótese em que o que for decidido no processo principal constitui prejudgado em relação à exigência reflexa.

No prazo deferido pela lei para apresentar recurso voluntário, a empresa comunicou ao Delegado da Receita Federal a revogação do mandato conferido aos seus defensores, que estranhamente reconheceram parte do débito apurado pelos auditores e pediram seu parcelamento, pedindo seja feita a revisão

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

de ofício da decisão de primeiro grau pelos motivos que expõe e, caso não deferido seu pleito, requer a subida do pleito como recurso voluntário ao 1º Conselho de Contribuintes.

Em sua petição, alega a empresa que considera insubsistente a *confissão fiscal* feita pelos seus *Defensores*, porque na impugnação não foi demonstrada a existência de outras operações e situações fáticas que, a exemplo das detectadas pelo Fisco, foram contabilizadas erroneamente e que, por seu turno, ampliaram o valor tributável em quantitativos superiores aos níveis daqueles levantados pelos Auditores Fiscais, que reduziram o valor tributável. Diz que cometeu inúmeros erros no registro de suas operações nos anos-base de 1988 a 1992, uns que reduziram e outros que aumentaram a base de cálculo do imposto, cabendo sua iniciativa em proceder a correção dos equívocos praticados, sendo necessário que o Fisco proceda uma COMPENSAÇÃO entre os equívocos levantados pelo Fisco e reconhecidos pela empresa e os demais que, em sua exposição, procura demonstrar.

Quanto aos itens constantes do auto de infração, admite ter cometido os equívocos apontados pela Fiscalização mencionados nos itens 1, 2, 3, 5, 7 e 8 deste relatório, mas propugna por que devem ser levados em conta outros lançamentos que ampliaram o valor tributável. No que se refere à apropriação de despesas referentes aos depósitos judiciais, à omissão de receita referente à variação monetária desses depósitos e à diferença de correção monetária IPC/BTNF, reedita e reforça os argumentos apresentados na impugnação.

Requer seja recebido e acatado o pedido de revisão de ofício do lançamento com a conseqüente compensação dos tributos apurados pelos Auditores Fiscais e, caso a autoridade entenda insuficientes as informações trazidas no requerimento para dar procedência ao pedido, que seja efetuada diligência junto à Autuada, respondendo a indagações que formula.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

Finalmente, se indeferido o pleito, requer seu recebimento como recurso ao Conselho, solicitando a este que determine à Autoridade lançadora a revisão daqueles lançamentos para apurar um novo valor tributável ou, se julgadas insuficientes as informações, seja determinada a realização de diligência para responder as indagações já mencionadas.

O Delegado da Receita Federal em Santo Ângelo, considerando que o art. 36 do Decreto nº 70.235/72 estabelece que não cabe pedido de reconsideração da decisão de primeira instância, remeteu o pedido ao Conselho, como recurso voluntário.

É o Relatório. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

VOTO

CONSELHEIRA SANDRA MARIA FARONI, RELATORA

Trata-se de exigência decorrente da formalizada em auto de infração referente ao Imposto de Renda -Pessoa Jurídica, exigida com fundamento no art. 35 da Lei 7.713/88.

Reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal , vem declarando a inconstitucionalidade dessa norma, no que se refere a retenção na fonte relativamente aos acionistas da empresa, como no julgamento de Recurso Extraordinário n ° 197.744-2- RS, Relator, Ministro Marco Aurélio, conforme ementa a seguir parcialmente transcrita:

“ .....

.....  
TRIBUTÁRIO- RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE-  
PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrenes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe “a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”- alínea “a” do inciso III do art. 146 do Diploma Maior de 1988.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no art. 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

RF

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA.  
O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer espécie de disponibilidades versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização."

Mencione-se, ainda, que o Plenário da Suprema Corte, decidindo prejudicial de validade do mencionado dispositivo legal, declarou a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista" e a constitucionalidade das expressões "o titular da empresa individual" e "o sócio cotista", exceto, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a distribuição, conforme consta da ementa do julgamento do Recurso Extraordinário nº 198.362-8 PR, relator Ministro Maurício Correa, DJ nº 105, 31/05/96, pg. 18812.

A jurisprudência deste Conselho tem se firmado no sentido de deixar de aplicar dispositivos legais declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em Recursos Extraordinários e que, portanto, não têm efeito *erga omnes*. Mas, frise-se, assim o faz **apenas quando o dispositivo legal já tenha sido considerado inconstitucional, pelo órgão encarregado de zelar pela aplicação da Constituição**. E isso atende ao princípio da economicidade na aplicação de recursos públicos previsto no art. 7º da Constituição e ainda, à própria orientação da Administração Federal, através de sucessivos pronunciamentos da Consultoria Geral da República, como, por exemplo:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

**Parece 261-T, de 01.09.53, Carlos Medeiros Silva:**

“É sabido que as decisões judiciais só obrigam nos casos concretos. Sendo elas, porém, reiteradas e tomadas por expressiva maioria, com pleno conhecimento de sua extensão na esfera administrativa, como acontece na espécie, não há como fugir ao seu cumprimento em casos idênticos.”

**Parecer L-018, de 1.08.74, Luiz Rafael Mayer:**

“A orientação por que sempre se tem pautado esta Consultoria Geral é a de acolher e de propor à Administração Pública o acatamento à jurisprudência pacífica dos mais altos Tribunais Federais, não sendo inusitado, antes comum, antiga ou recentemente, de modo a dispensar exemplificação, o espontâneo reexame de pareceres para ajustá-los ao entendimento dominante na esfera judicial, em deferência ao princípio da harmonia dos poderes e às atribuições específicas do Judiciário”

**Parecer P-3, de 14.04.83, Paulo Cesar Cataldo:**

“ Sempre reafirmando que a orientação administrativa não há que estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questões de direito, mormente quando a interpretação emane do Egrégio Supremo Tribunal Federal,.....”

**Parecer C-15, de 13.12.60, L.C. de Miranda Lima**

“Se, entretanto, através de sucessivos julgamentos, uniformes, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa maioria, expressam os Tribunais a firmeza de seu entendimento relativamente a determinado ponto de direito, recomendável será não renita a Administração, em hipóteses iguais, em manter sua posição, advesando a jurisprudência solidamente formada.

Teimar a Administração em aberta oposição a norma jurisprudencial firmemente estabelecida, consciente de que seus atos sofrerão reforma, no ponto por parte do Poder Judiciário, não lhe renderá mérito, mas desprestígio, por sem dúvida. Fazê-lo será alimentar ou crescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à Justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem como instrumento realizador do interesse coletivo.”

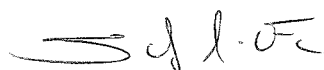
Sendo a Recorrente sociedade por ações, não pode subsistir a exigência de que se trata, eis que , em relação a essa modalidade de empresa, o

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.604/93-94  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.820

dispositivo legal no qual se funda foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, dou provimento ao recurso.

Brasília-DF, 19 de Março de 1997



SANDRA MARIA FARONI