

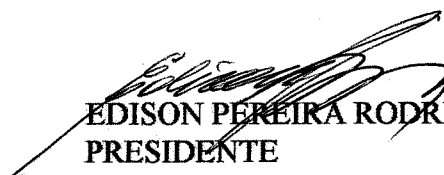
MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

LADS/  
PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
RECURSO Nº : 01.728  
MATÉRIA : IRF - ANOS: DE 1989 a 1991  
RECORRENTE : A. PERIM S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO  
RECORRIDA : DRF EM SANTO ÂNGELO - RS  
SESSÃO DE : 17 de Outubro de 1996  
ACORDÃO Nº : 101-90.302

**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: 21 NOV 1996

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

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302  
  
RECURSO Nº : 01.728  
RECORRENTE : A. PERIM S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO

### RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto contra decisão do Delegado da Receita Federal em Santo Ângelo, que julgou procedente a ação fiscal levada a efeito contra a empresa em epígrafe, e da qual resultou o auto de infração de fls 235 a 242, exigindo-lhe o pagamento de Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido a que se refere o art. 35 da lei nº 7.713/88, acrescido de juros de mora e multa de ofício, em decorrência de irregularidades apuradas no processo 11070.000606/93-10.

As irregularidades apuradas pela fiscalização e das quais decorreu a presente exigência foram as seguintes:

**1- Superavaliação de compras / Custos apropriados indevidamente**, caracterizada pela apropriação indevida como custo (compras) de valor referente a nota fiscal simbólica, cuja finalidade seria o fechamento formal de operação contratual. ( Ex. 92- valor tributável - Cr\$374.080.000,00 )

**2- Majoração indevida do custo dos produtos vendidos**, caracterizada pela não inclusão nos estoques finais de cereais das compra de soja realizada mediante a nota fiscal 083221, de 31/12/90.( Ex. 91- valor tributável -Cr\$ 8.300.000,00 )

**3- Custos ou despesas não comprovadas**, caracterizada pela apropriação indevida como despesa do exercício, de valores dos depósitos judiciais, e respectivas variações monetárias passivas, como despesa do período em que foram efetuados, constituindo provisão não autorizada em lei.(Ex. 90- Valor tributável: NCZ\$1.009.431,24 ; Ex. 91 -Valor tributável: Cr\$ 41.275.622,45 ; Ex. 92 - Valor tributável : Cr\$ 162.307.168,80 )

X=

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

**4- Omissão de receitas de variações monetárias ativas**, caracterizada pela não inclusão, como receita, dos valores correspondentes às variações monetárias ativas dos depósitos judiciais. ( Ex. 90, valor tributável NCZ\$ 292.914,65; Ex. 91, valor tributável Cr\$ 20.130.019,46; Ex. 92, valor tributável, Cr\$ 193.159.490,74)

**5- Insuficiência da receita de correção monetária do balanço**, caracterizada pela atualização a menor da conta "terras e terrenos". ( Ex. 89, valor tributável CZ\$ 8.441,200,21; Ex. 90, valor tributável NCZ\$ 31.566,12 ; Ex. 92, valor tributável Cr\$ 269.074,830)

**6- Falta de adição ao lucro líquido do exercício do total do custo dos bens baixados, correspondente à diferença de correção monetária IPC/BTNF**, infringindo o comando do art. 3º da Lei nº 8.200/91 ( Ex. 92, valor tributável, Cr\$ 4.742.624,24).

Em impugnação tempestiva a empresa traz, basicamente, os mesmos argumentos expendidos no processo principal. Inicia por ponderar que a TR e a TRD não podem ser usadas como índice de correção monetária, e mais, como taxas de juros deverão se submeter ao limite estabelecido pelo artigo 192, § 3º da Constituição Federal ( juros reais de 12% ao ano). Quanto às irregularidades apontadas pela fiscalização, argumenta :

1- Superavaliação das compras - Ocorreu apenas apropriação em exercício indevido, devendo o imposto exigido ser compensado com o recolhido a maior no exercício seguinte, quando não foi aproveitado o custo a que teria direito.

2-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



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

fiscalização quando instada a declarar o estoque de produtos recebidos na condição de depositária), vendidos posteriormente junto com os de sua propriedade.

3- 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.

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

5-Insuficiência de receita de correção monetária do balanço. Reconhece a irregularidade e pede parcelamento do valor devido.

6- 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

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).

O julgador singular negou manteve a decisão sob o argumento de que se trata de tributação reflexa, não sendo cabível uma apreciação desvinculada daquela levada a efeito no processo principal, no qual a exigência foi mantida. E, ainda, porque a o auto de infração levou em conta o artigo 35 da Lei 7.713/88, fazendo incidir o imposto de renda na fonte sobre o valor considerado omissão de receita e/ou apropriação indevida de despesas ou custos levantadas no processo de IRPJ. Diz mais, que não cabe a arguição de inconstitucionalidade das leis na esfera administrativa e que é vedada a extensão dos efeitos das decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração em atos de caráter normativo ou ordinário.

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, segundo ela., estranhamente reconheceram parte do débito apurado pelos auditores e pediram seu parcelamento, pedindo seja feita a revisão de ofício da decisão de primeiro grau pelos motivos que expõe e, caso não deferido seu pleito, requer a subida do mesmo como recurso voluntário ao 1º Conselho de Contribuintes.

Em sua petição, cópia da apresentada no processo de IRPJ, 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

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, tece as seguintes considerações:

2- *Custos, Despesas Operacionais, Encargos não Necessário, Utilização Indevida de Provisão, no valor tributável de CR\$ 219.448.782* - Reedita e reforça os argumentos apresentados na impugnação.

3- *Omissão de Variações Monetárias Ativas, no valor tributável de CR\$ 193.159.490,70*- Mesmas considerações relativas ao item 2.

4- *Correção Monetária- Insuficiência de Receita de Correção Monetária* - Reconhece o equívoco que reduziu o lucro real, mas devem ser levados em conta os outros lançamentos que ampliaram o valor tributável.

5- *Adições - Diferença de Correção Monetária IPC/BTNF, pela Correção a Menor da Conta "Terras e Terrenos"*, no valor tributável de CR\$ 4.742.624,24- Ratifica inteiramente o constante da impugnação.

6- *Uso da TRD como indexador de Correção Monetária no ano-base de 1991 sobre o tributo lançado*- A decisão singular manteve o lançamento quanto a esse aspecto sob o fundamento de que o art. 30 da Lei 8.212/91 alterou o art. 9º da Lei 8.177/91 fixou o momento inicial da incidência da TR/TRD para fevereiro de 1991. Alega que o fato está superado quer pela doutrina, quer pela

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES


PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

jurisprudência, quer pela manifestação do Pleno do STF. Diz que o posicionamento do Delegado da Receita é conflitante tanto com esse posicionamento da doutrina e da jurisprudência como com o próprio Regulamento do Imposto de Renda de 1994, cujo art. 944 permite a compensação do valor recolhido a título de TRD acumulada entre a data da ocorrência do fato gerador e a do vencimento do imposto, pago ou recolhido a partir de 04 de fevereiro de 1991. Acrescenta que no ano de 1991 inexistiu indexador de valores fiscais e que não se pode transformar retroativamente correção monetária em juros, e que a UFIR, que é índice de correção, só foi criada em 31/12/91.

Requer seja recebido e acatado o pedido de revisão de ofício do lançamento com a consequente 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.

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. 

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

**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 nº 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/contribuente, 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.

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,

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

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 ato 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:

**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:**

PROCESSO Nº : 11070/000.606/93-10  
ACÓRDÃO Nº : 101-90.302

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

Sala das Sessões - DF, em 17 de Outubro de 1996.



SANDRA MARIA FARONI