

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

NCA

Sessão de 20 de outubro de 1994

ACORDAO No. 102-29.485

RECURSO No. : 79.396 - IRF - ANO de 1989

RECORRENTE : INDUSTRIA CARBONIFERA RIO DESERTO LTDA

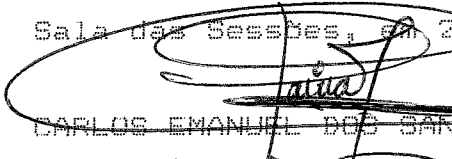
RECORRIDA : DRF - FLORIANOPOLIS - SC

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, consequentemente, o procedimento do fisco que, ao seu final, constitui crédito tributário cuja materialidade funda-se exclusivamente na lei. Recurso Improvido.

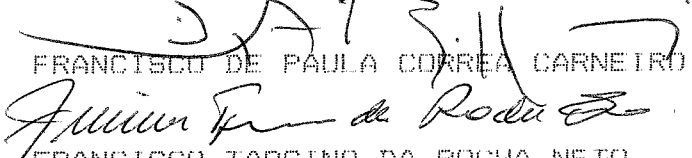
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INDUSTRIA CARBONIFERA RIO DESERTO LTDA.

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.

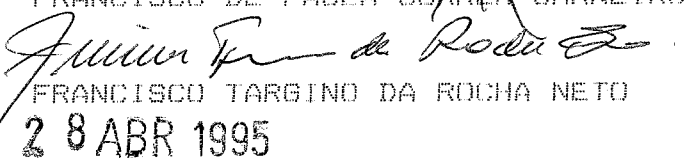
Sala das Sessões, em 20 de outubro de 1994


CARLOS EMANUEL DOS SANTOS PAIVA

— PRESIDENTE


FRANCISCO DE PAULA CORREA CARNEIRO GIFFONI — RELATOR

VISTO EM


FRANCISCO TARGINO DA ROCHA NETO

— PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL.

SESSÃO DE:

28 ABR 1995

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. 13926/000.099/91-79

RECURSO No.: 79.396

ACORDAO No.: 102-29.485

RECORRENTE : INDUSTRIA CARBONIFERA RIO DESERTO LTDA

R E L A T O R I O

INDUSTRIA CARBONIFERA RIO DESERTO LTDA, jurisdicionado pela Delegacia da Receita Federal em Florianópolis - SC, foi notificada do Auto de Infração de fls. 02, da exigência tributária relativa a imposto de renda na fonte sobre lucro líquido, no valor de Cr\$ 30.358.963,51, e multa de lançamento de ofício da quantia de Cr\$ 19.274.905,93, e demais encargos legais, pelo não recolhimento do IRLR referente ao exercício de 1990 ano-base de 1989.

Inconformada, a empresa impugna, tempestiva, fls. 18/21, o lançamento, alegando, em síntese:

- que admitindo até ser cabível a exigência cabe ser excluídos da base de cálculo os "Resultados Positivos em Participações Societárias, pelo valor do patrimônio líquido;
- que não está caracterizada a ocorrência do fato gerador conforme definido no CTN, logo, não é devido o imposto se não houve o efetivo recebimento do rendimento;
- que devem ser excluídos os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita;
- invoca e transcreve o entendimento de eminentes tributaristas sobre a matéria objeto do litígio e conclui pelo cancelamento do lançamento, pois inexistiu a ocorrência do fato gerador.

28.

PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

ACORDAO No. 102.29.485

A informação fiscal de fls. 23/24, opina pela correção relativa ao equívoco no lançamento de NCz\$ 270,00, sob o título de "Incentivo a Informática" quando o mesmo valor deveria constar da linha 18, com a denominação de "Lucros e Dividendos Derivados de Investimentos Avaliados pelo custo de Aquisição". Considerando-se portanto, a inclusão de referido valor na linha devida da Declaração de Rendimentos - Pessoa Jurídica, teremos consequentemente diminuição do lançamento.

A decisão singular de fls. 27/33 se pronunciou, em síntese:

- reconheceu a recomendação contida na informação fiscal e determinou a exclusão da base de cálculo do IRL, da importância de NCz\$ 270,00, correspondente aos "Resultados Positivos em Participações Societárias".
- que a parte restante da impugnação apenas questiona a inconstitucionalidade da exigência do crédito tributário;
- Analisa e responde a cada item constante da peça de defesa do impugnante, transcreve e comenta os dispositivos legais invocados pelo contribuinte e toda a legislação que entende pertinente ao litígio;
- Menciona parte doutrinária enfocando entendimento do Ministro Sebastião Reis, dentre os quais destaca que "a disponibilidade econômica costuma ser identificada com o recebimento da renda e a jurídica com o nascimento do direito a percepção da renda" em relação ao fato gerador no IR das Pessoas jurídicas, e transcreve parte do entendimento do Professor Luciano da Silva Amaro que se refere ao mesmo tema assinalando que "a renda produzida é econômica e juridicamente disponível, conclui que "a produção da renda é fato econômico por tratar-se de riqueza nova integrada ao patrimônio do titular, legalmente qualificado como fato jurídico, ou seja, fato econômico que irradia efeitos jurídicos, mercê de sua jurisdição." E segue sua bem fundamentada decisão com mais enfoques doutrinários e legais.

25.

MINISTERIO DA FAZENDA

4.

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

ACORDAO No. 102.29.485

Conclui por julgar parcialmente procedente o lançamento.

Ao tomar ciência da decisão da autoridade julgadora de primeiro grau, o contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, conforme petição de fls. 35/37.

Recurso lido na íntegra em plenário.

E o relatório.

2D.

PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

ACORDÃO No. 102.29.485

V O I O

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.

27.

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

ACORDÃO No. 102.29.485

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.



PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

ACORDÃO No. 102.29.485

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).

2P.

PROCESSO Nº. 13926/000.099/91-79

ACORDÃO Nº. 102.29.485

O juiz Teori 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 deles é um fato futuro e incerto, não há como imaginar-se disponibilidade para efeito de imposição fiscal." (Repertório IOB de Jurisprudência Nº 20/92 - página 3576 - DJU II, p/ 28.541).

Ainda recentemente, 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).
"

De 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 seu decisorio 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. 29 - IRF/LUCRO LIQUIDO, 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 1989, 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.



PROCESSO Nº. 13926/000.099/91-79

ACORDÃO Nº. 102.29.485

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, PROPONHO a manutenção integral do lançamento."

ESTE É O RELATORIO.

Preliminarmente, cabe destacar que o Parecer Normativo RSI 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):

2.

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO No. 13926/000.099/91-79

ACORDAO No. 102.29.485

"Devemos distinguir o exercicio da administração ativa, da judicante. No exercicio da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação a lei, sob mera alegação de sua inconstitucionalidade, em primeiro lugar porque lhe não cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercicio do 'poder executivo'".

A pág. 35, citando Tito Rezende, continua: "E princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou um decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão".

Também, decisões consubstanciadas em Acórdãos do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes (ao acaso confira os Acórdãos Nos 102-25.945 e 102-26.600, sessões de março e novembro de 1991, respectivamente, ambos da Colenda Segunda Câmara), asseveram:

"INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - Incompetente a Instância Administrativa para apreciar a inconstitucionalidade de dispositivo da legislação tributária."

No mesmo sentido, é do entendimento do Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes:

"INCONSTITUCIONALIDADE - A arguição de inconstitucionalidade não é oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência a apreciação e julgamento de tal arguição. Recurso negado. (Processo No 10950/001.066/91-89; Recurso No 88.062; Acórdão No 202-04.978; Sessão de 29/04/92; DOU - Seção I, de 05/11/92 - página 15.481)."



PROCESSO Nº. 13926/000.099/91-79

ACORDAO Nº. 102.29.485

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 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 irrecorrível 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. Suspende-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 irrecorrível 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 divagações.

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.

20.

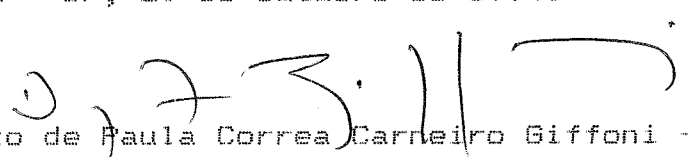
PROCESSO Nº. 13926/000.099/91-79

ACORDÃO Nº. 102.29.485

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 tudo 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