



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Recurso nº. : 139.216
Matéria : IRF - Ano(s): 1998
Recorrente : FTI PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA.
Recorrida : 10ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 26 de abril de 2006
Acórdão nº. : 104-21.530

INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGALIDADE - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos legais. As leis regularmente editadas segundo o processo legislativo gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade, até decisão em contrário do Poder Judiciário.

REMESSA PARA O EXTERIOR DE IMPORTÂNCIA SUPERIOR AO CAPITAL ESTRANGEIRO REGISTRADO NO BANCO CENTRAL DO BRASIL / REMESSA PARA O EXTERIOR DE IMPORTÂNCIA SUPERIOR AO CAPITAL ESTRANGEIRO INGRESSADO NO PAÍS CUJO REGISTRO FOI NEGADO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL - A remessa para o exterior de importância superior ao capital estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil em nome de pessoa jurídica com sede no exterior, sob o título de investimentos e reinvestimentos estrangeiros no País, será procedida com a incidência do imposto de renda na fonte previsto no art. 745, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº. 1.041, de 1994. Assim, é de se aplicar a mesma norma quando se tratar de remessa para o exterior de importância superior ao capital estrangeiro ingressado no país cujo registro foi negado pelo Banco Central do Brasil.

REMESSA DE NUMERÁRIO AO EXTERIOR - SUJEIÇÃO PASSIVA - RESPONSABILIDADE - A pessoa física ou jurídica (fonte situada no País) que efetuar remessa de numerário ao exterior e que não comprovar a condição de isenção ou redução do imposto de renda na fonte, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 15%. O sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa física ou jurídica responsável pela remessa do numerário ao exterior, sendo a instituição bancária mera intermediadora da transação cambial.

TRIBUTO NÃO RECOLHIDO - MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA EXIGIDA JUNTAMENTE COM O TRIBUTO - A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto sujeita o contribuinte aos encargos legais correspondentes, sendo aplicável a penalidade prevista no inciso I, do artigo 44, da Lei nº. 9.430, de 1996.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

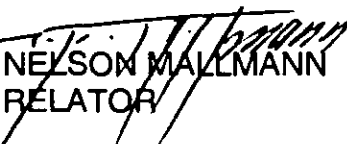
ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS - O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, a partir de abril de 1995, deve ser acrescido de juros de mora em percentual equivalente à taxa referencial SELIC, acumulada mensalmente.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FTI PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o valor de R\$ 20.717.636,19, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 26 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, HELOÍSA GUARITA SOUZA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, GUSTAVO LIAN HADDAD e REMIS ALMEIDA ESTOL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

Recurso nº. : 139.216
Recorrente : FTI PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA.

RELATÓRIO

FTI PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA., contribuinte inscrito no CNPJ sob o nº 01.301.302/0001-62, pessoa jurídica de direito privado, com sede estabelecida na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Caçapava, n.º 49 - cj. 77, Jardim Paulista, jurisdicionado a DRF de Fiscalização em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 185/194, prolatada pela Décima Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 198/210.

Contra a contribuinte foi lavrado, em 29/10/02, Auto de Infração de Imposto de Renda na Fonte (fls. 88/91), com ciência em 29/10/02, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 9.189.000,00 (padrão monetário da época do lançamento), a título de Imposto de Renda na Fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício normal de 75% e dos juros de mora no percentual, de no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto de renda na fonte, relativo ao fato gerador ocorrido em 27/10/98.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa, onde se constatou a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte sobre valores remetidos a beneficiários no exterior. Infração capitulada no artigo 745 do RIR/94, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994, combinado com o artigo 3º da Lei nº 4.131, de 1962 e Parecer Normativo CST nº 231, de 1971.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

O Auditor Fiscal da Receita Federal, responsável pela constituição do crédito tributário, esclarece, ainda, através do Termo de Verificação de fls. 85/87, entre outros, os seguintes aspectos:

- que em 27/10/1998, o contribuinte remeteu ao exterior, Montevideu - Uruguai, em operação de disponibilidade no exterior de curto prazo de residente no Brasil, a crédito em seu próprio nome, através do Banco Marka S/A., em moeda nacional, o valor de R\$ 25.000.000,00 - equivalentes a US 20,936,269,99 -, conforme cópia dos documentos comprovantes em anexo;

- que questionamos ao contribuinte sobre o real destino dado aos tais recursos financeiros enviados ao exterior, conforme Termo de Intimação Fiscal, data, que, destina-se, originalmente, a constituir investimento no local de destino, posteriormente convertido em devolução ou retorno do capital ao investidor estrangeiro, Federal Town Corporation (Montevideu-Uruguai);

- que a origem do montante remetido ao exterior, conforme consta do histórico registrado em sua contabilidade e demais documentos, vem, da entrada de capital do exterior enviado pela sua controladora, sócia-quotista, Federal Town International Corporation (Uruguai), ocorrida em 09/08/1996, somada às receitas obtidas em aplicações financeiras efetuadas no período em que tal capital ficou no Brasil;

- que o contribuinte não conseguiu registrar no Banco Central do Brasil o capital recebido do exterior, ingressado a título de investimento, cujo pedido foi indeferido, por ter direcionado a totalidade dos recursos em aplicações financeiras, ao invés de aplicar no setor produtivo, conforme estabelecido no artigo 1º da Lei nº. 4.131, de 1962, não obtendo assim, o Certificado de Registro de Capital;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

- que, assim, como não houve o registro junto ao Banco Central do Brasil, conforme exigência legal, que resultaria de um Certificado de Registro de Capital investido no país, documentando o valor original ingressado, mais os reinvestimentos de lucros, que, porventura existissem, o qual daria amparo quando de seu retorno ao investidor estrangeiro, com isenção do Imposto de Renda na Fonte. A contrario sensu, claro ficou a infringência à legislação mencionada, não obtido o Registro, desguarnecido ficou o total remetido a título de retorno de capital (contaminado), resultando, na incidência do Imposto de renda na Fonte, de R\$ 3.750.000,00 - calculado à alíquota de 15% sobre os R\$ 25.000.000,00.

Em sua peça impugnatória de fls. 95/106, instruída pelos documentos de fls. 107/181, apresentada, tempestivamente, em 28/11/02, o contribuinte, após historiar os fatos registrados no Auto de Infração, se indispõe contra a exigência fiscal, requerendo que a mesma seja declarada insubsistente, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a empresa autuada, conforme prova seu contrato social, é uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada cuja sócia majoritária, detentora de 99,999 das quotas do capital social, é pessoa jurídica domiciliada no exterior;

- que entre final de 1996 e início de 1997, a sócia majoritária da impugnante contratou operações de câmbio, transferindo valores do exterior para investimento direto em sua controlada, a empresa autuada, tendo solicitado o registro desse capital estrangeiro junto ao Banco Central do Brasil;

- que o valor contratado, transferido do exterior para o Brasil, permaneceu aplicado em Open Market", junto a instituição financeira sediada no Rio de Janeiro, aguardando o registro do capital para que pudesse ser investido em complexo de entretenimento e lazer (Parque Temático) na cidade de Fortaleza (CE) e, ainda, em projeto

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

do setor sucroalcooleiro, no Estado de Minas Gerais, conforme estudos preliminares efetuados com a assistência de profissionais e consultores especializados;

- que em 04 de setembro de 1998, o Banco Central do Brasil indeferiu o registro do capital estrangeiro, sob o fundamento de ter a receptora direcionado a totalidade dos recursos recebidos em aplicações financeiras, ao invés de aplicar em atividades econômicas, conforme estabelecido no artigo 1º da lei nº 4.131, de 1962;

- que se consigne, de plano, que a empresa autuada não manteve os recursos recebidos da sua controladora aplicados no mercado financeiro por sua livre e espontânea vontade, uma vez que somente poderia destinar esses recursos a qualquer atividade econômica após o competente registro perante o banco Central do Brasil, devendo ser considerado que a empresa só deixou os recursos ingressados no País em uma aplicação financeira para evitar os notórios desgastes inflacionários durante a fase de regularização de tais recursos junto ao Banco Central, ressaltando-se que referidos recursos permaneceram aplicados no Open Market”, que é uma aplicação lastreada em Títulos Públicos Federais, cuja rentabilidade é notoriamente inferior a muitas outras aplicações financeiras disponíveis no mercado;

- que com o indeferimento do registro, o valor transferido do exterior para conta corrente bancária da empresa autuada encontrava-se irregular no País. Nessas condições, em 26 de outubro de 1998, a empresa autuada remeteu ao exterior o valor em questão, como “devolução ou retorno do capital à investidora estrangeira”, tendo em vista que referido valor pertencia a sócia da autuada e, pelo impedimento resultante do mencionado indeferimento, não poderia ser investido em qualquer atividade econômica no Brasil;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

- que o art. 745 do RIR/94 é bastante claro ao determinar que somente estão sujeitos ao Imposto de Renda Retido na Fonte os rendimentos, proventos e ganhos de capital pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos por fonte situada no País;

- que, assim sendo, de acordo com a legislação em vigor, no presente caso não ocorreu o fato definido em lei como fato gerador da obrigação tributária, como também não há base para ser apurado o IRRF, em virtude do valor devolvido à investidora não se caracterizar como renda ou proventos tributáveis;

- que cabe ressaltar que os rendimentos oriundos da aplicação financeira efetuada durante o período em que o dinheiro permaneceu depositado no Brasil foram devidamente tributados na fonte, conforme determina a lei tributária;

- que ocorreu que, para a lavratura da mencionada autuação, o valor remetido pela empresa autuada para a sua controladora, como “devolução/retorno do capital à investidora estrangeira”, foi considerado, pelo agente autuante, como base de cálculo para apuração do IRRF, sob a premissa de que: “Assim, como não houve o registro junto ao Banco Central do Brasil, conforme exigência legal, que resultaria de um Certificado de Registro de Capital investido no país, documentando o valor original ingressado, mais os reinvestimentos de lucros, que, porventura existissem, o qual daria amparo quando de seu retorno ao investidor estrangeiro, com isenção do Imposto de Renda na Fonte. A “contrario sensu”, claro ficou a infringência à legislação mencionada, não obtido o Registro desguarnecido ficou o total remetido a título de retorno de capital (contaminado);

- que se não houve receita, lucro, provento, ganho ou acréscimo patrimonial, não há que se falar em incidência de Imposto de Renda, sendo que o valor do capital ingressado no País pode ser devidamente comprovado pelos contratos de câmbio firmados,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

bem como pelos demais documentos relativos a solicitação do registro do capital estrangeiro junto ao Banco Central do Brasil, os quais foram exibidos e entregues à fiscalização;

- que assim, a tributação do valor remetido a título de retorno de capital para a controladora da empresa autuada configuraria verdadeira expropriação ou confisco da propriedade da empresa estrangeira que se encontrava custodiada em instituição financeira brasileira, durante o período em que o Banco Central do Brasil analisava o pedido de registro do referido capital;

- que cautelar e adicionalmente, deve ser ainda observado que foi utilizada, no cálculo dos juros de mora, a taxa SELIC, quando é pacífico o entendimento de que a aludida taxa, por possuir natureza remuneratória, não pode ser utilizada na fixação dos juros moratórios;

- que, por outro lado, a multa aplicada foi estabelecida e calculada no percentual aberrante de 75% sobre o valor principal e é evidente que tal penalidade além de exacerbada, confiscatória e claramente fora da realidade econômica do País.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, a Décima Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário constituído, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que pelo documento de fls. 131, Contrato de Câmbio, a empresa declara ter pleno conhecimento da Lei nº 4.131, de 03/09/02 e alterações subsequentes. Pelo artigo 3º, da referida Lei, devem ser registrados na Superintendência da Moeda e do Crédito, do Banco Central do Brasil, os capitais estrangeiros, qualquer que seja a forma de ingresso no País;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

- que alega impugnante que a empresa autuada não manteve os recursos recebidos da sua controlada aplicados no mercado financeiro por sua livre e espontânea vontade, uma vez que somente poderia designar esses recursos a qualquer atividade econômica após o competente registro perante o Banco Central do Brasil”;

- que cumpre ressaltar que caberia à empresa destinar os recursos para as atividades econômicas previstas pelo art. 1º da Lei nº 4.131, de 1962 (que disciplina a aplicação de capital estrangeiro);

- que de acordo com o documento de fls. 174 o indeferimento do registro de capital estrangeiro, no Banco Central do Brasil, deu-se em virtude do descumprimento do art. 1º da referida lei;

- que, portanto, não procede a alegação de necessidade de registro prévio para aplicação do capital em atividade econômica;

- que os documentos de fls. 112 a 181, juntados aos autos na fase impugnatória, não têm a virtude de afastar a incidência do IRRF sobre remessa ao exterior, cuja previsão legal de isenção limita-se aos valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil;

- que no tocante à inconstitucionalidade de leis é de se ressaltar que à esfera administrativa não cabe apreciar questões de constitucionalidade de atos legais ou administrativos. A apreciação da arguição de inconstitucionalidade é competência exclusiva do Poder Judiciário;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

- que a multa de ofício está corretamente aplicada, já que a legislação de regência prevê 75% sobre o tributo devido, conforme dispõe o artigo 44, inciso I, da lei nº 9.430, de 1996;

- que valendo-se da faculdade legal, o legislador ordinário, com a Lei nº 9.065, de 1995, artigo 13, e, posteriormente, com a Lei nº 9.430, de 1996, artigo 61, § 3º, determinou que os juros de mora seriam equivalentes à taxa SELIC.

A ementa que consubstancia a decisão da 10ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo é a seguinte:

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Data do fato gerador: 27/10/1998

Ementa: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE. REMESSA PARA O EXTERIOR. Remessa para o exterior em montante superior aos registros em moeda estrangeira no Banco Central do Brasil está sujeita ao imposto de renda retido na fonte.

INCONSTITUCIONALIDADE.

À esfera administrativa não compete a análise da constitucionalidade de normas jurídicas.

JUROS DE MORA. CABIMENTO. PERCENTUAIS.

Sobre os débitos em atraso devem incidir juros de mora, calculados à taxa SELIC, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento, no mês de pagamento.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. PERCENTUAL.

Cabível o lançamento da multa de ofício, de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento de tributo.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

Lançamento Procedente.”

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 19/09/03, conforme Termo constante às fls. 195/196, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (13/10/03), o recurso voluntário de fls. 198/210, instruído pelos documentos de fls. 211/217, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória.

Consta às fls. 269/273 a informação da inexistência de bens ou direitos para proceder ao competente arrolamento, objetivando a apresentação de recurso administrativo para o Conselho de Contribuintes, sem a exigência prévia do depósito judicial de 30% a que alude o art. 10, da Lei nº 9.639, de 1998, que alterou o art. 126, da Lei nº 8.213, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997.

Na Sessão de Julgamento de 10 de novembro de 2004, RESOLVEM, os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, para que a Repartição Origem tome as seguintes providências:

1 - intimar o contribuinte FTI PARTICIPAÇÕES SOCIEDADE LTDA para:

1.1 - que faça prova, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, dos valores que ingressaram como investimentos estrangeiros remetidos pela sócia Federal Town International Corporation, relacionando a data e o valor recebido;

1.2 - que informe se o valor R\$ 25.000.000,00 que retornaram ao exterior estão depositados em seu nome (FTI Participações Sociedade Ltda.) em estabelecimento

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

bancário no exterior (Disponibilidades no Exterior) ou foram devolvidas para a sócia Federal Town International Corporation a título de retorno de capital estrangeiro, ou seja, houve a devolução da importância integralizada na empresa do contribuinte (FTI);

1.3 - que forneça cópia dos Balanços Patrimoniais relativo aos anos-calandário de 1997, 1998 e 1999;

1.4 - que faça prova da integralização do Capital Social relativo a sócia Federal Town International Corporation, através da apresentação de cópia dos registros contábeis realizados;

1.5 - que informe se houve redução de Capital Social com a devolução do valor investido pela sócia Federal Town International Corporation (retorno de capital).

2 - Que seja solicitado ao Banco Central do Brasil - Fiscalização e Registros de Capitais Estrangeiros - FIRCE cópia integral do processo onde conste o pedido de registro de investimento em moeda, em nome do investidor Federal Town International, protocolado naquele órgão sob o nº 442046, de 13/08/96;

3 - Que a fiscalização se manifeste, em relatório circunstanciado, sobre os documentos e esclarecimentos prestados, dando-se vista ao recorrente, com prazo de 10 (dez) dias para se pronunciar, querendo. Após vencido o prazo, os autos deverão retornar a esta Câmara para inclusão em pauta de julgamento.

Em 16 de setembro de 2005, a autoridade lançadora apresenta o Relatório Fiscal (fls. 421/423) manifestando-se sobre as diligências realizadas, bem como sobre a documentação apresentada.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

Consta, ainda, à fl. 428 a informação quanto ao item 2 da diligência solicitada por esta Câmara, qual seja: "Que seja solicitado ao Banco Central do Brasil - Fiscalização e Registros de Capitais Estrangeiros - FIRCE cópia integral do processo onde conste o pedido de registro de investimento em moeda, em nome do investidor Federal Town International, protocolado naquele órgão sob o nº 442046, de 13/08/96", nos seguintes termos:

"Quanto ao solicitado no "item 2" (fl. 296), através do OFÍCIO DEFIC/SPO-DEFIS SERVIÇOS nº 073/2005, de 01/06/2005, (fl. Nº 424), foi solicitado à DECIF/SP, cópia integral do processo onde conste o pedido de registro de investimento em moeda (Registro de Capital) da empresa FTI Participações Sociedade Ltda., Processo nº 96000643255, protocolado sob nº 442046, de 13/08/1996, em nome do investidor Federal Town International, esclarecendo que tais documentos seriam indispensáveis à instrução de Processo Administrativo Fiscal desta Delegacia, já em fase de julgamento.

Respondendo-nos, através de OFÍCIOS DECIC/GTSP1/CODIN-2005/0033, de 20/07/2005 (fl. Nº 426), assim alegaram:

"Servimo-nos da presente para informa-lhe que não será possível fornecer cópia integral do processo 9600643255, protocolado sob o nº 442046, de 13/08/1996, em nome do investidor Federal Town International, uma vez que o referido processo contém documentos protegidos pelo sigilo bancário e não foram preenchidos os requisitos e formalidades do artigo 8º da Lei Complementar 105/01 e do artigo 4º e § 1º, I do decreto 3724/01".

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Não há arguição de qualquer preliminar.

A matéria, de mérito, em discussão no presente litígio, como se pode verificar no Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal, especificamente na descrição dos fatos e enquadramento legal (fls. 05/09 e fls. 107/110), refere-se, tão-somente, a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte de beneficiário domiciliado no exterior.

Da análise dos autos verifica-se que a autoridade lançadora entende, que a operação realizada, em 27/10/98, onde a contribuinte remeteu ao exterior, Montevideu - Uruguai, em operação de disponibilidade no exterior de curto prazo de residente no Brasil, a crédito em seu próprio nome, através do Banco Marka S.A., em moeda nacional, o valor de R\$ 25.000.000,00 - equivalentes a US 20,936,269.99 -, é uma operação normal de remessa ao exterior de numerário (rendimentos) e por via de consequência passível de incidência tributária.

Basicamente, a autoridade lançadora entendeu que, pelo fato da contribuinte não conseguir registrar no Banco Central do Brasil o capital recebido do exterior, ingressado

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

a título de investimento, cujo pedido foi indeferido, por ter direcionado a totalidade dos recursos em aplicações financeiras, ao invés de aplicar no setor produtivo, conforme estabelecido no artigo 1º da Lei nº 4.131, de 1962, não obtendo assim, o Certificado de Registro de Capital, que resultaria de um Certificado de Registro de Capital investido no país, documentando o valor original ingressado, mais os reinvestimentos de lucros, que, porventura existissem, o qual daria amparo quando de seu retorno ao investidor estrangeiro, com isenção do Imposto de Renda na Fonte. Assim ficou claro a infringência à legislação de regência, não obtido o Registro, desguarnecido ficou o total remetido a título de retorno de capital, resultando, na incidência do Imposto de renda na Fonte, de R\$ 3.750.000,00 - calculado à alíquota de 15% sobre os R\$ 25.000.000,00.

Em suma, entendeu a fiscalização que em razão da suplicante não possuir registro junto ao Banco Central do Brasil dos investimentos estrangeiros realizados no País o seu retorno seria tributável.

Por seu turno, a autoridade julgadora de primeira instância entendeu que Remessa para o exterior em montante superior aos registros em moeda estrangeira no Banco Central do Brasil está sujeita ao imposto de renda retido na fonte.

Como se vê, discute-se nos autos a ineficácia do procedimento fiscal, já que o suplicante insiste que após quase dois anos do ingresso dos recursos no País, o Banco Central indeferiu o registro dos capitais sob o argumento de que tais valores não haviam sido direcionados ao setor produtivo, mas sim ao mercado financeiro, invertendo completamente a seqüência lógica esperada, uma vez que com tal decisão o Banco Central estaria a exigir que a empresa investisse seus recursos em projetos produtivos mesmo sem a sua autorização, para então obter o deferimento do pedido.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

Vê-se que o cerne da questão reside no fato em se determinar se a operação redução de capital e por via de consequência a remessa para o exterior do valor reduzido realizada pela suplicante tem característica de operações tributáveis pelo imposto de renda.

A legislação de regência sobre o assunto se manifesta da seguinte forma:

RIR/94, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994:

RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR

“Art. 743. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:

I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-lei nº 5.844/43, art. 97, “a”);

II - pelos residentes no País que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses, salvo os mencionados no art. 15 e os que optarem pela condição de residentes no País, nos termos do caput dos arts. 16 e 17 (Decreto-lei nº 5.844/43, art. 97, “b”);

(...).

Art. 745 - Quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de 25%, os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, inclusive (Leis nºs 3.470/58, art. 77; e 7.713/88, art. 33, e Decreto-lei nº 5.844/43, art. 100):

I - os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;

II - os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;

III - as pensões e proventos de aposentadoria, inclusive os pecúlios pagos

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

por entidades sem fim lucrativo;

IV - os prêmios conquistados em concursos e competições;

V - os royalties de qualquer natureza.

(...).

Art. 790. As pessoas físicas e jurídicas que desejarem fazer transferência para o exterior a título de lucros, dividendos, juros e amortizações, royalties, assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes deverão submeter aos órgãos competentes do Banco Central do Brasil e Secretaria da Receita Federal os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa (Lei nº 4.131/62, art. 9º).

Parágrafo único. As remessas para exterior dependem do registro da pessoa jurídica no Banco Central do Brasil e de prova do pagamento do imposto devido (Lei nº 4.131/62, art. 9º, parágrafo único).

(...).

Art. 934. O Banco Central do Brasil não autorizará qualquer remessa de rendimentos para fora do País, sem a prova de pagamento do imposto (Decreto-lei nº 5.844/43, art. 125, parágrafo único, "c", e Lei nº 4.595/64, art. 57, parágrafo único).

Parágrafo único. Nos casos de isenção, dispensa ou não incidência do referido tributo deverá ser apresentada declaração que comprove tal fato."

Do texto legal, acima transcrito, depreende-se que as remessas de numerário a título de renda e proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior constituem fato gerador de imposto de renda na fonte, cujo regime de tributação é de exclusivo na fonte, cabendo ao remetente reter e recolher o respectivo imposto de renda na fonte na data da ocorrência do fato gerador.

Da mesma forma, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de que

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

estão sujeitos ao imposto de renda na fonte, sob regime de tributação exclusiva, as remessas de numerários sem a especificação da origem (remessas a qualquer título) provenientes de fontes situadas no País, quando atribuídos a pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

É sabido que a lei não admite sociedade comercial organizada para operar exclusivamente com recursos de terceiros. É imperioso que haja recursos próprios da contribuição dos sócios. Tais recursos formam o capital da sociedade ou capital social.

Obedecidas às formalidades, o capital social fixado no estatuto ou contrato pode ser alterado. A alteração majorada pode resultar, dentre outro, do aproveitamento dos recursos da própria sociedade acumulados durante o exercício da atividade societária, ou seja, o aumento do capital pode-se dar pela incorporação a ele dos lucros obtidos das reservas constituídas no curso da atividade social, representada pela capitalização de lucros ou reservas.

Também é sabido, que nem sempre, porém, os atos jurídicos são praticados em conformidade com as razões da existência do instituto. Um determinado instituto é, por vezes, utilizado com vistas à obtenção de vantagens que não são próprias, gerando, em matéria fiscal, o fenômeno da evasão.

Feitas as considerações acima para melhor posicionar e elucidar o presente litígio, cujo óbice é se saber se o suplicante estava ou não obrigado a efetuar a retenção e o respectivo recolhimento do imposto de renda relativo a operação de remessa de valor para o exterior, se faz necessário salientar que em regra geral o imposto de renda incide na fonte sobre os rendimentos e ganhos de capital provenientes de fontes situadas no país quando percebidos pelas pessoas jurídicas com sede no exterior.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

A intenção da lei não é e nunca foi a de tributar o capital aqui investido, mas tão somente os rendimentos ou ganhos, e em consonância com esse princípio foi editada a Portaria MF nº 217, de 07 de julho de 1987, que prevê a transferência para o exterior sem a incidência do imposto de renda na fonte do capital investido no Brasil por empresas estrangeiras.

Assim, a princípio, a transferência para o exterior de capital registrado no Banco Central do Brasil em nome de pessoa jurídica com sede no exterior, sob o título de investimentos e reinvestimentos estrangeiros no País, será procedida sem a incidência do imposto de renda na fonte prevista no art. 745, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994, quando a importância a ser transferida não supera o valor que for obtido pela aplicação do percentual representado pela participação alienada ou liquidada sobre o total do capital registrado. O percentual a ser apurado terá por base a participação societária alienada ou liquidada em relação à participação total do investidor no capital da empresa receptora do investimento estrangeiro. No repatriamento de capital deverá obrigatoriamente haver redução de investimento no País.

A Lei bem como a Portaria não especificam quaisquer exigências quanto ao controle das empresas estrangeiras que aqui aplicam seus recursos, o importante é que o capital entrado no País possa retornar sem tributação, ficando sujeitos ao IR fonte apenas os frutos produzidos pelo investimento.

Da análise dos autos, não vislumbrei nenhum elemento que pudesse provar ou sugerir simulação ou dissimulação com o escopo de remeter lucros ao exterior sem pagamento do imposto de renda na fonte, mediante emprego de artifício de uma operação de retorno de capital. Senão vejamos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

A documentação acostado aos autos do processo revela de forma clara que houve a entrada de capital estrangeiro no total de U\$D 17,350,000.00 equivalentes a R\$ 17.824.976,71, coincidentes com o capital integralizado, conforme atesta o Contrato Social de fls. 398/400.

Da mesma forma, é claro nos autos que o valor contratado, transferido do exterior para o Brasil, permaneceu aplicado em "Open Market", junto a instituição financeira sediada no Rio de Janeiro, e de acordo com a informação do contribuinte, aguardando o registro do capital para que pudesse ser investido em complexo de entretenimento e lazer (Parque Temático) na cidade de Fortaleza (CE) e, ainda, em projeto do setor sucroalcooleiro, no Estado de Minas Gerais, conforme estudos preliminares efetuados com a assistência de profissionais e consultores especializados. Entretanto, em 04 de setembro de 1998, o Banco Central do Brasil indeferiu o registro do capital estrangeiro, sob o fundamento de ter a receptora direcionado a totalidade dos recursos recebidos em aplicações financeiras, ao invés de aplicar em atividades econômicas, conforme estabelecido no artigo 1º da lei nº 4.131, de 1962.

Como se vê, com o indeferimento do registro de capital estrangeiro, o valor transferido do exterior para a conta bancária da suplicante encontrava-se de forma irregular no País. Esta é a principal razão que, em 26 de outubro de 1998, realizou o retorno de R\$ 25.000.000,00 equivalentes a U\$D 20,936,269.00, que no entender da suplicante deveria ser o valor para cobrir o investimento inicialmente feito.

Ora, não tenho dúvidas que o retorno ao País de origem do investimento realizada em moeda estrangeira no valor de U\$D 17,350,000.00, cujo registro no Banco Central do Brasil foi rejeitado deve, por analogia, estar livre de incidência tributária, pois não teria nenhum sentido tributar o retorno do capital estrangeiro ingressado só porque o mesmo teve o seu registro indeferido. Não é possível se dar o tratamento de remessa para o exterior

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

em montante superior aos registros em moeda estrangeira no Banco Central do Brasil, se nada foi registrado quando de seu ingresso no País, já que o BACEN indeferiu o pedido de registro.

A autoridade administrativa não pode complementar a Lei de modo a fazer exigências nela não previstas de modo a conduzir à exigência de tributo textualmente dispensado. Não há embasamento legal possível para que a autoridade lançadora pudesse exigir tributo no caso da investidora sediada no exterior ter recebido retorno de capital que pretendia aplicar no País.

É possível concluir, que no caso dos autos, a autoridade lançadora ao proceder o lançamento se baseou no exercício teórico de complementação da Lei, o que é inconcebível.

No caso em questão, a Federal Town International Corporation (Uruguai), empresa sediada no exterior pretendia investir no Brasil. Para concretizar o negócio integralizou, inicialmente, através de remessas de dólares norte americanos utilizando as instituições oficiais, o valor de USD 17,350,000.00 equivalentes aos R\$ 17.824.976,71 registrados na contabilizada da empresa FTI Participações Sociedade Ltda., conforme se constata no Contrato Social e Pedido de Registro de Capital Estrangeiro. Desta forma, a Federal Town sediada no exterior teria, perante a legislação brasileira, todo o direito de retorno de capital sem a incidência do imposto de renda na fonte, até o limite investido.

Discordo daqueles que entendem que o presente caso se enquadraria na operação descrita no Parecer Normativo CST nº 46/87, pois não houve cisão de empresa aqui sediada para em seguida uma delas adquirir o controle acionário da outra e remeter os valores para o exterior. No caso apreciado no PN 46/87 todo o capital investido pertencia a uma determinada empresa sediada no exterior, ou seja, o patrimônio era da mesma pessoa,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

no presente caso são de pessoa jurídicas distintas, sendo que a pessoa jurídica sediada no exterior possui parte da empresa sediada no País. Ademais, não há como comparar as operações, já que no presente caso o capital estrangeiro não foi registrado no BACEN.

No entender deste relator, o PN 46/87 examina uma situação em que se promove uma simulação, com a finalidade de se evitar pagamento de imposto sobre remessa de resultados, que não é exatamente a situação da operação realizada pela suplicante, que não se confunde com a simulação, tratando-se de negócio realizado na melhor forma de direito, já que pelo indeferimento do registro de capital estrangeiro pelo BACEN, havia interesse do sócio sediada no exterior receber de volta o seu investimento, o que torna legítimo o retorno do capital empregado no País pela pessoa jurídica investidora. Sendo irrelevante o fato do mesmo não ter sido conseguido o competente registro no BACEN, já que nos caso dos autos houve a comprovação incontestável que o valor ingressado teve origem em capital estrangeiro.

É importante não perder de vista que estamos diante de um caso situado no campo societário, onde predomina o princípio da autonomia da vontade, evidentemente, sem o poder de ferir o princípio tributário. Em outras palavras, sem a força legal de modificar o fato gerador de uma obrigação tributária.

Não há dúvidas, que a redução de capital social para devolução aos sócios de investimento realizados são institutos de direito privado, o que significa estarem as partes envolvidas a salvo de tantas limitações como acontece com as operações que são reguladas pelo direito público. No direito tributário, que é um ramo do direito público, predomina a lei sobre a vontade dos particulares.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

Da mesma forma, é possível se concluir do texto Constitucional, em vigência, que ao particular é lícito fazer tudo o que desejar exceto o que for proibido por lei, e o Estado só poderá exigir do particular o que estiver previsto em lei.

Ora, não é sem motivo que o Código Tributário Nacional reza:

“Art. 109 - Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e forma, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

(...).

Art. 118 - A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”

É necessário se ter em mente que onde a lei não distingue, restringe ou condiciona, ao intérprete é vedado fazê-lo, sob pena de o hermeneuta assumir o papel do legislador e assim estabelecer novas regras jurídicas, sem competência para tal.

Como se verifica, sem o menor esforço, pelo primeiro, o intérprete da legislação tributária, na busca do substrato econômico, não está necessariamente aprisionado aos princípios do direito privado no que diz respeito à definição dos efeitos tributários dos atos e fatos jurídicos; pelo segundo, pode o intérprete, abstrair-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos econômicos subjacentes nesses atos e que se procuram mascarar.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

Ora, perante a legislação de regência, os negócios de redução de capital social desenvolvido com o sócio no exterior não é ilegal, ou ao menos não existe lei que expressamente proíba as partes de agir como agiram. Entendo, que vale aqui o princípio da autonomia da vontade, que permite ao particular organizar seus negócios como melhor lhe convier, desde que, evidentemente não haja infringência de norma tributária.

Para que a fiscalização pudesse contestar a validade dos atos praticados sob a égide da legislação comercial, seria necessário provar a existência de fraude à lei, objetivando qualquer tipo de evasão fiscal ilícita, o que não ocorreu, tanto é que a penalidade aplicada no lançamento foi à multa simples de lançamento de ofício.

Entendo se os negócios não são efetuados com o único propósito de escapar ao tributo, mas sim efetuados com objetivos econômicos e empresariais verdadeiros, há elisão fiscal e não evasão ilícita.

É evidente que a administração tributária não possui competência para decidir se o contribuinte goza ou não da isenção, ou para impor condições não prevista em lei. Cumpridos os requisitos previstos na legislação, o contribuinte terá direito à isenção, independentemente das formalidades exigidas. Por outro lado, seria extremamente injusto, dar tratamento diferenciado para os investidores estrangeiros, ou seja, para aquele que obteve registro no Banco Central não há tributação quando do retorno do capital investido e tributar aquele que não conseguiu registro quando do retorno do capital.

Ora, não existe diferença, ambos são capitais estrangeiros, a única diferença é que no primeiro caso o retorno é voluntário e no segundo caso é obrigatório, já que o candidato a investidor que não conseguiu o respectivo registro de capital estrangeiro no Banco Central do Brasil.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

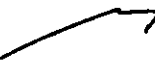
Enfim, a matéria se encontra debatida no processo, sendo despidendo maiores considerações, razão pela qual, estou convicto que a farta documentação carreada aos autos não só evidencia como comprova de forma inequívoca que parte do o retorno de capital estrangeiro ocorreu dentro dos parâmetros legais, com a respectiva redução de investimento no País, não ensejando fato gerador de imposto de renda na fonte até o limite do capital estrangeiro ingressado no País.

Assim, entendo que o equivalente USD 17,350,000.00 (R\$ 20.717.636,19 = 17,350,000.00 x 1,1941) não é tributável, já que representa o retorno de capital inicialmente remetido com o objetivo de investir no Brasil, que só retornou em razão da negativa de registro como capital estrangeiro pelo BACEN.

Quanto ao valor de R\$ 4.282.363,81 representativo da diferença entre os R\$ 25.000.000,00 (valor remetido para o Uruguai) e R\$ 20.717.636,19 (retorno de capital equivalente aos USD 17,350,000.00), devem ser oferecidos a tributação já que são representativos de lucros auferidos no Brasil.

Nesta parte, de acordo com as leis de regência, bem como da documentação alusiva ao feito acostado aos autos, resulta ser improcedente a alegação da suplicante de que não é devido o imposto de renda também sobre os lucros auferidos.

Mister se faz lembrar, que o fato gerador da obrigação tributária em questão é a remessa de numerário para o exterior, a ele se aplica a legislação vigente na época de sua ocorrência, sendo a suplicante a responsável pelo recolhimento do imposto se não observou a legislação de regência, já que está claro no texto legal que se trata de isenção sob certas condições (aumento do capital com lucros sem a redução por um período de cinco anos - isenção condicional).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

É sabido que a obrigação tributária se instaura com a caracterização do fato gerador, o qual, no caso em foco, é a ocorrência, no período de cinco anos, de uma incorporação (aumento vinculado) seguida de uma redução de capital (redução vinculada) ou vice-versa. Como se vê este fato se desenvolve em dois tempos, um anterior e outro de natureza diversa, posterior, é óbvio que o momento da incidência se dá justamente com o último, posto que é neste momento que a distribuição se evidencia.

Assim, na situação em que o aumento é seguido de redução, os beneficiários dos lucros distribuídos são os participantes do capital da pessoa jurídica que estiverem recebendo a restituição de capital, em bens ou dinheiro.

Ainda se faz necessário esclarecer, que a responsabilidade do recolhimento do imposto de renda incidente sobre as remessas é da suplicante e não da instituição financeira remetente do numerário, já que não é a instituição financeira que suporta o encargo financeiro do imposto, ela é apenas a responsável pelo envio do numerário.

Cabe, ainda, tecer alguns comentários sobre a aplicação da penalidade e dos acréscimos legais.

Entende-se como procedimento fiscal à ação fiscal para apuração de infrações e que se concretize com a lavratura do ato cabível, assim considerado o termo de início de fiscalização, termo de apreensão, auto de infração, notificação, representação fiscal ou qualquer ato escrito dos agentes do fisco, no exercício de suas funções inerentes ao cargo. Tais atos excluirão a espontaneidade se o contribuinte deles tomar conhecimento pela intimação.

Os atos que formalizam o início do procedimento fiscal encontram-se elencados no artigo 7º do Decreto nº. 70.235/72. Em sintonia com o disposto no artigo 138,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

parágrafo único do CTN, esses atos têm o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo e de todos os demais envolvidos nas infrações que vierem a ser verificadas.

Em outras palavras, deflagrada a ação fiscal, qualquer providência do sujeito passivo, ou de terceiros relacionados com o ato, no sentido de repararem a falta cometida não exclui suas responsabilidades, sujeitando-os às penalidades próprias dos procedimentos de ofício. Além disso, o ato inaugural obsta qualquer retificação, por iniciativa do contribuinte e torna ineficaz consulta formulada sobre a matéria alcançada pela fiscalização.

Ressalte-se, com efeito, que o emprego da alternativa “ou” na redação dada pelo legislador ao artigo 138, do CTN, denota que não apenas a medida de fiscalização tem o condão de constituir-se em marco inicial da ação fiscal, mas, também, consoante reza o mencionado dispositivo legal, “qualquer procedimento administrativo” relacionado com a infração é fato deflagrador do processo administrativo tributário e da conseqüente exclusão de espontaneidade do sujeito passivo pelo prazo de 60 dias, prorrogável sucessivamente com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos, na forma do parágrafo 2º., do art. 7º , do Decreto Nº. 70.235/72.

O entendimento aqui esposado é doutrina consagrada, conforme ensina o mestre FABIO FANUCCHI em “Prática de Direito Tributário”, pág. 220:

“O processo contencioso administrativo terá início por uma das seguintes formas:

1. pedido de esclarecimentos sobre situação jurídico-tributária do sujeito passivo, através de intimação a esse;
2. representação ou denúncia de agente fiscal ou terceiro, a respeito de circunstâncias capazes de conduzir o sujeito passivo à assunção de responsabilidades tributárias;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

3 - autodenúncia do sujeito passivo sobre sua situação irregular perante a legislação tributária;

4. inconformismo expressamente manifestado pelo sujeito passivo, insurgindo-se ele contra lançamento efetuado.

.....
A representação e a denúncia produzirão os mesmos efeitos da intimação para esclarecimentos, sendo peças iniciais do processo que irá se estender até a solução final, através de uma decisão que as julguem procedentes ou improcedentes, com os efeitos naturais que possam produzir tais conclusões."

No mesmo sentido, transcrevo comentário de A.A. CONTREIRAS DE CARVALHO em "Processo Administrativo Tributário", 2ª Edição, págs. 88/89 e 90, tratando de Atos e Termos Processuais:

"Mas é dos atos processuais que cogitamos, nestes comentários. São atos processuais os que se realizam conforme as regras do processo, visando dar existência à relação jurídico-processual. Também participa dessa natureza o que se pratica à parte, mas em razão de outro processo, do qual depende. No processo administrativo tributário, integram essa categoria, entre outros: a) o auto de infração; b) a representação; c) a intimação e d) a notificação. (...).

Mas, retornando a nossa referência aos atos processuais, é de assinalar que, se o auto de infração é peça que deve ser lavrada, privativamente, por agentes fiscais, em fiscalização externa, já no que concerne às faltas apuradas em serviço interno da Repartição fiscal, a peça que as documenta é a representação. Note-se que esta, como aquele, é peça básica do processo fiscal"

Portanto, o Auto de Infração deverá conter, entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável, a sua ausência implicará na invalidade do lançamento. Assim, a falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigí-lo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

com acréscimos e penalidades legais.

Desta forma, é perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do artigo 4º da Lei nº 8.218/91, reduzida na forma prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96. Sendo inaplicável às penalidades pecuniárias de caráter punitivo o princípio de vedação ao confisco.

Assim, a multa de 75% é devida, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituídas pela legislação fiscal não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF, não conflitando com o estatuído no art. 5º, XXII da CF, que se refere à garantia do direito de propriedade. Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência.

Nesta mesma linha de raciocínio, é de se rejeitar a argumentação apresentada pelo recorrente sobre os juros de mora decorrente da aplicação da taxa SELIC já que a mesma não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O contribuinte em diversos momentos de sua petição resiste à pretensão fiscal, arguindo inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei, entretanto, não vejo como se poderia acolher algum argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei nº. 9.065, de 20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC).

É meu entendimento, acompanhado pelos demais pares desta Quarta Câmara, que quanto à discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais, os órgãos

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através do chamado controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a lei, não seria razoável que subordinados, na escala hierárquica administrativa, considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.

A ser verdadeiro que o Poder Executivo deveria deixar de aplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo veta-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.

A evolução do direito, como quer a suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o estado democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Como se vê, falta competência para este Colegiado para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade dos preceitos legais que embasaram o presente ato de lançamento. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de legitimidade até que sejam declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, na via direta, ou pelos demais órgãos do Poder Judiciário, inter partes, no controle difuso de constitucionalidade. Ou seja, declarada a ilegalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. De qualquer modo, somente o Poder Judiciário tem autorização constitucional para afastar a aplicação de lei regularmente editada.

Além disso, as leis em vigor gozam da presunção de legalidade e constitucionalidade, restando ao agente da Administração Pública aplicá-las, a menos que estejam incluídas nas hipóteses de que trata o Decreto nº 2.346, de 1997, ou que haja

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

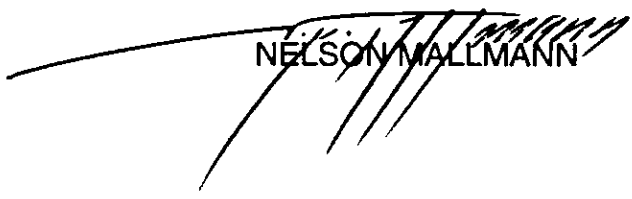
Processo nº. : 19515.001395/2002-66
Acórdão nº. : 104-21.530

determinação judicial em sentido contrário beneficiando o contribuinte, o que efetivamente não é o caso.

Desta forma, entendo que o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, a partir de abril de 1995, deverá ser acrescido de juros de mora em percentual equivalente à taxa referencial SELIC, acumulada mensalmente, tal qual consta do lançamento do crédito tributário.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo da exigência tributária a importância de R\$ 20.717.636,19.

Sala das Sessões - DF, em 26 de abril de 2006



NELSON MALLMANN