

16/09/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 2.338-6 SÃO PAULO

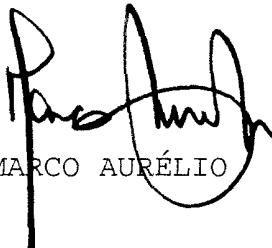
RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQUERENTE(S) : TRW AUTOMOTIVE LTDA
ADVOGADO(A/S) : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO CAUTELAR - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMPRÉSTIMO DE EFICÁCIA SUSPENSIVA. Estando submetido ao Plenário o tema versado no extraordinário, com voto favorável à tese sustentada pela autora, cumpre concluir pela relevância do pedido de empréstimo suspensivo ao extraordinário e do risco de manter-se com eficácia quadro decisório.

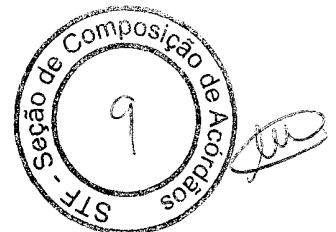
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em referendar a cautelar concedida, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 16 de setembro 2009.


MARCO AURÉLIO

RELATOR



16/09/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 2.338-6 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQUERENTE(S) : TRW AUTOMOTIVE LTDA
ADVOGADO(A/S) : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eis o teor da
decisão mediante a qual deferi a liminar:

**CORREÇÃO MONETÁRIA - DEMONSTRAÇÕES
FINANCEIRAS - INFLAÇÃO - ARTIGO 30
DA LEI Nº 7.799/89 - PENDÊNCIA DA
MATÉRIA NO PLENÁRIO - RECURSO
EXTRAORDINÁRIO - TRANCAMENTO -
AGRAVO DE INSTRUMENTO SOBRESTADO -
EMPRÉSTIMO DE EFICÁCIA SUSPENSIVA -
DEFERIMENTO.**

1. Eis como a Assessoria retratou as balizas desta ação cautelar:

Com a inicial de folha 2 a 16, a autora pretende obter, incidentalmente, medida acauteladora para emprestar efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 737.921-1/SP, mediante o qual busca imprimir trânsito ao recurso extraordinário. Os autos não foram distribuídos, encontrando-se sobrestados, por decisão da Presidência do Supremo, até o julgamento do recurso especial simultaneamente interposto.

Relativamente ao tema de fundo, o Tribunal de origem concluiu pela impossibilidade de utilizar-se o Índice de Preços ao Consumidor - IPC de 42,72%, referente ao mês de janeiro de 1989, para a elaboração do cálculo do lucro da empresa no período. No recurso, a autora visa ao afastamento do óbice ao pedido: a incidência da base de cálculo ficta, no tocante ao recolhimento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, ante a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 30 da Lei nº

3

AC 2.338-REF-MC / SP

7.730/89 e do artigo 30 da Lei nº 7.799/89. Alega não haver precedentes específicos nesta Corte, pendendo a matéria de pronunciamento definitivo, mas evoca os votos proferidos por Vossa Excelência, na relatoria dos Recursos Extraordinários nº 208.526/RS e 256.304/RS, no sentido de conhecer e prover os recursos, declarando a inconstitucionalidade incidental dos preceitos questionados. Os julgamentos não foram concluídos, em face do pedido de vista formulado pelo Ministro Cezar Peluso, após os votos do Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando Vossa Excelência, e dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, não conhecendo dos recursos.

Sob o ângulo do risco, alude ao esgotamento do efeito suspensivo, deferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão do esgotamento do juízo de admissibilidade. Aponta o adiantamento da Fazenda Nacional na cobrança das obrigações referidas, no Processo Administrativo nº 10865-001.868/99-88 (folha 170), a inviabilizar a fruição dos benefícios tributários os quais demandem a comprovação de regularidade fiscal.

Com a inicial vieram os documentos de folha 18 a 182.

O processo encontra-se concluso para o exame do pedido de medida acauteladora.

2. Em primeiro lugar, consigno haver ficado jungida a medida acauteladora deferida na origem, sob o ângulo da eficácia, ao exercício do juízo de admissibilidade próprio do extraordinário, que, na espécie, foi negativo, ensejando agravo ainda não distribuído nesta Corte ante a ausência de esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. Em segundo lugar, deve-se ter presente que o Supremo iniciou o exame da matéria de fundo, o qual está suspenso em face de pedido de vista do Ministro Cezar Peluso. Até aqui, são dois votos favoráveis aos contribuintes e dois votos contrários. Tudo recomenda aguardar-se a conclusão do julgamento.

Para revelar a importância do pedido formulado, fazendo-se notório o risco de manter-se com plena eficácia o quadro, sob o ângulo da fiscalização e da cobrança dos tributos, valho-me do que tive a oportunidade de assentar, como relator dos Recursos Extraordinários nº 208.526-0/RS e 256.304-8/RS, ao emitir entendimento sobre o tema:

[...]

[...] atente-se para a base, em si, do tributo. Trata-se da renda da pessoa jurídica, ainda que em jogo contribuição social incidente sobre o lucro, o imposto sobre o lucro líquido e o adicional do imposto de renda estadual que esta Corte veio a declarar inexigível por falta de regulamentação da Carta da República.

AC 2.338-REF-MC / SP

Portanto, todo o raciocínio a ser desenvolvido há de ter presente a proclamação de Pontes de Miranda:

Onde não há renda não é concebível imposto de renda (Tratado de Direito Privado, volume 50, Editora Revista dos Tribunais, 1984).

Pois bem, ante a natureza, a razão de ser do tributo, o legislador valeu-se de mecanismo para afastar as conseqüências, sob o ângulo da efetividade, da inflação, dispondo sobre a elaboração do balanço patrimonial. E aí, conforme a Lei nº 7.799/89, previu a incidência da correção monetária:

a) nas contas do ativo permanente e respectiva depreciação, amortização ou exaustão, e nas provisões para atender a perdas prováveis na realização do valor de investimentos;

b) nas contas representativas do custo dos imóveis não classificados no ativo permanente;

c) nas contas representativas das aplicações em ouro;

d) nas contas representativas de adiantamento a fornecedores de bens sujeito à correção monetária, salvo se o contrato prever a indexação do crédito;

e) nas contas integrantes do patrimônio líquido;

f) em outras contas que venham a ser determinadas pelo Poder Executivo, dada a natureza dos bens ou valores que representem.

Previu, mais, o registro, em conta especial, das contrapartidas dos ajustes de correção monetária e a dedução, como encargo, do período-base do saldo da conta, se devedor, e o acréscimo ao lucro real do saldo da conta, caso credor. Toda a disciplina fez-se objetivando, repita-se, afastar a repercussão da inflação do período que, desconsiderada, viria a apresentar resultados desmedidos, discrepantes, a mais não poder, da realidade, levando à cobrança de tributo não sobre a renda em si, mas sobre o próprio patrimônio. Aliás, o artigo 3º da Lei nº 7.799/89 mostrou-se pedagógico ao dispor que "a correção monetária das demonstrações financeiras tem por objetivo expressar em valores reais os elementos patrimoniais e a base de cálculo do imposto de renda".

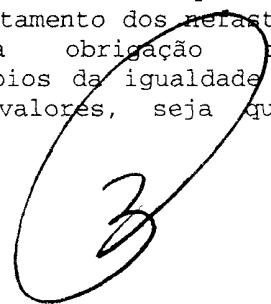
Pois bem, em que pese a expressão exata, nesse preceito, do objetivo colimado, o legislador veio a abandoná-lo, ao prever, no artigo 30, a consideração de

AC 2.338-REF-MC / SP

fator de indexação - a OTN - em valor que implicou desprezo à inflação de janeiro de 1989 e, o que é pior, de forma retroativa no que estabeleceu que seria adotada a quantia de Cz\$ 6,92 como a representar a OTN e a incidir sobre o balanço efetuado em 31 de dezembro de 1988. Tudo ocorreu ao sabor do chamado Plano Verão - Medida Provisória n° 32/89 e a Lei de Conversão n° 7.730/89, seguida da Lei n° 7.799/89, mais um daqueles arquitetados com o fim de combater a inflação, atropelando normas comezinhas, como se, em passe de mágica, fosse possível afastar do cenário jurídico certa percentagem correspondente à inflação já verificada. A fixação da OTN decorreu de expectativa de inflação entre 2 de janeiro de 1989 e 15 de janeiro de 1989, ao passo que a medição realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apontou, contrariando os 44,49% imaginados, um total de 70,28%. Ora, está-se diante de situação concreta em que se acabou majorando a base de incidência do tributo, afastando-o da tipologia revelada na Carta da República, tudo ocorrendo mediante retroação com esta incompatível. Eis como restou disciplinada a matéria:

Art. 30. Para efeito de conversão em número de BTN, os saldos das contas sujeitas à correção monetária, existente em 31 de janeiro de 1989, serão atualizados monetariamente, tomando-se por base o valor da OTN de NCz\$ 6,92.

Repita-se a importância de NCz\$ 6,92 resultou não da real inflação do período mas de expectativa considerado o dia 15 de janeiro de 1989, vez que a fixação sempre decorreu da coleta de preços do dia 15 de certo mês a 14 do mês imediato. Ora, a manipulação notada, a dissociação do índice da inflação realmente ocorrida resultou em verdadeira majoração do tributo, à margem, inclusive, do fato gerador deste último. Desprezou-se a circunstância de o ano-base achar-se em curso, fazendo-se incidir valor da OTN que, além de não corresponder à espiral inflacionária, apanhou fatos acontecidos anteriormente. Sim, o artigo 30 da Lei n° 7.799/89 versou sobre atualização monetária dos saldos existentes em 31 de janeiro de 1989. A um só tempo, deu-se a inobservância do inciso XXXVI do artigo 5° da Carta, no que revelador, como garantia constitucional, da intangibilidade do direito adquirido, como também da própria alínea "a" do inciso III do artigo 150 nela contido, agasalhando-se, por via indireta, é certo, aumento de tributo, com a agravante da ocorrência por via imprópria, ou seja, a criação fictícia de renda ou lucro. Mais do que isso, ao desprezarem-se os parâmetros próprios ao afastamento dos reflexos efeitos da inflação, ante a obrigação tributária, menosprezaram-se os princípios da igualdade - o mesmo índice para corrigir-se valores, seja qual for o



AC 2.338-REF-MC / SP

direito ou a obrigação - e da capacidade contributiva. É corolário do lucro inflacionário dizer-se da obrigação de alguém de satisfazer tributo que não corresponde à base de incidência e, se isso ocorre, do desprezo à capacidade contributiva prevista no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Em última análise, a fixação da OTN em NCz\$ 6,92, tal como ocorreu mediante o disposto no artigo 30 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, publicada no Diário da União de 11 de julho de 1989, secundada pela Lei nº 7.730/89 e pela Medida Provisória nº 32/89 para corrigir saldos existentes em 31 de janeiro de 1989, fez-se em descompasso com a própria base de cálculo do imposto que decorre da nomenclatura constitucional - Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza - não se mostrando o legislador ordinário sensível quer ao mandamento constitucional - às balizas fechadas do próprio tributo, como previsto na Carta da República - quer ao caráter pedagógico do artigo 44 do Código Tributário Nacional:

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Nem se diga que a Carta da República apenas assegura a preservação plena, em valor real, dos títulos da dívida agrária - artigo 184 da Constituição Federal. A hipótese não encontra solução mediante essa óptica. O que cumpre perquirir é se, adotado o mecanismo previsto no artigo 30 da Lei nº 7.799/89, tem-se observado o próprio tributo, como previsto na Carta da República e, mais do que isso, se respeitados os princípios da irretroatividade, da isonomia e da capacidade contributiva. É essa a questão que se coloca e que está a merecer o crivo desta Corte, sob pena de afastar-se a almejada segurança jurídica. Bem decidiu a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao julgar o Recurso nº 94.01.01056-0/MG, relatado pelo Juiz Vicente Leal:

AC 2.338-REF-MC / SP

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA DO BALANÇO. PRINCÍPIO NORTEADOR: 2. INFLAÇÃO REAL. MODIFICAÇÃO DO INDEXADOR DO BTN. APURAÇÃO FICTÍCIA DE RENDA. - Em sede de imposto de renda de pessoa jurídica, a correção monetária das demonstrações financeiras deve refletir, em valores reais, os elementos patrimoniais e a base de cálculo do tributo devido, sem que as distorções causadas pela inflação alterem seus concretos resultados (art. 3, Lei nº 7.799/89). - Com a modificação do índice de atualização do BTN, antes efetuado pelo IPC, (art. 5, Lei nº 7.777/89), a correção monetária dos balanços veio traduzir lucro fictício, com ilegal imposição de imposto de renda. Remessa oficial desprovida.

Pelas razões *supra*, conheço do pedido formulado neste extraordinário e o acolho para, reformando o acórdão proferido pela Corte de origem, conceder a segurança, reconhecendo à Recorrente o direito à correção monetária considerada a inflação do período nos termos da legislação revogada pelo chamado Plano Verão, conforme, aliás, veio a ser consagrado em diversos pronunciamentos concernentes à caderneta de poupança, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a empréstimos feitos a mutuários. Com isso, assento a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 30 da Lei nº 7.730/89 e do artigo 30 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989.

3. Defiro a medida acauteladora para suspender, até a decisão final do Agravo de Instrumento nº 737.921-1/SP, a eficácia do acórdão impugnado por meio do recurso extraordinário a que visa imprimir trânsito.

4. Ante o disposto no artigo 21, inciso V, do Regimento Interno desta Corte, remeto esta decisão ao Plenário, para referendo.

5. Uma vez efetivado o crivo, procedam à apensação deste processo aos autos do agravo de instrumento citado, aos quais deve ser juntada, de imediato cópia deste ato.

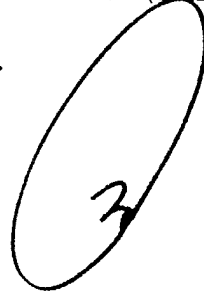
6. Publiquem.

É o relatório.

AC 2.338-REF-MC / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Proponho o referendo do Pleno à mencionada decisão.

A handwritten signature, likely of Marco Aurélio, is written in black ink. The signature is enclosed within a hand-drawn oval shape.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA**

REFERENDO EM MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 2.338-6

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): TRW AUTOMOTIVE LTDA

ADV.(A/S): CRISTIANE ROMANO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou a cautelar concedida. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 16.09.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário