

SRF – COMPRA DE AÇÕES DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

Pedido de Reexame

Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto

GRUPO I - CLASSE I – PLENÁRIO

TC - 013.992/92-9 c/02 volumes

TC - 011.693/96-7 (Juntado)

NATUREZA: Pedido de Reexame

ÓRGÃO: Secretaria da Receita Federal

INTERSSADO: Everardo Maciel, Secretário da Receita Federal

EMENTA: Pedido de Reexame à Decisão n° 771/96 - Plenário. Argumentos apresentados pelo responsável por si só não seriam capazes de alterar o entendimento esposado na Decisão em questão. Decurso natural do tempo afetou a realidade dos fatos, possibilitando a aceitação da hipótese sustentada anteriormente pela Receita Federal como única forma de evitar prejuízos ao Erário. Conhecimento. Provimento parcial. Modificação das determinações "a" e "b". Envio de cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto às mesmas autoridades notificadas por ocasião da Decisão n° 771/96. Ciência ao Interessado.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos do pedido de reexame da Decisão n° 771/96 - Plenário, abaixo transcrita, interposto pelo Sr. Everardo de Almeida Maciel, Secretário da Receita Federal do Ministério da Fazenda, com fulcro no art. 48 da Lei n° 8.443, de 16 de julho de 1992, alegando basicamente que:

a) o Tribunal não tem competência para determinar que a Secretaria da Receita Federal, órgão integrante do Ministério da Fazenda, pratique atos de cobrança de tributos em razão de interpretação de lei tributária feita pela Corte, à revelia do Ministro de Estado a que está subordinada;

b) a determinação contida na alínea "a" do item 8.1 não pode ser cumprida pois está em vigor a orientação em sentido contrário contida no despacho proferido pelo Senhor Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento em 23.09.91.

DECISÃO 771/96 - PLENÁRIO

"8.1. determinar à Secretaria da Receita Federal que:

a) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital existente na troca de títulos da dívida pública ou de outros créditos contra a União, utilizados como meio de pagamento à aquisição de ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização anteriormente à edição da Lei nº 8.383/91, sempre que esses tiverem sido adquiridos no mercado secundário, em decorrência da caracterização inequívoca de acréscimo patrimonial, em face do deságio com que foram adquiridos, pelos particulares, os referidos títulos, informando a este Tribunal, no prazo de 15(quinze) dias, acerca das medidas adotadas;

b) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto de Renda incidente sobre os juros auferidos nos títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, oferecidos como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, ante a caracterização de aquisição de disponibilidade econômica que constitui seu fato gerador, *ex vi* do art. 43 da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, informando a este Tribunal, no prazo de 15(quinze) dias, acerca das medidas adotadas;

c) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF incidente sobre os títulos da dívida pública federal ou outros créditos referidos na alínea “b” supra, caso ainda não o tenha procedido, ante o reconhecimento de sua aplicabilidade consignado na Nota MF/SRF/COSIT/DITIP nº 236, de 28.07.94, informando ao Tribunal a respeito, igualmente no prazo de 15 (quinze) dias;

d) remeter cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentaram, ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, para exercício de sua supervisão Ministerial, bem assim ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, signatário da presente Representação, a fim de subsidiar a instrução do Processo Administrativo nº 08100.000484/92-44, em curso na Procuradoria da República no Distrito Federal;

8.2 remeter os autos à 5ª SECEX para acompanhamento.”

HISTÓRICO

O presente processo se originou do expediente, remetido pela Procuradoria-Geral da República, tratando da representação formulada pelos Deputados Federais Luiz Gushiken e José Coiote, segundo a qual *“o Ministério da Fazenda, ao arrepio da Lei, teria concedido isenção de tributos aos compradores das estatais vendidas em leilão, sem a necessária aprovação do Congresso Nacional”*, fazendo referência ao Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de nº PGFN-PGA 970/91,

publicado no D.O.U. de 24.09.91 e ao respectivo despacho aprobatório do Sr. Ministro da Economia.

O referido Parecer concluiu *“não ser devido o imposto de renda nas operações em que o licitante-vencedor entrega títulos da dívida pública federal, ou outros créditos contra a União, como pagamento de ações de empresas estatais leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND, visto tratar-se de uma mera troca de bens (permuta), que, por não gerar ganho de capitais, não está sujeita à tributação.”*

Já o Despacho lavrado pelo Exmº Sr. Ministro da Economia, possuía o seguinte teor:

“Aprovo o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que conclui no sentido de que a entrega pelo licitante vencedor de títulos da dívida pública federal ou outros créditos contra a União como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização caracteriza-se como permuta, caso em que não incide o imposto de renda sobre ganho de capital pela só efetivação do leilão ou da celebração do contrato respectivo, e de que só ocorrerá ganho de capital tributável por ocasião da realização desse ganho pela alienação das ações adquiridas.”

Submetida a questão à consideração do Plenário, em 15.06.94, diante do inusitado do assunto no âmbito do Tribunal foi determinado à Receita Federal, mediante Decisão nº 390/94, que emitisse parecer fundamentado sobre questões formuladas por esta Corte, cujas respostas, basicamente foram as seguintes:

- A Instrução Normativa RF nº 92 (do então Departamento da Receita Federal), de 22 de outubro de 1991, dispôs sobre o tratamento tributário, nos casos de entrega de títulos da dívida pública federal, na aquisição de títulos da dívida pública federal e na aquisição de ações de estatais, tendo em vista as conclusões do Parecer PGFN já citado;

- o parecer em questão, uma vez aprovado pela autoridade ministerial tem força vinculante para os órgãos do Ministério da Fazenda, não cabendo a Receita Federal contestar sua fundamentação;

- há tributação de IOF para o caso em tela, disciplinada pela Lei nº 8.033, de 12.04.90;

Após pronunciamentos da 5ª e 7ª SECEX e do Ministério Público, todos no sentido da incidência do imposto de renda, o presente processo foi submetido à consideração do Plenário pelo Sr. Ministro-Relator, que em seu Voto, embasando a Decisão nº 771/96 – Plenário, ora recorrida, concluiu que:

- está clara a necessidade de tributação, em razão da aquisição da disponibilidade econômica verificada na operação de troca dos títulos por ações;

- por força e a partir da Lei nº 8.383/91, a aquisição dessa disponibilidade econômica passaria a se dar no momento do desfazimento das ações adquiridas;

- caracteriza-se também a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos obtidos com os títulos públicos utilizados;

- o mesmo se dá quanto ao IOF sobre as operações.

ANÁLISE DA UNIDADE TÉCNICA

Após opinar pela admissibilidade do presente pedido de reexame, a Unidade Técnica, observando a divisão proposta pelo próprio recorrente, analisa o feito em seus dois fundamentos já mencionados:

I – Quanto a suposta incompetência desta Corte para interpretar e expedir determinação à Receita Federal para cobrar tributos, a analista encarregada da instrução do processo argumenta que a análise e conseqüente deliberação deste Tribunal se deu dentro da sua atribuição de verificar a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas (art. 1º, § 1º - Lei nº 8.443/92), não tendo o TCU desta forma, baixado instrução sobre o lançamento de tributos, como tentou caracterizar o peticionário, ou extrapolado sua competência.

A Sra. Diretora, após tecer considerações sobre o sistema de freios e contrapesos - sustentáculo do Regime Republicano - que busca o equilíbrio entre os Poderes, evitando arbítrios dos mesmos, e sobre a inserção do controle externo nesse contexto, observa que, "quando o art. 70 da Magna Carta atribui o controle externo dos Poderes ao Congresso Nacional, a única interpretação possível para o termo fiscalização financeira é aquela que engloba a competência para a fiscalização do processo de arrecadação de receitas. E isso não é factível sem se recorrer à legislação tributária, o que, naturalmente, conduz à necessidade de interpretação daquelas normas.

O mesmo raciocínio é extensivo aos demais tipos de fiscalização realizadas pelo controle externo, quais sejam, contábil, orçamentária e operacional. A arrecadação de receitas tributárias é atividade típica do Estado e todo aquele que arrecada dinheiros públicos está obrigado a prestar contas. Ora, o papel do controle externo não se limita a verificar se os valores arrecadados ingressaram efetivamente nos cofres públicos. É também o de verificar se os órgãos competentes estão maximizando o potencial de arrecadação, ou minimizando as perdas decorrente deste processo (evasão fiscal). E é exatamente isto o que ocorreu no caso em exame. Verificando-se a existência de renúncia de receita ao arrepio dos mandamentos constitucionais (art. 150, § 6º) e da Lei nº 5.172/66 (art. 176) - Código Tributário Nacional, com amparo em parecer da PGFN aprovado pelo Ministro de Estado - o Tribunal determinou à Receita Federal que fossem adotadas providências para o exato cumprimento da lei, na forma do inciso IX do art. 71 da Lei Maior. Quais sejam: providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao IOF e imposto sobre a renda incidentes, respectivamente, nas operações envolvendo títulos da dívida pública federal (ou outros créditos contra a União) e nos ganhos de capital apurados naquelas operações."

II – Quanto a impossibilidade de cumprir a determinação exarada por este Tribunal, em razão do despacho de autoridade superior em sentido diverso, há duas posições divergentes.

A analista pondera que o Tribunal não criou as condições necessárias para que a Secretaria da Receita Federal desse cumprimento a determinação ora recorrida e que a determinação deveria ter sido dirigida ao Ministro de Estado, a quem está subordinado aquele órgão e competiria retirar a aprovação do Parecer da PGFN.

Por sua vez a Diretora argumenta que o "... TCU, no desempenho de suas atribuições constitucionais, exerce controle, precipuamente, sobre os atos administrativos, e não sobre os atos normativos emanados por quaisquer dos poderes. Assim, pode o TCU dirigir suas determinações ao administrador a quem o normativo é endereçado, no sentido de dar cumprimento à lei, em detrimento da norma regulamentar, pois o que está em questão não é a norma em si, mas seus efeitos concretos, sua aplicação.

A Súmula 347 do STF é cristalina:

'O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'.

Se o TCU pode negar a aplicação da lei, não há motivo para que não possa proceder da mesma forma em relação a um parecer normativo. Portanto, não assiste razão ao Secretário da Receita quando alega que esta Corte não possui competência para questionar a validade do Parecer PGFN nº 970/91 e, conseqüentemente, determinar ao responsável que dê cumprimento à lei, em detrimento do ato normativo considerado ilegal.

No tocante à hierarquia da administração, a Decisão nº 771/96-TCU-Plenário não enseja violação a esse princípio, pois o Tribunal, no exercício de sua competência constitucional e infraconstitucional, ao considerar ilegal ato emanado pelo Executivo no âmbito do poder regulamentar, desvincula o administrador do dever de cumprir aquele normativo. Se, anteriormente à decisão desta Corte de Contas, o Parecer PGFN-PGA nº 970/91, aprovado por meio de despacho do então Ministro Marcílio Marques Moreira, publicado no DOU de 24.9.91, possuía presunção de legalidade, isso não mais ocorre. Conseqüentemente, não se sustenta a tese de que o Tribunal não criou as condições necessárias para que a SRF desse cumprimento às determinações contidas no subitem 8.1 da Decisão 771/96-TCU-Plenário.

Saliente-se que a faculdade do Poder Legislativo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V, da Constituição Federal) não exclui a competência desta Corte, prevista no inciso IX do art. 71 do texto constitucional. Mesmo porque a determinação do Tribunal não foi para que o Ministro da Fazenda anulasse o Parecer PGFN-PGA nº 970/91, aprovado por despacho ministerial, o que, de fato, seria exorbitar da competência outorgada a esta Casa pela Constituição e pela lei.

A decisão do Tribunal cingiu-se a determinar à Receita Federal a adoção de providências com vistas ao lançamento do crédito tributário do IOF e do Imposto sobre a Renda devidos pelos licitantes vencedores dos leilões de privatização. Em nenhum momento foram baixadas instruções sobre o lançamento de tributos, como alega o Secretário da Receita. A determinação desta Corte foi no sentido de que fosse efetuado o lançamento dos impostos não prescritos, mas segundo as normas aplicáveis à espécie - exceto, naturalmente, o Parecer PGFN-PGA nº 970/91."

Acrescenta ainda que, "... não pode prosperar a argumentação do recorrente de que a atividade de lançar tributos é totalmente distinta da de arrecadar. Embora a aceção usual do termo arrecadação seja o ato de cobrar tributos ou outras rendas públicas, a competência do TCU não se restringe a essa etapa da receita. Tendo em vista a competência para realizar fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial nos órgãos e entidades da administração da administração direta e indireta, não há como supor que, em relação às receitas públicas, o Tribunal deva se limitar a verificar como está se processando a cobrança das receitas.

O entendimento abraçado pelo Regimento Interno (art. 202, parágrafo único) é o de que a receita deve ser acompanhada em todas as suas fases - quaisquer que sejam elas.

Art. 202 . O Tribunal acompanhará a arrecadação da receita a cargo dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, bem como dos fundos e demais instituições sob sua jurisdição.

Parágrafo único. O acompanhamento da arrecadação far-se-á em todas as etapas da receita e processar-se-á mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, com identificação dos respectivos responsáveis, na forma estabelecida em ato normativo.'

Para Heilio Kohama (in Contabilidade pública - teoria e prática, 2ª São Paulo, 1989, pág. 87), a receita percorre três estágios: i) previsão; ii) lançamento e iii) arrecadação e recolhimento. Recolhimento é o ato pelo qual os valores arrecadados são transferidos pelos agentes arrecadadores (atualmente, a rede arrecadadora é constituída quase que exclusivamente pelos bancos credenciados) ao Tesouro.

Outra etapa a ser acompanhada pelo Tribunal é a destinação, de modo a averiguar se as receitas estão sendo direcionadas para as áreas às quais estão legal ou constitucionalmente vinculadas.

De qualquer forma, a competência conferida ao Tribunal não pode ser compreendida estaticamente: receita versus despesa. Ambas integram um processo maior, que é a atividade financeira do Estado. E é esta que deve ser

fiscalizada. Assim, não é correto entender que, em relação às receitas públicas, cabe ao controle externo apenas o acompanhamento da arrecadação.

Na definição de Paulo de Barros Carvalho (in Curso de Direito Tributário, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 259), lançamento 'é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios e vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos da sua exigibilidade.'

Assim, apesar de o direito do Estado receber o tributo não nascer com o lançamento, esse ato administrativo é formalidade indispensável, sem a qual não pode a fazenda exigir o tributo, uma vez que não estariam definidos os elementos essenciais (sujeito passivo, base de cálculo e alíquota).

Portanto, o TCU, no âmbito da fiscalização da finanças públicas, não pode esquivar-se do dever de averiguar o desempenho do órgão responsável pelo lançamento dos tributos."

CONCLUSÃO DA UNIDADE TÉCNICA

Após rebater todos os argumentos apresentados pelo recorrente, a Unidade Técnica acrescenta outras considerações, fundamentais para o julgamento do mérito do presente recurso, que passo a resumir nos parágrafos adiante.

A analista, após ressaltar a decadência, em razão de não terem sido lançados, de todos os créditos constituídos antes da vigência da Lei nº 8.383/91, conclui pela perda de objeto da determinação constante do subitem 8.1, letra "a" da Decisão nº 771/96 – Plenário, propondo também a fixação de prazo para o Ministro de Estado da Fazenda para que este crie as condições necessárias para o cumprimento das demais determinações da Decisão recorrida.

A Sra. Diretora, por sua vez, em parecer endossado pelo Sr. Secretário, após admitir a plausibilidade da postergação da apuração do fato gerador para quando da efetiva realização do investimento, ou seja, quando da negociação das ações, aduz que "*embora a determinação contida na alínea a do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96-TCU-Plenário fosse pertinente naquele momento (exercício de 1996), o decurso natural do tempo afetou a realidade dos fatos, não sendo mais possível exigir da Secretaria da Receita Federal a constituição daqueles créditos tributários.*"

A mencionada plausibilidade se fundamenta na edição da IN 92, de 22 de outubro de 1991 que dispôs:

1. Terá tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

2. Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.

3. Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

4. No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação.

4.1 Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, o adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título."

Assim, a melhor interpretação, hoje, dos dispositivos acima transcritos seria a de que, sob o prisma da legislação fiscal, a apuração de eventual ganho de capital resultante da permuta de 'moedas podres' por ações ou quotas de estatais leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização só seria possível quando da negociação das ações, e se as empresas e pessoas físicas tiverem observado esses dispositivos, não terá ocorrido ainda a decadência ou prescrição do imposto.

Os juros pagos aos detentores dos títulos negociados, objeto da determinação contida na alínea "b" do subitem 8.1 da Decisão recorrida também estão sujeitos ao imposto sobre a renda, no momento da negociação das ações por força da IN 92/91;

Conclui assim pelo "provimento parcial ao pedido formulado pelo Senhor Everardo Maciel, aceitando-se como válida a regulamentação efetuada pela Receita Federal por meio da IN 92/91, uma vez que não resultaria em isenção de tributo sem amparo legal, mas apenas no postergamento da apuração do ganho de capital.

Tendo em vista que as decisões administrativas sem sede de recurso, diferentemente das decisões judiciais, podem, se o processo de fiscalização o exigir, ir além dos pedidos formulados pela parte, desde que observado o princípio que veda a reformatio in pejus, proponho que o Tribunal altere o teor da determinação contida na alínea a do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96-TCU-Plenário, a qual sugiro tenha a seguinte redação:

a) adote providências com vistas a acompanhar, mediante processo de fiscalização, a arrecadação do imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de capital apurados no momento da negociação das ações ou quotas de estatais adquiridas em leilões de privatização, a partir do advento da Instrução Normativa nº 92, de 22.10.91, do então Departamento da Receita Federal, por pessoas físicas que tenham utilizado títulos públicos ou outros créditos contra

a União, comprados no mercado secundário, na aquisição das ações e quotas acima referidas.”

PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

“A Sra. Analista, pelas razões expostas nos subitens 8.2 e 8.2.1 de fls. 21 do Volume II, entende que os créditos que decorreriam do lançamento determinado pelo Tribunal na forma acima teriam decaído, opinando pela exclusão, por perda do objeto, da determinação transcrita no parágrafo precedente. A Sra. Diretora de Divisão, por sua vez, é de opinião que, com a expedição, em 22.10.91, da Instrução Normativa nº 92 (fl. 33 do Volume II), o então Departamento da Receita Federal, regulamentou a cobrança do referido tributo, estabelecendo, ao invés de isenção, tão-só um postergamento na apuração do ganho de capital e, em conseqüência, um alongamento no prazo para seu recolhimento; sugere, ao final, alteração na redação da alínea “a” do subitem 8.1 da pré-falada Decisão 771/96 (fl. 31 - Vol. II).

Considerando que os dois fundamentos em que se baseou o Pedido de Reexame (ausência de competência para que o TCU determine à SRF a prática de atos de cobrança de tributos em razão de interpretação de lei tributária, o que feriria a independência e harmonia dos poderes, e impossibilidade do cumprimento da determinação, por conflitar com orientação contida em despacho do Sr. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento) foram adequada e percutientemente analisados pela 10ª SECEX, alinhamo-nos à proposição da Sra. Diretora de Divisão (fl. 31) que, em síntese, reconhece que a apuração do imposto de renda se dará quando da realização do investimento, isto é, quando houver a alienação das ações adquiridas no processo de privatização de estatais.

Dessa forma, em consonância com esse entendimento, opinamos pelo conhecimento do presente recurso e, dando-lhe provimento parcial, seja alterada a redação da alínea “a” do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96 - Plenário, conforme proposta de fls. 31, acolhida pelo Titular da Unidade Técnica.”

É o Relatório.

VOTO

Resumidamente, a posição defendida por esta Corte de Contas na Decisão nº 771/96, ora recorrida, foi a de que ocorria fato gerador do imposto sobre a renda no momento da troca de títulos e outros créditos contra a União por ações e quotas de estatais leiloadas, em razão do ganho de capital proveniente do deságio com que estes títulos foram adquiridos, consistindo a base de cálculo na diferença entre a proposta vencedora e o custo de aquisição dos títulos corrigido, acrescido da remuneração embutida nos papéis.

O Tribunal, diante desse entendimento, determinou a Secretaria da Receita Federal o lançamento de ofício do imposto em questão.

Após tomar conhecimento do *decisum*, o Sr. Secretário da Receita Federal apresentou a peça recursal fundamentado na falta de competência deste Tribunal para a determinação exarada e na impossibilidade de cumprimento da mesma em razão de orientação normativa superior.

Depois da exaustiva análise dos argumentos trazidos à colação pelo recorrente empreendida pela Unidade Técnica, não resta dúvida de que eles foram plenamente refutados.

A competência desta Corte de Contas é estabelecida no art. 70 da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder." (grifos meus)

Uma vez que atividade financeira do Estado é um processo maior, que engloba a atividade de arrecadação de receitas, a competência deste Tribunal sobre a matéria é inquestionável.

Se recorrermos à legislação infraconstitucional, mais especificamente o art. 41 da Lei nº 8.443/92, veremos que:

"Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, ..." (grifos meus)

Ainda quanto a competência desta Corte para deliberar sobre o caso em questão, podemos citar o art. 71, IX da Constituição Federal, pelo qual o Tribunal deve:

"IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências para o exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;"

Efetivamente, foi o que se observou quando da Decisão ora recorrida, na medida em que o TCU havia detectado uma suposta ilegalidade na forma de uma ausência de observância à legislação do imposto de renda, que, ao final, poderia causar um dano ao Erário.

Quanto à impossibilidade de cumprimento da Decisão deste Colegiado em razão de determinação superior, observa-se que, uma vez arguida a ilegalidade do ato administrativo por esta Corte, nos termos do art. 71, IX da CF já citado, cabe ao agente público o estrito cumprimento da decisão, respeitada a faculdade da ampla defesa aqui materializada na própria peça recursal.

Entretanto, como se pode observar pela leitura dos autos, as questões chave para o deslinde da matéria são duas:

I - a atual situação dos créditos tributários, que, de acordo com a legislação, já estariam "prescritos" (na verdade se trata da figura da decadência, prevista no art. 173 do CTN) se mantidos os exatos termos da Decisão 771/96;

II – a razoabilidade da aplicação do entendimento contido no Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, de 06.04.1991, posteriormente ratificado pelo Despacho do Ministro, Instrução Normativa nº 92, de 22.10.91 e sedimentado na Lei nº 8.383, de 31.12.1991.

Segundo esse entendimento o fato gerador do ganho de capital ocorre somente no momento em que as ações são negociadas, consistindo a base de cálculo na diferença entre o valor de venda das ações e custo de aquisição corrigido destes ativos.

Observe-se que não se trata de isenção tributária concedida ao arrepio da lei, uma vez que o tributo será recolhido quando da realização do investimento, e, portanto, não se vislumbra prejuízo ao Erário, mas tão somente uma mudança na data de ocorrência do fato gerador do imposto.

Assim, a aceitação da postergação do recolhimento do tributo, procedimento posteriormente consolidado na Lei nº 8.383/91, uniformiza o tratamento tributário da troca de títulos por ações, possibilitando o seu recolhimento sem as limitações temporais da decadência, uma vez que o lançamento do tributo somente se dá posteriormente a negociação das ações.

É importante observar que, em razão das considerações expendidas nos autos, o cumprimento da determinação contida no item 8.1 "b", relativa ao lançamento do crédito tributário do Imposto de Renda incidente sobre os juros auferidos nos títulos da dívida pública federal oferecidos como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, fica, de igual forma, postergado, uma vez que, nesse caso, os juros na época devidos foram considerados na composição do preço utilizado para efeito da permuta e só serão realizados efetivamente por ocasião da venda das ações adquiridas, razão pela qual estou propondo a modificação de sua redação para compatibilização com a determinação anterior.

Quanto ao item "c", referente à cobrança de IOF, chamo a atenção para o fato de que, embora a própria Receita Federal já tenha declarado a esta Corte a sua pertinência ainda quando da Decisão 771/96, inexistem nos autos informações sobre o efetivo recolhimento do tributo.

Por último, penso que, modificada a Decisão desta Corte, devam ser enviadas cópias da Decisão às mesmas autoridades anteriormente notificadas no item 8.1, "d" da Decisão 771/96 - Plenário.

Diante de todo o exposto, Voto por que o Tribunal a adote a Decisão que ora submeto à consideração deste Egrégio Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

Cuidam os autos de pedido de informações formulado pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Secretário de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos interesses Difusos - SECODID, a respeito de denúncia apresentada pelos Exmos. Srs. Deputados Federais Luiz Gushiken e José Cicote sobre possível e ilegal isenção de tributos aos adquirentes de estatais vendidas em leilão de privatização.

Em 27.11.96 foi proferida a Decisão nº 771/96 - Plenário (fl. 132) determinando à Secretaria da Receita Federal que adotasse providências no sentido de promover o lançamento dos créditos tributários referentes ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital, ao imposto de renda sobre os juros auferidos e ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou a títulos e valores imobiliários.

O Sr. Everardo de Almeida Maciel, Secretário da Receita Federal, inconformado com a referida decisão, ingressou com Pedido de Reexame (fls. 01 a 04 do Volume II), que foi percuientemente analisado pela 10ª SECEX, na instrução de fls. 07 a 22 e no despacho da Sra. Diretora de Divisão de fls. 23 a 32, ambos no Volume II.

Os dois pareceres são uniformes quanto ao acolhimento do pedido de reexame e seu provimento parcial. Divergem, contudo, e em especial, no que diz respeito à alínea "a" do subitem 8.1 do citado *decisum*, cujo teor é: "*determinar à Secretaria da Receita Federal que) a) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital existente na troca de títulos da dívida pública ou de outros créditos contra a União, utilizado como meio de pagamento à aquisição de ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização anteriormente à edição da Lei nº 8.383/91, sempre que esses tiverem sido adquiridos no mercado secundário, em decorrência da caracterização inequívoca de acréscimo patrimonial, em face do deságio com que foram adquiridos, pelos particulares, os referidos títulos, informando a este Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca das medidas adotadas;*" (fl. 132).

A Sra. Analista, pelas razões expostas nos subitens 8.2 e 8.2.1 de fls. 21 do Volume II, entende que os créditos que decorreriam do lançamento determinado pelo Tribunal na forma acima teriam decaído, opinando pela exclusão, por perda do objeto, da determinação transcrita no parágrafo precedente. A Sra. Diretora de Divisão, por sua vez, é de opinião que, com a expedição, em 22.10.91, da Instrução Normativa nº 92 (fl. 33 do Volume II), o então Departamento da Receita Federal, regulamentou a cobrança do referido tributo, estabelecendo, ao invés de isenção, tão-só um postergamento na apuração do ganho de capital e, em conseqüência, um alongamento no prazo para seu recolhimento; sugere, ao final, alteração na redação da alínea "a" do subitem 8.1 da pré-falada Decisão 771/96 (fl. 31 - Vol. II).

Considerando que os dois fundamentos em que se baseou o Pedido de Reexame (ausência de competência para que o TCU determine à SRF a prática de atos

de cobrança de tributos em razão de interpretação de lei tributária, o que feriria a independência e harmonia dos poderes, e impossibilidade do cumprimento da determinação, por conflitar com orientação contida em despacho do Sr. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento) foram adequada e percuientemente analisados pela 10ª SECEX, alinhamo-nos à proposição da Sra. Diretora de Divisão (fl. 31) que, em síntese, reconhece que a apuração do imposto de renda se dará quando da realização do investimento, isto é, quando houver a alienação das ações adquiridas no processo de privatização de estatais.

Dessa forma, em consonância com esse entendimento, opinamos pelo conhecimento do presente recurso e, dando-lhe provimento parcial, seja alterada a redação da alínea "a" do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96 - Plenário, conforme proposta de fls. 31, acolhida pelo Titular da Unidade Técnica.

DECISÃO Nº 494/98 - TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo TC 013.992/92-9

2. Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame

3. Interessado: Everardo de Almeida Maciel, Secretário da Receita Federal

4. Órgão: Secretaria da Receita Federal

5. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto

6. Representante do Ministério Público: Dr. Marinus Eduardo de Vries Marsico

7. Unidade Técnica: 10ª SECEX

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECI-

DE:

8.1. conhecer do presente Pedido de Reexame, para, no mérito dar-lhe provimento parcial;

8.2. modificar os itens "a" e "b" da Decisão nº 771/96 – Plenário para que, reunidos, passem a constar com a seguinte redação:

8.2.1. adote providências com vistas a acompanhar a arrecadação do imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de capital apurados no momento da negociação das ações ou quotas de estatais adquiridas em leilões de privatização, a partir do advento da Instrução Normativa nº 92, de 22.10.91, do então Departamento da Receita Federal, por pessoas físicas e jurídicas que tenham utilizado títulos públicos ou outros créditos contra a União, na aquisição das ações e quotas acima referidas, bem como sobre os juros incidentes sobre os mesmos títulos;

8.3. manter os demais termos da Decisão;

8.4. encaminhar cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentaram ao Sr. Procurador-Geral da República, em complementação aos elementos anteriormente enviados a título de subsídio a instrução do Processo Administrativo nº 08100.000484/92-44, então em curso na Procuradoria da República no Distrito Federal, ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, bem como ao Secretário da Receita Federal.

Publicada no DOU de 20/08/98.

8.5. dar ciência desta Decisão ao interessado;

9. Ata nº 31/98-Plenário.

10. Data da Sessão: 05/08/1998-Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Adhemar Paladini Ghisi (na Presidência), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto (Relator), Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro que se declarou impedido: Benjamin Zymler

ADHEMAR PALADINI GHISI
na Presidência

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Ministro-Relator