

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10805.001448/2004-71
Recurso nº 239.731 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.236 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria Auto de Infração de CPMF
Recorrente L'ALLEGRO RESTAURANTE LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF

Período de apuração: 04/08/1999 a 30/06/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. CPMF. VALORES NÃO RETIDOS E NÃO RECOLHIDOS. RESPONSABILIDADE EM CARÁTER SUPLETIVO. LANÇAMENTO EM NOME DO CONTRIBUINTE DE FATO. POSSIBILIDADE.

Não retida pela instituição financeira em que houve a movimentação financeira, a CPMF reputada devida, em virtude de o seu cliente, sujeito passivo originário, estar acobertado por provimento judicial que impedia a retenção, o lançamento deve ser efetuado diretamente contra este, em face da disposição expressa no § 3º do artigo 5º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que trata do responsável em caráter supletivo.

AUTO DE INFRAÇÃO. CPMF. SENTENÇA JUDICIAL IMPEDITIVA DA RETENÇÃO. REVOGAÇÃO POSTERIOR. NÃO RECOLHIMENTO. SUJEIÇÃO À MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

Nos termos do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cabível a aplicação da multa de ofício de 75% sobre diferença de contribuição não recolhida no prazo legal.

AUTO DE INFRAÇÃO. CPMF. MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS. SÚMULA Nº 2.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois

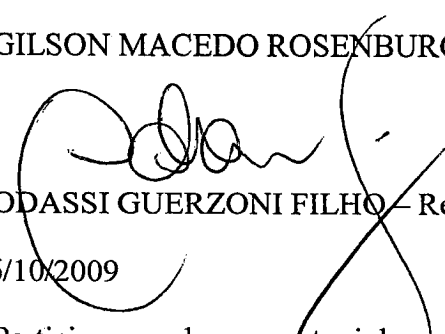
do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo. No caso, a autuada questionara em juízo a cobrança de **juros e multa de mora** incidentes sobre a CPMF não retida e não recolhida em face de medida liminar posteriormente revogada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade devotos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO - Presidente


ODASSI GUERZONI FILHO - Relator

EDITADO EM 06/10/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio Cesar Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Carlos Alberto Donassolo (Suplente), Fernando Luiz da gama D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

O Recurso Voluntário se insurgiu contra os termos do Acórdão nº 05-16.491, de 5 de março de 2007, proferido pela 3ª Turma da DRJ em Campinas/SP, que manteve integralmente o lançamento consubstanciado pelo Auto de Infração cientificado ao sujeito passivo em 27/07/2004, relativo à CPMF dos períodos de apuração de 04/08/1999 a 30/06/2004, cujo crédito tributário, nele incluídos o principal, juros de mora e multa de ofício de 75%, montou a R\$ 496.668,33.

De acordo com o autor do procedimento fiscal, que se iniciou em 14/06/2004, a liminar obtida pela autuada em sede de mandado de segurança, que inicialmente lhe garantiria o direito de não ver retida a CPMF incidente sobre suas operações financeiras, tivera o processo correspondente extinto sem o julgamento do mérito, por entender o Juiz de Primeira Instância, em 25/10/1999, que houvera equívoco da impetrante na identificação do polo passivo, sendo ainda que o Recurso de Apelação por ela interposto não fora acolhido. Reporta ainda o Auditor-Fiscal a existência de um depósito judicial efetuado pela autuada no dia 23/07/2004, conforme cópia de Darf à fl. 106, no valor de R\$ 322.088,70, ressaltando, todavia, não ter o Delegado da Receita Federal em Santo André/SP recebido qualquer notificação judicial impedindo o presente lançamento.

Na impugnação a autuada argumenta que, por conta de não ter concordado com os acréscimos moratórios inseridos nos cálculos que o Banco Bradesco, instituição responsável pela retenção e recolhimento da CPMF sobre sua movimentação financeira, lhe enviara em 06/07/2004, fazendo menção a atendimento ao disposto no inciso II, do § 2º do artigo 2º da IN SRF nº 89, de 2000, impetrara um Mandado de Segurança (autuação nº 2004.61.00.020390-2), seguido da realização de um depósito judicial no exato valor proposto

pela instituição financeira, qual seja, da ordem de R\$ 322.088,70. A seu ver, o depósito que efetuou se deu dentro do prazo de trinta dias após a ciência da revogação da decisão judicial estabelecidos pelo inciso II do artigo 17 da IN SRF nº 173, de 2002, o que não justificaria a exigência que se faz neste auto de infração de **juros e de multa punitiva**, esta, aliás, em percentual que revela caráter **confiscatório**. Além disso, invocou a Impugnante a suspensão da exigibilidade do lançamento, a teor do disposto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional¹. Salieta que não há que se falar em descaracterização do instituto da denúncia espontânea para justificar a aplicação da multa *moratória* (sic) visto que, a seu ver, quando efetuou o depósito judicial, estava dentro do prazo legal para o recolhimento do tributo, ou seja, dentro dos trinta dias da data da ciência da instituição financeira quanto à revogação da decisão judicial. Aduziu ainda que a constituição do presente crédito tributário só teria cabimento para a prevenção quanto à decadência e não de formar título executivo fiscal. Colacionou doutrina e julgados administrativos que entende estarem alinhados com sua argumentação.

A instância de piso, todavia, não acatou os argumentos da autuada, em resumo, por entender, primeiramente, que, quando do início da ação fiscal, não havia qualquer amparo judicial a protegê-la da incidência da CPMF sobre sua movimentação financeira, visto que a liminar, então conseguida na data de 25/06/1999 vigorou apenas até 25/10/1999, quando houve o arquivamento do respectivo processo sem o julgamento de mérito, sem que o apelo então interposto tivesse sido acolhido pela instância superior. Além disso, não há que se falar em denúncia espontânea pois o que a autuada fez foi depositar judicialmente o valor que o Bradesco lhe informara ser devido a título de CPMF, em vez de pagar o tributo devido; e ainda após ter sido iniciada a ação fiscal.

Acerca da liminar obtida pela autuada no mandado de segurança que impetrou em 22/07/2004, seguido de depósito judicial, portanto, cinco dias antes da ciência do auto de infração, entendeu a DRJ que a multa de ofício poderia ser imputada em face de o § 1º do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, dispor que o seu não cabimento somente se dá aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento a ele relativo, fato este que não se configurou no presente caso. Além disso, que o montante do depósito efetuado não se deu no montante integral do débito, visto que contemplou uma parte do principal e os encargos de mora, isto é, sem a multa de ofício.

No Recurso Voluntário a Recorrente insiste em que a falta de retenção e recolhimento da CPMF do período de 04/08/1999 a 30/06/2004 se deu por falha da instituição financeira e que somente em 06/07/2004 esta lhe enviara um extrato informando os valores devidos a título de principal e de encargos moratórios. Entende que, ao efetuar o depósito judicial no montante informado como devido pelo Banco Bradesco, estaria amparada nas regras da IN SRF nº 89, de 2000, que disciplinou o artigo 46 da Medida Provisória nº Medida Provisória nº 2.037-21, de 25 de agosto de 2000, de 25/08/2000. Além disso, esclarece que obteve decisão liminar em que a exigibilidade da CPMF restou suspensa em relação ao período que esteve albergada pela outra liminar noutro processo judicial. Nesse ponto, ressalta que não renunciou à discussão na esfera administrativa, visto que neste processo discute a aplicação da

¹ Artigo 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito, em seu montante integral;

(...)



multa punitiva e nos autos do *mandamus* discute a aplicação de **juros e multa moratória** no período em que perdurou a primeira liminar.

Entende ainda a Recorrente que a instância de piso se equivocou ao supor que estava em discussão o instituto da *denúncia espontânea*, não havendo, pois, que se cogitar da aplicação da multa de ofício, primeiro, porque que não dispunha de condições operacionais para apurar e recolher unilateralmente a CPMF em face da absoluta impossibilidade de apuração dos valores devidos, e, segundo, que, tão logo notificada pela instituição financeira quanto ao montante devido, efetuou o depósito judicial no *montante integral* da contribuição dentro do prazo fixado. Por fim, reputa como incorreta a sua responsabilização em caráter supletivo pelo inadimplemento da obrigação, o que somente poderia ocorrer no caso de impossibilidade de pagamento pelo verdadeiro responsável tributário, no caso a instituição financeira.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 09/04/2007, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 08/05/2007. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Identificação dos períodos de apuração para os quais vigorou medida judicial posteriormente revogada

A *Certidão de Objeto e Pé* expedida pelo TRF 3ª Região em 24/07/2004, à fl. 65, dá conta que o Mandado de Segurança Preventivo impetrado pela autuada (em 23/06/2009), no sentido de não ser compelida a pagar a CPMF sobre sua movimentação financeira, resultara, inicialmente, em uma decisão liminar favorável em 25/06/1999, mas, que, porém, em sentença de 25/10/1999, tivera o processo extinto sem o julgamento do mérito. O correspondente Recurso Apelação interposto, que foi recebido com efeito devolutivo, foi negado pela 4ª Turma do TRF 3ª Região em 07/02/2001. O Pé da referida ação na data da expedição da referida Certidão dava conta de que estava aguardando declaração de voto e redação de acórdão.

Assim, em resumo, a decisão liminar que impedira a instituição financeira de efetuar a retenção e recolhimento da CPMF da ora autuada vigorou durante o período de 25/06/1999 a 25/10/1999, o que, em relação aos períodos de apuração exigidos por meio do presente auto de infração, alcançou, para ser bem preciso, apenas os fatos geradores ocorridos nas datas de 4, 11, 18, e 25 de agosto; 1º, 8, 15, 22, e 29 de setembro; e 6, 13, e 20 de outubro de 1999; nada além disso, o que significa dizer que, para os demais fatos geradores da CPMF exigida neste processo, quais sejam, aqueles ocorridos entre 27/10/1999 a 30/06/2004, jamais houve qualquer provimento judicial a lhes garantir a não retenção e o não recolhimento da contribuição.

Haveremos, pois, neste julgamento, de separar em duas partes o período de apuração contemplado pela infração, quais sejam:

41

1ª) fatos geradores ocorridos entre 25/06/1999 a 25/10/1999 que, em função da decisão liminar, ficaram ao abrigo da retenção e do recolhimento da CPMF: 4, 11, 18, e 25 de agosto; 1º, 8, 15, 22, e 29 de setembro; e 6, 13, e 20 de outubro de 1999; e

2ª) fatos geradores ocorridos após 25/10/1999, para os quais não houve qualquer medida judicial a impedir a retenção e o recolhimento da CPMF: 27/10/1999 a 30/06/2004.

É que, para regular o tipo de ocorrência descrito na primeira parte – CPMF não retida nem recolhida por disposição judicial - a então denominada Secretaria da Receita Federal, fez editar, em 18/09/2000, a IN SRF nº 89, dispondo, na parte em que nos interessa no presente processo:

Art. 1º O valor correspondente à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, não retido e não recolhido pelas instituições especificadas na Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, por força de liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, de tutela antecipada em ação de outra natureza, ou de decisão de mérito, concedidas desde o início da cobrança da contribuição, e posteriormente revogadas, deverá ser retido e recolhido pelas referidas instituições, na forma estabelecida nesta Instrução Normativa. (grifos meus)

Art. 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF deverão:

I – apurar e registrar os valores devidos no período de vigência da decisão judicial impeditiva da retenção e do recolhimento da contribuição;

II – efetuar o débito em conta de seus clientes, a menos que haja expressa manifestação em contrário:

a) no dia 27 de outubro de 2000, relativamente às liminares, tutelas antecipadas ou decisões de mérito, revogadas até 31 de agosto de 2000;

b) no trigésimo dia subsequente ao da ciência da revogação da medida judicial pela instituição responsável, ocorrida a partir de 1º de setembro de 2000;

III – recolher ao Tesouro Nacional, até o terceiro dia útil da semana subsequente à do débito em conta, o valor da contribuição;

(...)

§2º O valor da CPMF retida será acrescido de:

I – juros de mora equivalentes à taxa SELIC, aplicada cumulativamente no período compreendido entre o 1º dia do mês subsequente à data em que a contribuição deveria ser recolhida até o mês anterior ao da retenção, e de 1% no mês da retenção;



II – multa de mora calculada à taxa de 0,33% por dia de atraso, aplicada no período compreendido entre o 1º dia subsequente à data em que a contribuição deveria ser recolhida e a data do recolhimento, limitada a 20%, observado o disposto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

(...)

Art. 3º A não retenção da contribuição, nas hipóteses estabelecidas nesta Instrução Normativa sujeita o contribuinte a lançamento de ofício.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a contribuição será acrescida de:

I – juros de mora, determinados de conformidade com o inciso I do § 2º do art. 2º;

II – multa de lançamento de ofício, de 75% a 225%, conforme o caso.

Art. 4º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação

Observe-se que essas orientações tanto valeram para os casos em que os impetrantes das ações foram as próprias instituições financeiras quanto para aqueles que os contribuintes de fato é que tentaram se ver livres do recolhimento da CPMF, o que ocorreu no presente caso.

Subsumindo a situação fática sobre a qual nos debruçamos (a da *primeira parte*) àqueles comandos, temos que, a instituição financeira, nos termos da letra *a* do inciso II, e do inciso III, ambos do artigo 2º, teria que ter efetuado o débito da CPMF na conta corrente da ora autuada até o dia 27 de outubro de 2000, para, no 3º dia útil da semana seguinte, proceder ao seu recolhimento, por meio de guia Darf, sob o código 8536², devidamente acrescida dos juros de mora equivalentes à taxa Selic, aplicada cumulativamente no período compreendido entre o 1º dia do mês subsequente à data em que a contribuição deveria ser recolhida até o mês anterior ao da retenção, e de 1% no mês da retenção, bem como a multa de mora calculada à taxa de 0,33% por dia de atraso, aplicada no período compreendido entre o 1º dia subsequente à data em que a contribuição deveria ser recolhida e a data do recolhimento, limitada a 20%, observado o disposto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Todavia, a autuada, com a devida vênia, ou não compreendeu exatamente as disposições da referida IN SRF nº 89, de 2000, ou distorceu um pouco os fatos segundo os seus interesses, haja vista que pretende fazer crer que **todos** os períodos da autuação estejam enquadrada nas referidas regras, o que, absolutamente, não procede.

Veja-se que a IN é bastante clara ao se referir que o prazo excepcional para o recolhimento da exação contemplou apenas a CPMF que não fora retida nem recolhida em face de medidas liminares posteriormente revogadas, o que exclui, portanto, desse tratamento excepcional, os fatos geradores ocorridos em períodos desabrigados de proteção judicial.

Partindo dessa premissa, trataremos agora dos períodos de apuração em que estiveram protegidos, ao menos temporariamente, por decisão liminar posteriormente

² Determinação trazida pelo § 10 do artigo 17 da IN SRF 42, de 02/05/2001.



revogada, qual seja, os fatos geradores ocorridos entre 25/06/1999 a 25/10/1999, mais especificamente, nas datas de 4, 11, 18, e 25 de agosto; 1º, 8, 15, 22, e 29 de setembro; e 6, 13, e 20 de outubro de 1999.

*Períodos de apuração abrangidos pela liminar
revogada*

O processo judicial em que a ora Recorrente obtivera a decisão liminar fora encerrado sem o julgamento de mérito em sentença de 25/10/1999, de forma que esse passou a ser o momento em que ficou completamente desprotegida quanto à obrigatoriedade de recolhimento da CPMF.

Quer, todavia, a Recorrente fazer crer que sua situação era aquela prevista pela alínea b, do inciso II, do artigo 2º da IN SRF nº 89, de 2000, qual seja, a de que dispunha de um prazo de trinta dias contados da ciência da revogação da decisão judicial para sofrer a retenção e mais três dias para efetuar o recolhimento da CPMF não retida e não recolhida por conta da decisão judicial revogada. Assim é que, na premissa de que a ciência por parte da instituição financeira quanto à revogação da decisão se dera no início de julho de 2004, supôs que o prazo final de que dispunha era o de 29/07/2004.

Enganou-se completamente a Recorrente, pois, se em 06/07/2004 a instituição financeira expediu-lhe um comunicado indicando os valores devidos a título da CPMF não retida e não recolhida em face da decisão judicial, não foi por conta de ter "sido cientificada da revogação da decisão judicial", mas, diferentemente disso, porque recebera uma intimação da fiscalização (fl. 75) específica no sentido de justificar-se quanto ao porque da não retenção e do não recolhimento da contribuição. Nada além disso versara a intimação, de maneira que a intimação do Fisco não pode ser tomada como "ciência" da revogação da decisão judicial.

Ocorreu, sim, que, mesmo estando ciente de que não mais dispunha de ordem judicial a lhe garantir o não pagamento da contribuição – e isso ocorreu em outubro de 1999, quiçá em novembro de 1999, haja vista a interposição de Recurso de Apelação em 1º/12/1999, à fl. 57, não cuidou a autuada de, num primeiro momento, tratar de cumprir com a sua obrigação de pagar o tributo, e, num momento posterior, de alimentar a instituição financeira com tal informação (revogação da ordem judicial), de modo a que a retenção e o recolhimento pudessem ser efetuados segundo as benesses da referida IN SRF nº 89, de 2000.

Além disso, e tendo em vista que, como dito acima, a ciência de que sua medida judicial havia sido revogada se deu em outubro de 1999, ou, repito, quando muito, em novembro de 1999, tal situação se encaixa na hipótese da alínea a, do referido inciso II, ou seja, naquelas decisões revogadas "até 31 de agosto de 2000", e, portanto, o prazo de que dispunha para sofrer a retenção da CPMF era o dia 27/10/2000 e para efetuar o recolhimento o dia 1º/11/2000.

O que chama atenção é que, quando da concessão da liminar, a instituição financeira foi prontamente avisada, tanto assim que, cumprindo à risca à determinação judicial, não reteve e nem recolheu a CPMF, enquanto que, por outro lado, quando da cessação dos efeitos daquele provimento parcial, a instituição seguiu não retendo e nem recolhendo a contribuição, como se nada tivesse acontecido !



A alegação da Recorrente, à fl. 274, de que era obrigação da instituição financeira acompanhar os processos judiciais que influenciaram em suas contingências tributárias é questão que não pode ser oposta ao Fisco para fins de se determinar a responsabilidade pelo pagamento de tributos, a teor do artigo 124 do Código Tributário Nacional, de sorte que, em não tendo se valido da permissão dada pela IN SRF nº 89, de 2000, ou seja, não recolhido a CPMF dos fatos geradores ocorridos nas datas de 4, 11, 18, e 25 de agosto; 1º, 8, 15, 22, e 29 de setembro; e 6, 13, e 20 de outubro de 1999, até o dia 1º de novembro de 2000, com juros e multa de mora, ficou em relação a esses na condição de inadimplente e, portanto, sujeita à multa punitiva aplicável quando da constatação de tal situação em procedimento de ofício da fiscalização.

Feitas essas considerações, tem-se que, antes de lavrar o auto de infração, o Auditor-Fiscal estava diante de uma situação em que a autuada, contribuinte de fato da CPMF, não adimplira com referida obrigação tributária no prazo legal original em relação **também** aos fatos geradores posteriores a 25/10/1999. Além disso, fora ainda o servidor informado pela empresa acerca da existência de um **depósito judicial** efetuado no dia 23/07/2004 e é sobre ele e a correspondente decisão judicial a que a ele foi atrelada que devemos tecer doravante as considerações de forma a subsidiar o julgamento.

Os documentos de fl. 75 (Intimação da fiscalização ao Banco Bradesco, datada de 14/06/2004); o de fls. 92/103 (listagem emitida pelo Banco Bradesco indicando o valor da CPMF devida durante o período de 24/06/1999 a 30/06/2004, e os juros de mora calculados, respectivamente, da ordem de R\$ 240.961,65 e R\$ 81.127,05, num total de R\$ R\$ 322.088,70); e o de fl. 106 (guia de depósito judicial no valor de R\$ 322.088,70, realizado em 23/07/2004, indicando a existência de um processo judicial de nº 200461000203902), estão mesmo a corroborar o entendimento de que tudo isso (retenção, ação e depósito judicial) se deu somente após ter sido o Banco Bradesco questionado pelo Fisco acerca da não retenção e não recolhimento da CPMF, e que, o mesmo, a pretexto de estar cumprindo os termos do inciso II, do § 2º do artigo 2º da IN SRF nº 89, de 2000, informou à ora autuada o montante devido da CPMF, bem como os juros e multa de mora devidos, o que ensejou a realização de depósito judicial em igual valor.

Esse depósito, esclareça-se, se deu em face da impetração de um novo mandado de segurança (nº 2004.61.00.020390-2), em 22/07/2004, cujos detalhes somente foram trazidos ao processo, inicialmente, pela própria DRJ, que os obteve junto ao sítio do TRF na *internet*, e pelos termos do Recurso Voluntário, inseridos dentre os argumentos da Recorrente. E sobre referida ação, a Recorrente transcreveu trecho da decisão, proferida em 18/08/2004 e publicada no DOU de 29/11/2004³, por mim abaixo reproduzido, *verbis*:

"Cuida-se de Mandado de Segurança visando o recolhimento da CPMF sem a incidência de juros e multa moratória, em relação ao período em que a impetrante deixou de recolher esta exação por força de decisão liminar posteriormente reformada. Requer liminar para suspender a exigibilidade do montante devido, oferecendo depósito integral atualizado pela taxa SELIC.

Passo a analisar o pedido de liminar.

O depósito integral do montante do tributo questionado judicialmente, por si só, suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do disposto no artigo 151, inciso II do CTN. Tendo a impetrante comprovado os autos que efetuou o

³ Vide fls. 233 e 234.

depósito integral, atualizado pela taxa Selic, de rigor a concessão da liminar para suspender a exigibilidade do tributo em tela, sendo desnecessário por ora maiores considerações quanto ao mérito.

Isso posto DEFIRO A LIMINAR para suspender a exigibilidade da CPMF devida pela impetrante em relação ao período em que deixou de recolher esta exação, por força da liminar concedida nos autos do processo nº 1999.61.00.029042-4, que tramitou na 16ª Vara Cível Federal de São Paulo, referente ao aviso de débito emitido em 06/07/2004, pelo Banco Bradesco S/A. (grifos e destaques do original)

Ao que tudo indica e embora o objeto da ação ou a pretensão de seu autor tivesse sido – ao menos é isso que argumenta na impugnação e no Recurso Voluntário, bem como, s.m.j., é isso que a própria sentença acima transcrita está a nos dizer – o "*recolhimento da CPMF sem a incidência de juros e multa moratória, em relação ao período em que a impetrante deixou de recolher esta exação por força de decisão liminar posteriormente reformada*", a decisão judicial avançou um pouco mais, isto é, considerou que todo o montante devido, nele incluído o principal, tivesse a sua exigibilidade suspensa em face da existência de depósito judicial, pelo magistrado reputado como integral.

Alem disso, com a devida venia, entendo que a autoridade judicial incorreu em erro ao não se ater apenas aos poucos meses em que perdurou a liminar (25/06/1999 a 25/10/1999) e determinar a suspensão da exigibilidade **também** para **todos** os valores que estão contidos no aviso de débito emitido pelo Bradesco em 06/07/2004, o qual, suponho⁴, se refira aos mesmos períodos que constam da listagem de fls. 92/102, isto é, os períodos de 04/08/1999 a 30/06/2004.

Observe-se no texto da decisão judicial destacado e sublinhado acima que a CPMF de que tratou o magistrado é aquela cujo recolhimento fora obstaculizado na vigência, efêmera, por sinal, da liminar proferida no processo nº 1999.61.00.029042-4.

Traduzindo isso em períodos de apuração, ou melhor, repetindo o que já esclarecera alhures, temos que, se aquele mandado de segurança foi impetrado em 23/06/1999 (fl. 62); se a liminar foi concedida em 25/06/1999 (fl. 34); e se o respectivo processo foi extinto sem o julgamento do mérito em 25/10/1999 (fl. 56); **então** a CPMF alcançada por esta nova liminar englobaria apenas os períodos de apuração relacionados ao auto de infração, de julho a 25/10/1999, de modo que os outros períodos restantes, compreendidos entre 27/10/1999 a 30/06/2004, não foram objeto da referida decisão judicial.

Assim, o depósito judicial reputado pelo Magistrado como integral só pode se referir à CPMF dos fatos geradores ocorridos em 4, 11, 18, e 25 de agosto; 1º, 8, 15, 22, e 29 de setembro; e 6, 13, e 20 de outubro de 1999; ou seja, não alcança aos demais fatos geradores constantes do auto de infração, quais sejam, aqueles ocorridos entre 27/10/1999 a 30/06/2004, como, de forma equivocada, supõe a Recorrente.

O efeito prático desse meu entendimento é o de que, embora os valores depositados em juízo a título de CPMF, de R\$ 240.961,65, e de juros de mora, de R\$ 8.127,05, correspondam aos valores integrais constituídos de ofício por meio do auto de infração,

⁴ Não se tem notícia desse "Aviso de Débito" nos autos deste processo.

respectivamente, a R\$ 239.512,20 e a R\$ 77.522,94, a suspensão da exigibilidade determinada pela decisão judicial só alcançaria os fatos geradores ocorridos na vigência da ação judicial, não podendo se falar que os demais também estivessem nela compreendidos. Aqui, um parêntesis para explicar que o valor aparentemente depositado a maior a título de principal decorre do fato de a autuada ter considerado fatos geradores de junho e de julho de 1999, o que não fez a fiscalização, que partiu dos fatos geradores ocorridos no dia 04/08/1999.

Todavia, não obstante a decisão judicial ter dado além do que fora pedido pela impetrante, haverá a autoridade preparadora atentar para o seu cumprimento quanto à exigibilidade do débito.

Outro fato que compromete a alegada "integralidade" do depósito judicial assim considerado para garantir ou envolver a todos os períodos da autuação, é que nada foi depositado a título de **multa de mora**, que, fosse o caso de enquadramento no inciso II do § 2º do artigo 2º da IN SRF nº 89, de 2000, acima transcrita, seria de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Concluindo minhas considerações sobre o depósito judicial, entendo que o mesmo, desde que tomado pelo seu **valor total**, ou seja, sem se considerar a sua composição ("principal" + "juros de mora"), e referenciado apenas aos fatos geradores para os quais houve a vigência temporária de uma decisão judicial, quais sejam, aqueles compreendidos entre 04/08/1999 a 25/10/1999, poderia se caracterizar como "integral", visto que mais que suficiente para suportar o principal, juros de mora e a multa de mora efetivamente devidos.

Em outras palavras, para mim o depósito judicial foi efetuado a maior, além do que seria devido, pois envolveu também valores que em nada se referem àquela liminar obtida no processo nº 1999.6100029042-4.

Mas, não obstante essa constatação, o fato é que o depósito judicial se deu quando o procedimento de ofício estava no seu final, ou seja, alguns dias antes do encerramento da ação fiscal, fato este que não impede o lançamento da multa de ofício de 75%, a teor do disposto no art. 63, da Lei nº 9.430, de 1996, que tem a seguinte redação:

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.(grifei)

Assim, nos termos do dispositivo transcrito acima, a multa de ofício incidente sobre o crédito não satisfeito somente pode ser afastada quando houver suspensão da sua exigibilidade anteriormente ao início do procedimento de fiscalização e, cumulativamente, tal circunstância persista até esta data. O que não se verificou no presente caso.



Por fim, conforme bem o ressaltou a instância de piso, os questionamentos dirigidos pela contribuinte à multa de ofício se revelam inócuos, uma vez que, constatada a inadimplência, a penalidade decorre de expressa determinação legal contida no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, dispositivo este citado no corpo do Auto de Infração.

Concomitância de objeto

De outra parte, a Recorrente faz questão de ressaltar, à fl. 277, que "*ao impetrar mandado de segurança, não abdicou da discussão administrativa pela qual repousa este auto de infração, na medida em que seus objetos não se confundem. Aqui se discute a aplicação de multa punitiva e nos autos do mandamus a aplicação de juros e multa moratória no período em que perdurou a liminar*". Em resumo, a Recorrente pretende afastar a ocorrência da concomitância de objeto.

Neste ponto, estou de acordo com a Recorrente, porém, com ressalvas.

Primeiro, porque neste processo, embora a autuada não tenha se insurgido diretamente contra a incidência dos juros de mora sobre a CPMF devida durante o período em que perdurou a liminar, qual seja, aquele que contempla os fatos geradores ocorridos entre 4 de agosto e 25 de outubro de 1999, o fato é que a decisão judicial ainda sem decisão definitiva foi bastante específica em relação a isso, ou seja, decidirá quanto o seu cabimento ou não, de sorte que resta caracterizada, sim, a concomitância.

Assim, considero que, ao buscar no poder judiciário abrigo para que não seja compelida a pagar os **juros de mora** sobre a CPMF incidente sobre os períodos de apuração em que esteve temporariamente protegida por ação judicial posteriormente revogada, renunciou à discussão de tal matéria na esfera administrativa, devendo a mesma ser considerada definitiva, a teor da Súmula nº 1, aprovada na Sessão Plenária do Segundo Conselho de Contribuintes em 18/09/2007, publicada no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28, segundo a qual "importa em renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo".

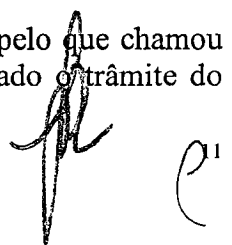
Multa de ofício confiscatória

A alegação de que a multa de ofício possui o caráter confiscatório implica em que a Recorrente está a questionar a validade de dispositivo legal inserido em nosso ordenamento jurídico, qual seja, o que fundamentou a aplicação do percentual de 75% da referida multa punitiva, por entender que o mesmo estaria a violar o dispositivo constitucional que veda o confisco.

Todavia, as alegações de ilegalidade e de inconstitucionalidade de leis não podem ser tratadas por este Colegiado, a teor do enunciado da Súmula nº 2, aprovada na Sessão Plenária de 18 de Setembro de 2007, publicada no DOU de 26/09/2007, Seção I, pág. 28, segundo o qual "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

Responsabilidade supletiva

A Recorrente alegou que não poderia ser responsabilizada pelo que chamou de "desídia" da instituição financeira, primeiro, por esta não ter acompanhado o trâmite do



processo judicial que, inicialmente, obstaculizara a retenção e o recolhimento da CPMF, e, segundo, por não ter efetuado o recolhimento da contribuição quando da edição da IN SRF nº 89, de 2000.

Ora, a própria IN SRF nº 89, de 2000, já dispunha, no seu artigo 3º que a não retenção da contribuição, sujeitaria o contribuinte a lançamento de ofício, devidamente acrescida dos juros de mora e da multa de ofício de 75%.

Por outro lado, a autuada não nega a sua condição de contribuinte de fato da CPMF, e nem poderia fazê-lo, a teor da clara determinação nesse sentido do artigo 4º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Quanto à responsabilização pelo recolhimento da contribuição nos casos em que não tenha havido a sua retenção, sejam quais tenham sido seus motivos, pode ser ela identificada na leitura no § 3º do artigo 5º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, ou seja, é do contribuinte, em caráter supletivo.

Ocorre que legislador, ao estabelecer esse tipo de responsabilidade, a de caráter supletivo, não estabeleceu qualquer condição para que pudesse ser invocada, de modo que não há que se falar no esgotamento das tentativas de cobrança junto à instituição financeira, para que, somente após, se possa recorrer ao contribuinte de fato para ver a contribuição adimplida.

Ademais disso, para o Ministro do STJ Luiz Fux, do STJ, no voto proferido no REsp 1011609, de 25/06/2009, e que versou sobre a incidência de juros e de multa de mora sobre a CPMF não recolhida durante o período em que vigorou decisão judicial posteriormente revogada, a responsabilidade pelos resultados do inadimplemento do tributo, obviamente, é do próprio contribuinte, "uma vez que o fato de estarem os valores depositados em determinada instituição financeira não desloca a responsabilidade do pagamento para a fonte que apenas retém a exação, mormente porque o numerário, a despeito de estar depositado em seus cofres, não está à sua disposição, ao revés, pertencem ao correntista-contribuinte, a quem incumbe o pagamento dos juros e correção monetária respectivos, posto não se tratar de depósito feito voluntariamente".

Assim, sobre a incidência de juros de mora e multa sobre a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira (CPMF) recolhida posteriormente à cassação da liminar que impedia seu recolhimento, filio-me a esse recente posicionamento unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, firmado no REsp 1011609, de 25/06/2009, de que, cassada liminar que garantia a não retenção e o não recolhimento da contribuição, impõe-se ao contribuinte cumprir a obrigação com todos os efeitos legais exigidos em decorrência do atraso ocasionado pela suspensão, cuja cassação tem eficácia *ex tunc* [retroativa].

O entendimento dos ministros, seguindo o voto do relator, ministro Luiz Fux, é que a liminar, seja em mandado de segurança, seja por via de antecipação de tutela, "decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado". O relator explica que a pessoa que entra com a ação fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os efeitos decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida, cuja cassação tem eficácia *ex tunc*. Assim, ressalta o ministro, a pessoa também fica condicionada ao pagamento da obrigação principal, acrescida de correção monetária, cujo objetivo é a preservação do valor monetário em questão, e de juros de mora.

Por essas razões, entendo correta a autuação em nome do contribuinte de fato da contribuição.



12

Conclusão

Em face de todo o exposto, o lançamento de ofício deve ser mantido nos exatos termos em que constante do auto de infração, ressalvando que, por conta da decisão liminar proferida no processo judicial nº 2004.61.00020390-2, a exigibilidade resta suspensa **apenas** em relação ao valor da **CPMF** e aos **juros de mora** incidentes sobre a CPMF.

Nego, pois, provimento ao recurso.



ODASSI GUERZONI FILHO