MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº.	:	10830.005587/95-69
Recurso nº.	:	120.993
Matéria	:	IRF - Ano: 1992
Recorrente	:	PREVIBOSCH SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA
Recorrida	:	DRJ em CAMPINAS - SP
Sessão de	:	06 de junho de 2000
Acórdão nº.	:	104-17.481

AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA – LANÇAMENTO – POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – A busca da tutela do Poder Judiciário não impede a formalização do crédito tributário, por meio do lançamento, objetivando prevenir a decadência.

CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA ACOMPANHADA DE DEPÓSITO JUDICIAL INTEGRAL – SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO – LANÇAMENTO DE MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA – Não caberá lançamento de multa de ofício e juros de mora na constituição do crédito tributário destinado a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa através de concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança, acompanhada de depósito judicial integral.

IRRF - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – APLICAÇÕES FINANCEIRAS – INSTITUIÇÕES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - PESSOAS JURÍDICAS IMUNES - OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL – As questões postas ao conhecimento do Judiciário implica a impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que as decisões daquele Poder detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada.

Preliminar rejeitada.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PREVIBOSCH SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento

Processo nº. : 10830.005587/95-69
Acórdão nº. : 104-17.481

e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da exigência a multa de lançamento de ofício e os juros moratórios, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 JUL 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, JOÃO LUIS DE SOUZA PEREIRA, ELIZABETO CARREIRO VARÃO e REMIS ALMEIDA ESTOL.

Processo nº. : 10830.005587/95-69
Acórdão nº. : 104-17.481
Recurso nº. : 120.993
Recorrente : PREVIBOSCH SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

RELATÓRIO

PREVIBOSCH SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, entidade de previdência privada, inscrita no CGC/MF 54.155.007/0001-01, com sede na cidade de Campinas – Estado de São Paulo, à Av. Barão de Itapura, n.º 1276, Bairro Botafogo, jurisdicionado a DRF em Campinas – SP, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 104/107, prolatada pela DRJ em Campinas – SP, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls.125/139.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 24/11/95, o Auto de Infração de Imposto de Renda Devido Sobre Aplicações Financeiras de fls. 88/93, com ciência em 28/11/95, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R$ 777.180,45 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de renda na fonte sobre aplicações financeiras, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 100% e dos juros de mora, calculados sobre o valor do imposto, referente aos fatos geradores relativo ao ano de 1992.

Da ação fiscal resultou a constatação de falta de recolhimento do imposto de renda devido sobre aplicações financeiras. Infração capitulada nos artigos 6º, parágrafos 1 e 2, do Decreto-lei n.º 2.065/82, c/c o art. 51, da Lei n.º 7.450/85 e arts. 20, 21, parágrafo 4º; 36, 52, inciso II "d" e 53, inciso II e parágrafo 2º, da Lei n.º 8.383/91.

O Auditor-Fiscal, autuante, através do Auto de Infração, esclarece, ainda, entre outros, os seguintes aspectos:

- que se refere a imposto de renda devido exclusivamente no resgate das aplicações financeiras realizadas no ano de 1992, nos termos do art. 6, parágrafos 1 e 2 do Decreto-lei n.º 2.065/83;

- que o contribuinte, entidade isenta do Imposto de Renda pela Lei n.º 6.435/77, pleiteou judicialmente, através do Mandado de Segurança n.º 92.0034515-8 a exclusão de tributação, pelo IR, dos rendimentos gerados pelas aludidas aplicações financeiras, que deveria ocorrer por ocasião do resgate das mesmas;

- que através de liminar concessiva o contribuinte garantiu junto as instituições financeiras pagadoras dos rendimentos a dispensa de retenção/recolhimento do imposto devido;

- que em função de decisão contrária ao contribuinte na medida judicial houve a cassação expressa da liminar, passando a ser exigível o imposto devido nas operações, inclusive em razão da insuficiência do depósito oferecido em garantia.

Em sua peça impugnatória de fls. 96/102, apresentada, tempestivamente em 26/12/95, a autuada, 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 verifica-se, desde logo, a nulidade do auto de infração lavrado, haja vista que exige do contribuinte, valores indevidos, sem qualquer fundamentação legal. Com

efeito, conforme ficou comprovado, a Recorrente, quando da distribuição do Mandado de Segurança arrolado nos autos, providenciou o depósito judicial dos valores questionados, nos termos da liminar concedida, suspendendo, assim, a exigibilidade do crédito tributário, ainda não constituído, na forma do que dispõe o artigo 151, inciso II, c.c. o inciso IV, do Código Tributário Nacional;

- que os referidos depósitos judiciais, visam garantir a discussão judicial relativa a exigência fiscal relacionada com a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos decorrentes das aplicações financeiras da recorrente, os quais, no caso de decisão desfavorável, definitiva, serão convertidos em renda da União Federal;

- que nesse sentido, não pode a Receita Federal, inovar a lide, acrescentando valores indevidos a título de multa e juros de mora, como se a recorrente estivesse em mora ou deixando de recolher o tributo;

- que os depósitos judiciais visam proteger a União Federal de qualquer prejuízo relativamente aos valores envolvidos, não havendo qualquer sustentação legal para inclusão, no lançamento tributário, de parcelas estranha à lide, até porque foram efetivados tempestivamente, evidenciando que nenhum prejuízo existe para a União Federal;

- que por outro lado, é nulo a exigência fiscal, tendo em vista que a questão fática do auto de infração, já foi submetida ao Poder Judiciário, sendo rechaçado o entendimento da Receita Federal, de que no conceito de Patrimônio, Renda e Serviços, das Sociedades Imunes e das Instituições de Previdência Privada, previstos no artigo 150, inciso VI, letra "c", da Constituição da República, não se enquadram os proventos auferidos nas aplicações financeiras;

- que tanto que a Receita Federal não discute a condição peculiar da Recorrente, mas apenas contesta a não incidência tributária sobre as aplicações financeiras, por entender que as mesmas não se enquadram no dispositivo constitucional, acima citado;

- que, portanto, nos exatos termos dos autos, a exigência fiscal é nula, pois fundamentada no artigo 6º, parágrafos 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 2.065/83, já declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, a autoridade singular decide não conhecer da impugnação no tocante à matéria objeto de Ação Judicial, porém, conhece a impugnação quanto à penalidade, que cancela por entender que descabe sua aplicação em razão da exigibilidade suspensa do tributo, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que o auto de infração foi lavrado em atendimento ao princípio da vinculação do ato administrativo e tendo em conta assegurar, a Fazenda Nacional, dos efeitos de uma possível decadência de seu legítimo dever/direito de proceder ao lançamento;

- que o artigo 151 do Código tributário Nacional determina as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nada dispondo sobre qualquer impedimento à sua constituição e o auto de infração, como se sabe, é um dos meios disponíveis para se efetuar o lançamento, ou seja, de se proceder à constituição do crédito tributário;

- que no tocante à exigência da multa de ofício e juros moratórios cumpre ressaltar que ambos deverão ser exonerados caso a autuada comprove ter providenciado, anteriormente ao início do procedimento fiscal, o depósito integral do imposto exigido,

inclusive, se for o caso, da respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme dispõe o artigo 151 inciso II do Código Tributário Nacional;

- que quanto ao mérito verifica-se que, efetivamente, a interessada infringiu a legislação de regência do Imposto sobre a Renda na Fonte, tendo em vista o não recolhimento do tributo incidente sobre aplicações financeiras por ela efetuadas em 1992, sob o fundamento de gozar do benefício da imunidade constitucional;

- que no entanto, a contribuinte comprova ter interposto o Mandado de Segurança Preventivo n.º 92.0034515-8, cuja liminar foi inicialmente concedida, garantida por depósito judicial (fls. 26). O processo foi julgado improcedente em primeira instância, a segurança denegada e a liminar cassada (fls. 51/54). Contudo, segundo consta do formulário AJUD de fls. 55, houve interposição de recurso de apelação, ainda não julgado;

- que a via judicial é uma opção adotada pela contribuinte no seu livre exercício de escolha, o que implica na renúncia de ter apreciada a questão na esfera administrativa;

- que considerando que a medida judicial não pode impedir a constituição do crédito tributário pelo lançamento – atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional;

- que considerando que, constituído o crédito tributário, em face da concessão de liminar em mandado de segurança ou do depósito de seu montante integral, sua exigibilidade permanece suspensa até a definitiva solução da lide;

- que considerando que, de acordo com o Ato Declaratório Normativo n.º 03, de 14/02/96, a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda Nacional,

que tenha o mesmo objeto de processo administrativo instaurado importa em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto, não se conhecendo de eventual petição apresentada, nesse caso, pelo contribuinte;

- que considerando que a multa de ofício e os juros moratórios exigidos deverão ser exonerados, caso a autuada comprove ter providenciado, anteriormente ao início do procedimento fiscal, o depósito integral do imposto exigido, inclusive, se for o caso, da respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme dispõe o artigo 151, inciso II do Código Tributário Nacional.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 26/05/99, conforme Termo constante às folhas 119/120, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (25/06/99), o recurso voluntário de fls. 125/139, instruído pelos documentos de fls. 140/145, no qual demonstra irresignação contra a decisão, baseado nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que, preliminarmente, verifica-se que, à face do teor da decisão recorrida, que a mesma não contém fundamento legais suficientes para faze-la prevalecer como decisão (formal) prolatada nos autos;

- que, com efeito, a recorrente esta discutindo judicialmente a imunidade relativa à não retenção do imposto de renda na fonte, decorrente das aplicações financeiras que efetuou em função de seu objeto social, através do Mandado de Segurança, objetivando em síntese que seja-lhe garantido o direito de não estar sujeito à referida exação fiscal;

- que ratifica-se, por oportuno, como bem atestou o julgador no relatório da decisão proferida, que os autos encontram-se atualmente no Tribunal Regional Federal da 3ª

Região, aguardando o julgamento da apelação interposta pela recorrente, cuja certidão de objeto e pé é juntada aos autos;

- que retornando ao objeto do recurso, verificamos do inteiro teor da decisão recorrida, após o relatório, que o julgador concluiu, de maneira singela, que o recurso apresentado pelo contribuinte não devia ser conhecido, sob o fundamento de que, com a interposição de ação judicial, o processo administrativo restou-se renunciado, não mais tendo validade todos os atos administrativos praticados anteriormente;

- que inobstante as alegações já citadas, a recorrente apresenta as razões de recurso, fundamentado no manifesto equívoco verificado por parte das autoridades julgadoras, uma vez que no inteiro teor da decisão o relator "data máxima venia" não se manifestou sobre o mérito da presente autuação fiscal, o que a recorrente tentou desconstituir através da impugnação interposta;

- que ocorre que através dos procedimentos administrativos, foi constituído o crédito tributário, cuja exigibilidade encontra-se suspensa, por força da liminar concedida no mandado de segurança;

- que se verifica, da análise minuciosa da decisão administrativa, é que o julgador singular, ignorando os termos da impugnação apresentada, em especial quando a recorrente menciona em sua impugnação que o ato administrativo fiscal é posterior à distribuição do Mandado de Segurança citado, sustenta a inviabilidade de apreciação da impugnação, levando em conta a Norma COSIT n.º 3/96, deixando de apreciar a matéria de mérito discutida, que também abrange a cobrança de multa, juros e demais acréscimos moratórios, como se a recorrente estivesse em mora desconsiderando-se os efeitos das liminares concedidas;

- que cabe repensar o fato de que, nos termos do que dispõe o artigo 62 do Decreto n.º 70.235/72, a fiscalização estaria impedida de lavrar o auto de infração em comento. Quanto mais, exigir multa, juros e demais acréscimos como se a recorrente estivesse em mora no recolhimento do tributo, o que não ocorre na hipótese analisada;

- que, por outro lado, é nula a exigência fiscal, tendo em vista que a questão fática do auto de infração, já foi submetida ao Poder Judiciário, sendo rechaçado o entendimento da Receita Federal, de que no conceito de patrimônio, Renda e Serviços, das Sociedades Imunes e das Instituições de Previdência Privada, previstos no artigo 150, inciso VI, letra "c", da Constituição da República, não se enquadram os proventos auferidos nas aplicações financeiras.

Consta às fls. 142/145, a concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança para determinar à autoridade impetrada receba e se abstenha de negar seguimento ao recurso voluntário interposto ao Primeiro Conselho de Contribuintes, sem o depósito prévio de 30% do valor do crédito tributário em discussão.

É o Relatório.

Processo nº. : 10830.005587/95-69
Acórdão nº. : 104-17.481

V O T O

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

Preliminarmente, cabe aqui a discussão sobre a propositura, pela suplicante, de ação perante o Poder Judiciário, já que parte da lide versa sobre a nulidade do lançamento que deu origem ao presente processo, sob o fundamento jurídico de que a sua lavratura ocorreu após as ações judiciais ajuizadas, razão pela qual, o auto não poderia ter sido lavrado, senão após cassada a referida medida.

Ora, as razões do recurso não procedem. Em suma o que elas pretendem é evitar a Fazenda Pública de exercer o seu direito/dever de constituir o crédito tributário, na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional, de sorte a evitar a consumação da decadência.

De acordo com o texto Constitucional vigente (art. 5º, inciso XXV), todas as questões podem ser levadas ao Judiciário, donde, facilmente, se deduz que somente o Poder Judiciário detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada.

No entanto, a busca da tutela jurisdicional não impede, entretanto, que a autoridade administrativa promova a constituição do crédito tributário, objetivando salvaguardar o interesse da Fazenda Pública, tendo em vista o prazo decadencial, mesmo

porque tal procedimento é vinculado e obrigatório conforme dispõem o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Em última análise, temos que a constituição do crédito tributário pelo lançamento – auto de infração ou notificação -, não acarreta qualquer ofensa ao disposto no art. 151 do CTN, uma vez que a suspensão da exigibilidade ali referida pressupõe necessariamente a prévia constituição do citado crédito.

Também, é de se frisar que o teor da liminar em momento algum teve como objeto o impedimento de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário (fls. 2). Não houve ordem formal, objetiva, literal no sentido de obstar a prática de ato administrativo de natureza cogente.

Portanto, o que a liminar deferiu foi a autorização para requerente proceder o depósito em dinheiro do tributo questionado (depósito judicial).

Como se vê, não há razões para se falar em nulidade ou ilegalidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito – recolhimento do IRFONTE incidente sobre aplicações financeiras por ela efetuadas em 1992, sob o fundamento de gozar do benefício da imunidade constitucional – não pairam dúvidas de que a matéria está submetida a apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual encontra-se este Conselho de Contribuintes impedido de proceder ao seu exame.

Em que pese o esforço da suplicante em deslocar o enquadramento legal do auto da alínea "a" para a alínea "b" do Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 3/96, sua tentativa é vã. O caso é nitidamente enquadrado na primeira hipótese, eis que o objeto é o

mesmo, aplicável, pois, a regra do artigo 1º, parágrafo 2º do Decreto-lei n.º 1.737/79, combinado com a do parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 6.830/80, disciplinados pelo referido ADN n.º 3, referido.

A jurisprudência do Conselho de Contribuintes, após algumas decisões divergentes, firmou-se no sentido de que as questões postas ao conhecimento do Judiciário implica em impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que as decisões daquele Poder detém, no sistema jurídico pátrio, o poder jurisdicional, ou seja, somente ao Poder Judiciário é outorgado o poder de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada. Todavia, sendo a autuação posterior à demanda judicial, nada obsta que se conheça o recurso quanto à legalidade no lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário.

Não há como divergir desta jurisprudência, já que compete ao Judiciário, em última análise, dizer qual seria o direito aplicável à espécie.

Assim, proposta a ação perante o Poder Judiciário, não é lógico, muito menos correto, querer atribuir aos Tribunais Administrativos o poder de resolver a lide, já que a matéria "sub judice" foi atribuída à solução daquele poder, competente, para, repita-se, em derradeira instância, dizer qual o direito efetivamente aplicável à espécie.

Faz mister esclarecer, que havendo o depósito do montante integral, efetuado nos prazos previstos na legislação tributária, este, além de suspender a exigibilidade do crédito, resguarda integralmente a impetrante, pois, conforme preceitua o art. 156, VI, do Código Tributário Nacional, a conversão do depósito em renda é uma das formas de extinção do crédito tributário. Neste sentido, não obtendo êxito em sua tese, a

conversão em renda extingue o valor principal, portanto, não lhe deve ser imputada multa de ofício e juros moratórios, ou melhor, não há que se falar em encargos legais.

Concordo com a autoridade julgadora singular que em se tratando de Medida Liminar em Mandado de Segurança, acompanhada de depósito integral do crédito tributário em discussão suspende a sua exigibilidade, e não se pode considerar que o contribuinte tenha cometido a infração caracterizada pela falta de pagamento de tributo. Já que não estava obrigado a tal pagamento, em razão de disposição expressa do artigo 151, II, do CTN, que elenca o depósito como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, inocorre a infração nesta hipótese.

Ora, segundo as normas do Código Tributário Nacional, tanto a liminar em Mandado de Segurança, como o depósito integral do tributo, têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário. E estando tal exigibilidade suspensa, o contribuinte que deixa de recolher o tributo que discute judicialmente, obviamente não comete a infração de falta de pagamento. Assim, se o contribuinte estiver amparado através de concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança, sem o depósito judicial integral do tributo discutido, deve-se excluir, somente, a multa de lançamento de ofício, por outro lado, se o contribuinte depositou judicialmente o montante integral do tributo discutido, não cabe a multa de lançamento de ofício e nem os juros moratórios.

É de se ressaltar que a autoridade singular, em sua decisão, se ateve a sua competência, e excluiu a multa de ofício e os juros de mora, de forma condicional.

É entendimento deste relator que a sentença judicial ou administrativa não pode ser condicional. Cumpre ao julgador, diante da prova produzida nos autos, aplicar a lei ao fato concreto, outorgando provimento de nítido e inquestionável caráter mandamental.

No caso dos autos, existe o depósito judicial, e como são incabíveis multa de ofício e juros moratórios sobre o crédito tributário que esteja com a sua exigibilidade suspensa, em razão do art. 151, II, da Lei n.º. 5.172, de 1966, ou seja, coberto por depósito judicial no valor do montante integral, desde que o mesmo tenha sido efetuado dentro do prazo previsto na legislação tributária, não vejo razões para se manter a multa e os juros moratórios lançados.

Nessa ordem de juízos, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, deixo de apreciar, porque administrativamente inócuo, os fundamentos da exigibilidade do tributo, visto que submetidos à manifestação do poder juridiscional (opção pela via judicial). Porém, dou provimento parcial ao recurso para excluir do crédito tributário administrativamente litigado a multa de lançamento de ofício e os juros moratórios, dado que não objeto de apreciação judicial.

Sala das Sessões - DF, em 06 de junho de 2000

NELSON MALLMANN