



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

131

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 08 / 05 / 1998
C	<i>stolutino</i>
	Rubrica

Processo : 11080.004435/93-70

Acórdão : 203-03.626

Sessão : 18 de novembro de 1997

Recurso : 97.157

Recorrente : BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL

Recorrida : DRF em Porto Alegre - RS

IOF – AUTARQUIA – MULTA – Não estando pacífica a questão sobre a natureza jurídica da autuada como entidade autárquica, havendo, inclusive, precedentes do Supremo Tribunal Federal lhe negando essa condição, não pode prevalecer a decisão que determinou o cancelamento da multa por lançamento de ofício, sob o fundamento de que a autuada é autarquia, mormente quando há pendente de julgamento, na Justiça Federal, ação que trata especificamente desse tema. **Recurso de ofício provido para restabelecer o crédito tributário cancelado pela decisão recorrida.** INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – A autoridade administrativa não tem competência legal para apreciar a constitucionalidade de lei – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – A falta de retenção e recolhimento do IOF sobre aplicações financeiras de terceiros dá ensejo a que a Fazenda Pública exija o imposto diretamente da instituição financeira na qualidade de responsável tributária. Negado provimento ao recurso voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em:** I) dar provimento ao Recurso de Ofício; e II) negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 1997

Otacílio Dantas Cartaxo

Presidente

Renato Scalco Isquierdo

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ricardo Leite Rodrigues, F. Maurício R. de Albuquerque Silva, Francisco Sérgio Nalini, Mauro Wasilewski, Daniel Corrêa Homem de Carvalho e Sebastião Borges Taquary.

CHS/GB



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

132

Processo : 11080.004435/93-70

Acórdão : 203-03.626

Recurso : 97.157

Recorrente : BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL

RELATÓRIO

Trata o presente processo do Auto de Infração de fls. 118 e seguintes, lavrado contra a empresa acima identificada para exigir o Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, tendo em vista a falta de recolhimento desse tributo nas seguintes situações:

- 1) incidente sobre as aplicações próprias existentes em 16 de março de 1990;
- 2) no resgate de RDB e CDB de emissão da autuada pertencentes a diversos clientes; e
- 3) no resgate de debêntures de emissão de terceiros, como fiador.

A autuação teve como fundamento legal os artigos 1º, 2º, 3º, 5º e parágrafo único do art. 9º, todos da Medida Provisória nº 160/90 (posteriormente convertida na Lei nº 8.033/90) e Instrução Normativa SRF nº 67/90.

Devidamente cientificada do lançamento, o interessado impugnou tempestivamente e de forma parcial o feito fiscal, através do arrazoado de fls. 127 e seguintes, juntando os documentos de fls. 167 a 458. Concordando com a exigência em relação a uma das operações (debêntures emitidas por Shebe Cia. de Participações e subscritas pelo Fundo de Participação Social), foi recolhido o respectivo imposto e encargos, conforme comprova a cópia do DARF juntada às fls. 458.

Alega a defendant que a exigência é inconstitucional, tendo a lei que a institui afrontado os princípios constitucionais da anterioridade, anualidade e irretroatividade. Traz à colação diversos arrestos administrativos e judiciais no sentido de reforçar seu entendimento, pedindo o cancelamento integral do lançamento. Alternativamente, pede, na hipótese de ser mantida a exigência, o cancelamento da multa aplicada, tendo em vista a sua condição de autarquia, fato esse, segundo afirma, já amplamente reconhecido pelos Conselhos de Contribuintes. Cita o impugnante os acórdãos que lhe são favoráveis (fls. 145, 19 da impugnação).

Com relação ao item 1) da exigência, falta de recolhimento do IOF incidente sobre aplicações próprias existentes em 16 de março de 1990, diz que não há previsão legal para

lgt



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.004435/93-70

Acórdão : 203-03.626

tal exigência, porquanto a lei não estabeleceu qualquer incidência sobre as aplicações financeiras próprias. Alega, ainda em relação a esse item, que o imposto nesse caso tem efeitos confiscatórios, o que é vedado pela Carta Maior. Tendo efeitos confiscatórios, ou seja, atingindo o patrimônio do Banco, essa exigência é inconstitucional, lembrando ser o defendante autarquia. A Constituição Federal, lembra o autuado, veda a tributação da renda e do patrimônio uns dos outros (imunidade recíproca).

Em relação ao IOF incidente sobre os CDBs e RDBs, diz que a lei não poderia atingir as aplicações financeiras feitas em data anterior à sua edição, caracterizando, assim, a retroatividade da norma jurídica em comento, em contrariedade ao princípio constitucional que veda esse efeito. Diz também que a maioria dos vencimentos dos títulos alcançados pelo lançamento teve seu vencimento em data anterior a 16/03/90, e que não poderiam ser objeto de tributação. Pede o reconhecimento dos efeitos da liquidação extrajudicial sobre esses títulos, que foram transferidos para conta de depósitos à vista, em face do não pagamento nos prazos de vencimentos. A lei não prevê a incidência de IOF sobre os depósitos à vista. Pede também a exclusão da exigência das aplicações financeiras do Estado do Paraná sobre as quais não pode haver incidência do imposto.

Ainda com relação às aplicações financeiras decorrentes de RDBs e CDBs, diz que os contribuintes são os aplicadores. Pede então a realização de diligência no sentido de que sejam esses intimados a se manifestar sobre o lançamento, garantindo-lhes o direito ao contraditório no processo administrativo. Em relação à aplicação feita pela POSTALIS, Instituto de Seguridade Social dos Correios, afirma que o The First Nacional Bank of Boston se declarou, na qualidade de procurador do aplicador, responsável pelo recolhimento do IOF sobre essas aplicações, tendo se surpreendido pelo fato de que os recolhimentos não foram efetuados. A responsabilidade daquela instituição financeira é incontestável, segundo afirma, e o valor da exigência deve ser excluída em relação a esse item, porquanto o autuado não pode ser prejudicado por ato ilícito praticado por outra instituição financeira.

Os Auditores-Fiscais autuantes, atendendo ao que previa o Decreto nº 70.235/72, prestaram a Informação Fiscal de fls. 523 a 529, opinando pela manutenção integral do lançamento. Junto com a informação fiscal, os fiscais responsáveis pelo Auto de Infração anexaram aos autos decisões do Supremo Tribunal Federal que não reconhecem a condição de autarquia do BRDE (fls. 461 a 522).

A autoridade julgadora de primeira instância, através da Decisão de fls. 531 a 538, julgou parcialmente procedente a exigência fiscal, mantendo integralmente o imposto lançado, mas determinando a exclusão da multa, reconhecendo a condição de autarquia da autuada. Da exclusão da multa, a autoridade julgadora monocrática recorreu de ofício à Superintendência da Secretaria da Receita Federal, que, em razão da edição da Lei nº 8.748/93



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

134

Processo : 11080.004435/93-70
Acórdão : 203-03.626

(resultante da conversão da MP nº 367/93), determinou o encaminhamento do reexame necessário a este Colegiado (fls. 539).

Inconformado com a decisão de primeira instância na parcela que lhe foi desfavorável, a interessada interpôs recurso voluntário dirigido a este Conselho, no qual pede o cancelamento integral da exigência, reiterando os argumentos já expostos na impugnação. A interessada fez juntar aos autos, por petição datada de 14 de agosto de 1994, cópia de acórdão desse Conselho a respeito de julgamento de processo do Banco do Estado do Rio Grande do Sul – BANRISUL (fls. 647 a 655).

A autoridade fiscal, por outro lado, juntou aos autos Parecer da lavra da Procuradoria da Fazenda Nacional, devidamente aprovado pelo Ministro da Fazenda, o qual conclui que o BRDE não pode ser considerado autarquia, alterando entendimento até então mantido (fls. 656 a 667). Esse Parecer é datado de 29 de julho de 1994, e foi aprovado pelo Ministro da Fazenda em 29 de agosto do mesmo ano. Sobre esse Parecer manifestou-se o interessado pela Petição de fls. 668 e seguintes, na qual informa que a imunidade tributária é apenas uma das matérias de defesa. Informa, ainda, que impetrou mandado de segurança junto à Justiça Federal buscando o reconhecimento da sua condição de autarquia (documento de fls. 671 a 709). Informa a autuada que a Procuradoria da República manifestou-se na referida ação favoravelmente ao reconhecimento da pretensão da impetrante.

Colocado em pauta o presente processo nessa Câmara em 7 de novembro de 1995, decidiu-se converter o julgamento do recurso em diligência para que fosse juntado aos autos informações a respeito da ação judicial noticiada (fls. 711 a 727). Em razão disso, foram juntados aos autos os documentos de fls. 732 a 893. Por eles, pode-se verificar que o mandado de segurança impetrado teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi julgado em primeiro grau improcedente, estando pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal o recurso de apelação interposto pelo BRDE. Cumprida a diligência requerida, os autos retornaram a este órgão para prosseguimento do julgamento.

É o Relatório.





MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 11080.004435/93-70
Acórdão : 203-03.626

135

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR RENATO SCALCO ISQUIERDO

Do Recurso de Ofício

O recurso de ofício interposto pela autoridade julgadora monocrática atende os requisitos legais. O crédito tributário cancelado excede o limite de alçada previsto na lei, justificando o reexame da decisão conforme determina o art. 34, inciso I do Decreto nº 70.235/72.

A decisão recorrida determinou o cancelamento da multa fundamentada no fato de que o autuado é autarquia, e como tal, não lhe poderia ser imposta penalidade. Entretanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal juntadas às fls. 461 a 522 demonstram que não se trata de uma questão pacífica. Verifica-se, inclusive, que tais decisões são mais recentes que aquelas citadas pelo autuado e que contêm o reconhecimento da natureza jurídica autárquica da interessada.

Mais. A Procuradoria da Fazenda Nacional, em parecer recente, reviu sua posição sobre esse assunto concluindo que “*o BRDE não constitui uma autarquia, mas, sim, uma empresa, pessoa jurídica de direito privado, desmerecendo, consequentemente, a imunidade disciplinada pelo art. 150, §§ 2º e 3º, da CF/88, e pelo art. 12 do CTN*”. Alerta o mesmo Parecer que “*a Administração deve anular seus atos em contrariedade com esse entendimento, com efeito ex tunc, posto que, salvo melhor juízo, acha-se em baila, no caso, questões de erro de direito, e não de mera mudança de critérios jurídicos*”. O referido Parecer, conforme já noticiado no relatório, foi aprovado pelo Ministro da Fazenda.

O Banco, discordando da posição contida no parecer, impetrou mandado de segurança junto à Justiça Federal, buscando o reconhecimento da sua condição de autarquia. Essa ação foi julgada improcedente em primeiro grau, estando pendente de julgamento em grau de recurso em razão da apelação interposta pelo BRDE. Há, portanto, um acentuado grau de incerteza quanto à natureza jurídica da autuada. Além disso, a questão encontra-se sob apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão deve prevalecer sobre a decisão administrativa.

A prevalecer a decisão que determinou o cancelamento da multa, que reconhece de imediato a condição de autarquia da autuada, ter-se-á uma situação irreversível para a Fazenda Pública. Caso a decisão recorrida não seja modificada e a ação judicial proposta pela autuada reconheça que a sua natureza jurídica não é autarquia, o crédito tributário estará irremediavelmente perdido, já que a Fazenda não poderá recorrer ao Poder Judiciário contra a



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.004435/93-70
Acórdão : 203-03.626

decisão administrativa.

Por esses motivos voto no sentido de dar provimento ao recurso de ofício interposto, para restabelecer a exigência exonerada pela decisão recorrida.

Do Recurso Voluntário

O recurso voluntário é tempestivo e, tendo atendido os demais pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

No que se refere às alegações de que a lei instituidora do imposto que ora se trata contraria os princípios constitucionais da anterioridade, anualidade e irretroatividade, assim como da vedação de confisco ou sobre a incidência do imposto sobre as aplicações financeiras do Estado do Paraná, a instância administrativa é imprópria para discussões dessa natureza. De fato, a autoridade administrativa não tem competência legal para apreciar a constitucionalidade de lei, matéria reservada ao Poder Judiciário pela própria Carta Magna (artigos 97 e 102). O processo administrativo, portanto, não é meio próprio para resolver questões dessa ordem.

Em reforço a essa orientação, cabe aqui lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70) que, em certo trecho, cita RUY BARBOSA NOGUEIRA (*in* "Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias", 1965, pág. 21), que diz:

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar a aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário da administração ativa o exercício do 'poder executivo'".

Mais adiante, citando TITO REZENDE, continua o referido Parecer:

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar a aplicação a uma lei ou decreto, por que lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão".



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 11080.004435/93-70
Acórdão : 203-03.626

Nesse mesmo sentido, ratificando o entendimento até aqui defendido, dispôs o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em recente decisão em processo de consulta:

“5.1 - De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumprí-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico - Consultoria Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição.

*5.2 - Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo *hic et nunc*, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.*

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, § 1º e 103, incisos I e VI)”.

No que se refere aos demais itens da autuação, não assiste razão ao impugnante. O lançamento foi corretamente formalizado, atingindo todas as aplicações, tal como determina a lei, que não contém qualquer tipo de exceção. Logo, as aplicações próprias do banco também estão sujeitas à incidência do imposto.

A lei elegeu como fato gerador do imposto o resgate dos títulos, e as operações relacionadas no Auto de Infração tiveram todos os seus resgates em data posterior à promulgação da lei. Por outro lado, os RDBs e CDBs não pagos pelo banco não foram transferidos para conta de depósito à vista, como afirma o defendant. Tais valores estavam registrados em conta especial,



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 11080.004435/93-70
 Acórdão : 203-03.626

remunerada, conforme comprovam os documentos trazidos aos autos, e, portanto, passíveis de incidência do imposto de que se trata.

Não tem sentido a diligência requerida pelo autuado no sentido de intimar os aplicadores para que possam se manifestar no presente processo. O autuado, na qualidade de responsável tributário, deveria ter retido o imposto e o recolhido ao Tesouro. Ao deixar de efetuar o recolhimento do tributo, a Fazenda Pública, conforme faculta a lei tributária, pode exigir o pagamento diretamente de quem tinha a obrigação de recolhê-lo, sem a necessidade de interveniência do contribuinte.

Igualmente não prospera a pretensão de ter excluída da exigência tributária a parcela do crédito tributário referente à aplicação da POSTALIS, em que terceira pessoa, uma outra instituição financeira assumiu contratualmente a obrigação de recolher o imposto devido. Ocorre que tal convenção, feita entre o autuado e esta outra instituição financeira, não pode ser posta contra o Fisco, conforme deixa claro a norma contida no art. 123 do Código Tributário Nacional. Diz o citado artigo:

"Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".

Por todos os motivos expostos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, para manter a exigência fiscal.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 1997

RENATO SCALCO ISQUIERDO